

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 111 - 2025-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones



Nuevas perspectivas del derecho comercial

.....
Marcelo Gebhardt

Coordinador



ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 111 - 2025-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Nuevas perspectivas del derecho comercial

Marcelo Gebhardt

Coordinador

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 50 - número 111 - 2025-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Nuevas perspectivas del derecho comercial

Marcelo Gebhardt

Coordinador



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2024
© de esta edición, Thomson Reuters, 2024
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Director:

Pedro Aberastury

Subdirector:

Pablo Luis Manili

Secretaria de Redacción:

Paula Suárez

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Carlos Mariano Liszczyński, Meneca Djedjean

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Leandro Vergara

Vicedecana: Silvia Nonna

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros titulares: Mary Beloff, Juan Pablo Mas Velez, Marcela Basterra, Gonzalo Álvarez, Graciela Medina, Daniel Roque Vítolo, Leila Devia, Alejandro Alagia

Consejeros suplentes: Adelina Loianno, Marcelo Gebhardt, Silvia Nonna, Juan Pablo Mugnolo, Nancy Cardinaux, Alfredo Vítolo, María Blanca Noodt Taquela, Claudio Martyniuk

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros titulares: Raul M. Alfonsín, Silvia Bianco, Carlos Rodríguez, Adrián Famá

Consejeros suplentes: Manuel Negrón Mansilla, María Laura Elliff, Juan Pablo Schnaiderman, María Sol Plata

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros titulares: Camila M. A. Gorski, Tomás Fischer, Julieta P. Vilchez, Martina Rincón

Consejeros suplentes: Alexander G. Quiroz, Micaela Castañeda, Matías Gurruchaga, Maximiliano E. Rey

Representante no docente: Lorena Castaño

SECRETARIOS

Secretario académico: Lucas G. Bettendorff

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretaria de Investigación: Luciana B. Scotti

Secretaria de Relaciones Internacionales: Marta R. Vigevano

Secretaria de Relaciones Institucionales: Carmen Virginia Badino Varela

Secretaria de Vinculación Estudiantil: Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretaria: Mayra Danae Salvatierra

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 50, NÚMERO 111, 2025-II, BUENOS AIRES

IN MEMORIAM de IGNACIO WINIZKY

PEDRO ABERASTURY XIX

PRESENTACIÓN

MARCELO GEBHARDT 3

DOCTRINA

FAVIER DUBOIS, EDUARDO M.: El derecho comercial posmoderno: cambios, tendencias y desafíos..... 9

FERRER MONTENEGRO, ALICIA: La Ley Modelo UNCITRAL sobre la insolvencia de grupos de empresas 35

FERNÁNDEZ, LEONARDO F.: Los contratos incompletos..... 51

GEBHARDT, MARCELO: Mercado de capitales y principios de buen gobierno corporativo (*corporate governance*)..... 77

NISSEN, RICARDO AUGUSTO: Aquellos polvos traen estos lodos 113

OLIVERA GARCÍA, RICARDO: El capital social y la función preconcursal del derecho societario 143

PIEDECASAS, MIGUEL A.: Dolo y culpa grave en el seguro de la responsabilidad civil 163

ROVIRA, ALFREDO L.: El efecto de la reforma de los arts. 34 y 35 de la ley 19.550 233

SCHNEIDER, LORENA R.: Arbitraje societario..... 249

MAIA, MARCELA y FRANCISCHINI DE SOUZA, NADIALICE: Planificación sucesoria empresarial: una mirada al derecho brasileño..... 297

FRICK, PABLO D. y JAIME, RODRIGO: Prescripción de las acciones de responsabilidad en materia societaria 319

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS, Tecnologías Disruptivas y Derecho Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2025, comentado por Daniel R. Vitolo.....	337
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	341

INDEX
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
YEAR 50, NUMBER 111, 2025-II, BUENOS AIRES

<i>IN MEMORIAM</i> OF IGNACIO WINIZKY PEDRO ABERASTURY	XIX
---	-----

PRESENTATION

MARCELO GEBHARDT	3
------------------------	---

DOCTRINE

FAVIER DUBOIS, EDUARDO M.: Postmodern Commercial Law: Changes, Trends and Challenges	9
FERRER MONTENEGRO, ALICIA: UNCITRAL Model Law on Group Insolvency...	35
FERNÁNDEZ, LEONARDO F.: Incomplete Contracts	51
GEBHARDT, MARCELO: Capital Market and Principles of Good Corporate Governance	77
NISSSEN, RICARDO AUGUSTO: Those Dusts Bring These Muds	113
OLIVERA GARCÍA, RICARDO: Share Capital and the Pre-Insolvency Function of Company Law.....	143
PIEDECASAS, MIGUEL A.: Fraud and Gross Negligence in Civil Liability Insurance	163
ROVIRA, ALFREDO L.: The Effect of the Reform of Articles 34 and 35 of Law 19.550.....	233
SCHNEIDER, LORENA R.: Corporate Arbitration.....	249
MAIA, MARCELA and FRANCISCHINI DE SOUZA, NADIALICE: Business Succession Planning: A Look at Brazilian Law	297
FRICK, PABLO D. and JAIME, RODRIGO: Statute of Limitations for Liability Actions in Corporate Matters.....	319

BOOK REVIEW

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS <i>Tecnologías Disruptivas y Derecho Comercial</i> , comment by Daniel R. Vitolo	337
Guidelines for the submission of articles.....	347

IN MEMORIAM DE IGNACIO WINIZKY

POR PEDRO ABERASTURY



En este número me permito recordar a quien fuera el fundador de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, el profesor emérito Ignacio Winizky (1910-1988). La revista la había fundado en 1957 y, en 1966, su publicación fue interrumpida debido a la intervención a la Universidad de Buenos Aires por el gobierno militar.

Restablecida la democracia, en el año 1984 fui convocado por el profesor Winizky, en su carácter de director de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, para colaborar en el relanzamiento de la revista como integrante del consejo de redacción. En ese momento el subdirector era Martín Laclau y la secretaria de redacción, la profesora Ana María M. de Aguinis. El resto de los integrantes del Consejo de redacción lo conformaban los profesores Edgardo M. Alberti, Carlos Eduardo Colautti, Ana Rosa Cusnir, Oscar A. Fernández Brital, Marta Lilia Gómez de Bacqué, Isidoro Hajdenberg, Carlos A. Lagomarsino, Patricia López Aufranc, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto e Inés Weinberg.

De esta convocatoria surgió la publicación, en 1985, de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* que nos encontramos conmemorando.

A lo largo de estos 40 años, ocupé distintos lugares en la revista hasta ser designado, finalmente, director, por lo que mi carrera académica en la facultad transcurrió junto con esta revista. Debo agradecerle a Winizky y a su insistencia en que publicara en ese primer nuevo número mi primer artículo de doctrina sobre responsabilidad del Estado, temática que me marcó hasta estos días. En efecto, Winizky no era un simple profesor, sino un profesor formador de discípulos.

Para resaltar la importancia de lo que significaba retomar el camino interrumpido por las intervenciones militares, Winizky expresó: “Este primer número hemos querido dedicarlo a los Derechos Humanos. En el pretendido dilema entre ser humano y Estado, nos pronunciamos por la supremacía del primero. El Estado debe servirnos a hombres y mujeres para que nos encontremos todos, sin excepciones, sin discriminaciones, desde que nacemos hasta que nos vamos, seguridad para nuestras vidas, libertad para nuestro espíritu,

presencia actual de la técnica para nuestros quehaceres, amor para nuestros semejantes...”.

Por ello, reprodujo el trabajo del presidente de la Corte de Casación de Francia, René Cassin, autor del primer proyecto que sirvió a las Naciones Unidas para la redacción del texto definitivo de la Declaración de los Derechos Humanos.

Estas palabras tienen total vigencia hoy en día, por lo que recordar a Ignacio Winizky, a esta figura señera del derecho argentino, y rendirle un justo homenaje como director fundador de la revista en este aniversario, constituye para mí un máximo orgullo.

En una breve reseña de su personalidad, destaco que se especializó en el derecho comercial, recorriendo todo el espinel académico hasta tomar a su cargo la cátedra de Derecho Comercial, IIª parte, por lo que no es casualidad que este número sea coordinado por el profesor Marcelo Gebhardt pues es, actualmente, titular de la cátedra que, en su momento, se encontraba a cargo de Winizky.

Su actividad docente no se limitó a nuestra universidad, sino que también dio cursos y conferencias en las facultades de derecho de Harvard, Chicago, Ohio, Yale, Berkeley, Stanford, Tulane y Columbia, en los Estados Unidos; París, Bruselas, Praga, Lugano, Upsala en Europa, Jerusalén y Pekín, entre otras. Obtuvo el más alto grado académico con el que la Universidad de Buenos Aires recompensa a sus más destacados docentes, el de profesor titular emérito.

Como docente puso un especial énfasis no solo en la formación de abogados, sino en la formación de docentes surgiendo de su cátedra insignes comercialistas, pudiendo destacarse que fue uno de los primeros en aplicar el método de casos porque consideraba que la enseñanza del derecho se encontraba imbuida de un conocimiento excesivamente teórico, pero no en su aplicación a los casos concretos. Para ello, también utilizó el método comparativo recordando que, luego de concluida la Segunda Guerra Mundial, en 1947, viajó a París y, desde allí, concibió la idea de fundar la que, actualmente, es la Asociación Argentina de Derecho Comparado (1948).

En nuestra facultad, y como director del Departamento de Publicaciones, fundó, además, la *Revista Lecciones y Ensayos*, que también perdura.

Su personalidad no se agotó en su quehacer jurídico, ya que fue un hombre de gran cultura, un gran melómano y también poeta. Personalmente, y como muchos grandes profesores que lo conocieron, de esta nuestra querida Facultad de Derecho, reconocemos en Ignacio a un gran profesor entre los grandes y que su labor continuará perdurando en las aulas en las cuales le tocó transitar y como claro ejemplo es la vigencia de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* durante estos 40 años.

Buenos Aires, septiembre de 2025.

Foto de una reunión de trabajo de la Revista Juridica (Circa 1985)



De izquierda a derecha: Ignacio Winizky, Martín Laclau, Carlos Colautti, Mimo Bacqué, Marita Aguinis, Monica Pinto, Rafael Manóvil.

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La tarea de coordinar esta entrega, que lleva el número 50, de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* (publicación que prodiga la Universidad de Buenos Aires —hace casi setenta años— a través de la Facultad de Derecho), dedicada en la ocasión al Derecho Comercial y Empresario, implicó para mí un conjunto de sensaciones y vivencias que, creo, reseñadas brevemente, constituyen un buen punto de partida para este proemio.

Por lo pronto, el ofrecimiento que me hicieron los directores de la revista, mis respetados colegas Pedro Aberastury y Pablo Manili, lo he recibido como una distinción muy especial, no solo por la trascendencia de la labor que me confiaban, sino porque el fundador de la publicación, el recordado Ignacio Winnizky, es una suerte de ancestro académico mío, ya que me toca titularizar, desde 2008, la cátedra que él dejó a Héctor Alegria, mi querido maestro, a quien los designios de la vida hicieron que lo sucediera en ese desempeño académico (que, en breve, habré de dejar porque la edad —y los reglamentos— así lo determinan).

La labor encomendada me puso en contacto y me permitió interactuar con muy importantes catedráticos, argentinos y de los vecinos países de Brasil y Uruguay.

La respuesta de esos profesores y doctrinarios ha sido muy estimulante, especialmente por el enorme valor de sus contribuciones que forman parte de este número de la revista, pero también (ya dije que hay un impacto emocional muy nítido en quien esto escribe) por la calidez y amistad que me prodigaron en esos encuentros. Les he hecho saber a todos ellos mi profundo agradecimiento y el gesto de amistad que me prodigaran al aceptar mi convite (y al tolerar algunos requerimientos, a veces detallistas), y ahora lo dejo plasmado en estas líneas llenas de gratitud y reconocimiento hacia ellos.

Sigo este prólogo con breves noticias de los autores y de los trabajos que aportaron.

Comienzo —ya habrán visto que soy un sentimental— con la participación de tres queridos compañeros (hoy de la cátedra, pero también de la vida). Comparto con ellos un *chat* muy apreciado que alguno denominó “Soy del 52”. Es que, efectivamente, con Eduardo Favier Dubois, Ricardo Nissen y Daniel Vítolo compartimos esa data —o año— de nacimiento y, naturalmente, vivimos muy cercanamente nuestra vida de alumnos y luego de profesores en esta querida facultad que nos alberga desde varias décadas.

Eduardo nos ha entregado un trabajo que, por el azar del orden alfabético, da inicio a este número, pero es precisamente un muy claro panorama del estado actual del derecho Comercial (al que denomina “posmoderno”), al que llega con un esfuerzo totalizador y abarcativo de su historia secular. Se detiene con gran profundidad en los acontecimientos que impactaron fuertemente en nuestra disciplina en las últimas décadas del siglo pasado, para finalmente exponernos los paradigmas de estos tiempos. Es crucial su mirada humanista con la que propugna influir en el capitalismo, como manera de contribuir desde el derecho a un mundo más equitativo.

Ricardo Nissen ofrece también un análisis muy preciso de la evolución de nuestra disciplina, pero más concretamente del derecho societario. Lo hace con la impronta y la coherencia que le reconocemos: su frontalidad y la ausencia de eufemismos en su discurso, en el que se esfuerza por demostrar que las actuales tendencias doctrinarias y los intentos legislativos de los últimos años han desvirtuado el sesgo cuidadoso y tutelar de la originaria ley del año 1972 (19.550). Hoy, destaca Nissen, parece imponerse —con grave peligro para sectores menos informados y vulnerables— un criterio de excesiva libertad contractual. Sus reflexiones, polémicas pero con sólidos argumentos, no podían estar ausentes en una publicación de esta facultad, donde la pluralidad es un valor insoslayable.

La distinguida catedrática uruguaya, Dra. Alicia Ferrer de Montenegro, ha aportado un artículo de especial actualidad, con ideas originales y de gran proyección, devenidas de la Ley Modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas de UNCITRAL y su posible incorporación al derecho interno, naturalmente enfocado en la realidad normativa de su país. Se trata de un trabajo de enorme calidad y rigor analítico, que se proyecta también a nuestro medio. La profesora oriental es presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, investidura que le concede una destacable autoridad en el análisis y conclusiones de tan importante temática.

El Dr. Leonardo F. Fernández nos ha entregado un magnífico ensayo sobre una realidad poco frecuente, pero a la vez desafiante: los contratos incompletos. Quiero contar que a este distinguido colega lo he conocido recientemente, ya que mi llegada a la dirección de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho me permitió tomar contacto con él (que ya se desempeñaba en ese posgrado) y valorar su enorme capacidad analítica y erudición para abordar temas novedosos y escasamente trillados por la doctrina como el de marras. Su trabajo en este caso, poco estudiado, como dije, es de un alto valor doctrinario y va instalando su personalidad jurídica con enorme proyección, dado que no me resulta dudoso que tiene por delante una promisorio carrera docente y académica.

Toca ahora referirme al trabajo del encumbrado y distinguido jurista uruguayo, Ricardo Olivera García. Nos ha traído en la ocasión un análisis interdisciplinario de un tema de especial actualidad e importancia: la prevención de

la insolvencia. El muy destacado académico oriental nos ofrece conceptos que ciertamente trascienden la ley y el derecho de su país y se proyectan claramente sobre el sistema legal argentino. Centralmente, analiza la función preventiva que pueden ejercer las normas del derecho societario para obrar en el ámbito preconcursal, o zona de insolvencia, como también se la llama. Su obra es un magnífico y erudito aporte que seguramente trascenderá y será útil para aplicar adecuadamente las reglas que atañen a administradores societarios, llamados a prevenir la crisis de la empresa que les toca conducir.

El profesor doctor Miguel Piedecabras, un todavía joven académico que ganó en nuestra facultad la cátedra que perteneciera por décadas nada menos que a Rafael Manóvil, nos trajo un importante trabajo relativo al derecho de seguros que domina como pocos. Piedecabras es un respetado jurista santafesino, cabal y activo representante de la abogacía nacional, por años, en el Consejo de la Magistratura de la Nación. Aborda con destacada solvencia doctrinaria una temática clásica en materia de contrato de seguros, pero con una mirada prospectiva. Nos enseña, en efecto, el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación en la ya cincuentenaria ley de seguros y su posible reforma para adecuarla a las pautas actuales que rigen la culpa grave y el dolo.

Alfredo Rovira, además de un querido amigo, es un catedrático profundo y especialmente conocedor de la ley societaria. Nos concede en la ocasión un interesante y sólido estudio donde demuestra que la reforma de la Ley General de Sociedades operada a través de la ley 27.444 (que cercena la actuación societaria del “prestanombre” y del socio oculto, antes regulada en los arts. 34 y 35 de la LGS), deja a salvo la posibilidad de que un socio celebre con otra persona, en principio ajena a la sociedad, un “contrato en participación”, como el que contempla el Código Civil y Comercial de la Nación. La riqueza de tal hipótesis es destacada por Rovira, con especial cuidado de transparentar la aludida actuación participativa.

Lorena Schneider es una joven y destacada profesora que va abriendo un promisorio camino a un tema que ha ido abrazando con sus profundos estudios, a la par de su empeño profesional en el tema: el arbitraje societario. La prestigiosa editorial española Marcial Pons ha publicado en 2024 una obra de la propia autora, sobre el tema que acá también aborda la doctora Schneider, lo cual demuestra la proyección internacional de esta querida colega; pero especialmente su empeño doctrinario, de notable rigor, hoy volcado en este trabajo que nos ha aportado con gran generosidad y que tiene una perspectiva de gran importancia en el derecho local. Una contribución muy relevante.

Dos jóvenes profesoras brasileñas (la Dra. Marcela Maia —a quien tengo el honor de contar entre los profesores que integran mi cátedra— y la Dra. Nadialice Francischini De Souza) han escrito un valioso artículo relativo a la planificación sucesoria empresarial, naturalmente referida al derecho de su país. La temática que tocan estas distinguidas colegas es de suma importancia y actualidad, especialmente en nuestro medio, donde la empresa familiar se

encuentra en el centro de la escena de la actividad productiva. Sus reflexiones constituyen un muy apreciable aporte a las soluciones que también pueden idearse conforme a nuestra legislación y, en cualquier caso, es un muy profundo estudio comparatista que contribuye a buscar caminos para la delicada continuidad de la empresa cuando van desapareciendo sus fundadores, o cuando simplemente van produciéndose cambios generacionales.

Cierra este tan destacable elenco de trabajos doctrinarios que vengo reseñando el que traen los Dres. Pablo D. Frick y Rodrigo Jaime. Se trata, en el primer caso, de un joven catedrático y brillante juez de comercio y, en el segundo, de un promisorio y también joven docente de derecho comercial. Nos entregan un profundo estudio sobre la evolución de un tema sumamente complejo y que fue estudiados —con no pocas polémicas— hasta que se dictó el Código Civil y Comercial de la Nación hace diez años, el cual —explican— influyó fuertemente sobre ese debate precedente. Los distinguidos colegas plantean con suma precisión las cuestiones relativas a la prescripción de las acciones de responsabilidad en materia societaria (de administradores y socios) y se ocupan de señalar, con opiniones propias y fundadas, los problemas irresueltos por el código y los interrogantes que aún subsisten.

Dos palabras sobre el artículo de mi autoría, que trata de dar noticias actuales de un tema que he trabajado en otras ocasiones: el mercado de capitales y los principios del buen gobierno corporativo. Reitero allí mis convicciones, expuestas en otras publicaciones sobre la importancia del tema en nuestro medio, a las que hube de añadir su interesante evolución actual.

Esta entrega de la revista culmina con una sección bibliográfica en la que Daniel Vítolo —catedrático impar de estos tiempos en la materia— realiza una cuidadosa y encomiástica recensión de un libro de Eduardo Favier Dubois, publicado este año 2025 por Editorial Astrea. Su solo título aparece convocante: “Tecnologías disruptivas y derecho comercial”. El tema es de vanguardia (fermental, diría el querido amigo Ricardo Olivera García), por la simiente que supone el tema y las reflexiones originales de Favier Dubois, en una materia desafiante. A la cuidada noticia que nos concedió Vítolo sobre esta importante obra, cabe, pues, remitirse.

Termino con algo que ya dije: gracias enormes a mis queridos colegas que me han acompañado para poder concretar este número. Estoy seguro de que han contribuido fuertemente con su aporte a las distintas cuestiones de derecho mercantil que han abordado.

Marcelo Gebhardt

DOCTRINA

EL DERECHO COMERCIAL POSMODERNO: CAMBIOS, TENDENCIAS Y DESAFÍOS

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS *

Resumen

Este trabajo analiza la evolución del derecho comercial en su historia y, en particular, a partir de los cambios culturales, tecnológicos, económicos y jurídicos acontecidos desde la mitad del siglo XX hasta la actualidad.

Es así que expone los nuevos paradigmas de la posmodernidad, de las tecnologías disruptivas, del neoliberalismo y de los DDHH y señala cómo impactan sobre las instituciones propias del derecho comercial: empresas, sociedades, crédito, finanzas, contratos, títulos, concursos y quiebras, marcando tendencias de expansión y de limitación.

Sostiene como características tipificantes del derecho comercial posmoderno: la estructura de “collage”, los modelos en conflicto, la duplicidad de fuentes, las soluciones legislativas “a la carta”, los contenidos “antidualistas”, el lenguaje claro, los objetos tecnológicos, los operadores tecnocráticos, las tendencias a la opacidad patrimonial y subjetiva y el hecho de encontrarse en permanente debate y construcción.

La posición del autor es que, en sustancia, se trata de un derecho donde coexisten modelos divergentes y que el desafío consiste en armonizarlos bajo el parámetro de la “humanización del capitalismo”.

Palabras clave

Tecnología. Disrupción. Empresas. Crédito. Finanzas.

Abstract

This paper analyzes the evolution of commercial law throughout its history, particularly from the cultural, technological, economic, and legal changes that have occurred from the mid-20th century to the present day. It outlines the new paradigms of

* Doctor en Derecho (UBA). Ex juez nacional en lo comercial. Profesor titular consulto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y profesor consulto de Derecho Crediticio Bursátil e Insolvencia en la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la UBA.
www.favierduboisspagnolo.com

postmodernity, disruptive technologies, neoliberalism, and human rights, and indicates how they impact the institutions of commercial law: companies, corporations, credit, finance, contracts, securities, insolvency proceedings, and bankruptcies, noting trends of expansion and limitation. The author argues that the defining characteristics of postmodern commercial law are: its “collage” structure, conflicting models, duplication of sources, “à la carte” legislative solutions, “anti-dualistic” content, clear language, technological objects, technocratic operators, tendencies toward patrimonial and subjective opacity, and the fact that it is in a state of permanent debate and construction. The author’s position is that, in essence, it is a body of law where divergent models coexist and the challenge is to harmonize them under the parameter of the “humanization of capitalism”.

Keywords

Technology. Disruption. Companies. Credit. Finance.

I. EL DERECHO COMERCIAL

1. CONCEPTOS

El derecho comercial ⁽¹⁾ puede conceptuarse como la rama del Derecho que regula a las Empresas, a los Negocios, al Crédito, y a las relaciones dentro del mercado.

Regula a las “empresas” en cuanto “organizaciones” que realizan “actividades” de producción e intercambio de bienes y de servicios. Esta regulación se hace, principalmente, desde la regulación de la persona de los empresarios individuales y colectivos (contabilidad, registro, representación, derechos intelectuales, responsabilidad e insolvencia).

Regula a los negocios al regular las obligaciones y los contratos relativos a los intercambios entre empresas y particulares, y regula el crédito: la captación de ahorros, circulación y garantías, y las operaciones en masa.

Ambas regulaciones conciernen al derecho privado.

⁽¹⁾ Sobre Derecho Comercial en general; Favier Dubois, E.M. (director) “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, 2016. También puede verse: Anaya, Jaime “Código de Comercio y Leyes complementarias comentados y concordados. Ed Omeba, tomo I, Arts. 1° a 42, Buenos Aires, 1965; Etcheverry, Raul “Derecho Comercial y Económico”, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008; Fontanarrosa, Rodolfo A. “Derecho Comercial Argentino”, Parte General, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997; Rouillon, Adolfo A.N. (director), “Código de Comercio, comentado y anotado”, Ed. La Ley, tomo I, Buenos Aires, 2005; Zavala Rodríguez, Carlos Juan “Código de Comercio y leyes complementarias”, Ed Depalma, Buenos Aires, 1964; Vítolo, Daniel Roque “Iniciación en el Estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. “Curso de derecho comercial”, Volumen I, Parte General. Sociedades en General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000; Le Pera, Sergio “Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979; Gomez Leo, Osvaldo R. y Gomez Buquerín, Gastón “Código de Comercio” Análisis jurisprudencial, ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, volumen I.

Y, finalmente, el derecho comercial regula también al mercado porque fija reglas de competencia entre las empresas y de tutela de ciertos inversores y consumidores (Bancos, Seguros, Empresas cotizantes, etc.).

En este caso el derecho comercial presenta normas de Derecho Público como son las que regulan a los diversos organismos estatales encargados del registro, autorización, control y fiscalización de determinadas actividades (Banco Central, Superintendencia de Seguros, Autoridades de contralor societario, etc.)⁽²⁾.

2. FUNCIONES Y SENTIDO DEL DERECHO COMERCIAL

En cuanto a sus funciones, tanto en su historia como en la actualidad, el derecho comercial está llamado a cumplir dos objetos fundamentales: por un lado, brindar un marco legal que promueva y facilite los negocios brindando celeridad, simplicidad, pronto finiquito, estabilidad y seguridad a los intercambios y demás operaciones comerciales, como así promoviendo y tutelando el crédito, los instrumentos financieros, la circulación de la riqueza, la acumulación de capitales, la limitación de los riesgos y la creación y conservación de empresas, de sus elementos materiales e inmateriales.

Por el otro, y como contrapeso, tiene la misión de fijar los límites a la actuación de los sujetos y actividades comerciales.

En primer lugar, mediante la prevención, que resulta de la imposición de determinadas cargas y obligaciones (contabilidad, publicidad, registro, tipicidad, transparencia, profesionalidad, rendición de cuentas, obligación de expedirse, veracidad y buena fe) y de ciertos controles (autorizaciones y fiscalizaciones).

Y, en segundo término, mediante la represión de las inconductas con nulidades, responsabilidades especiales, ceses compulsivos, clausuras, quiebras, sanciones penales y por los mecanismos de defensa de la competencia y del consumidor⁽³⁾.

Todo ello en tutela, no solo de la honestidad y buena fe entre comerciantes y entre estos y terceros, sino también de la sociedad toda frente al enorme poder político y social que confiere el poder económico a sus operadores.

3. EL DERECHO COMERCIAL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Recordemos aquí que el derecho comerciales una “categoría histórica”, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica un proceso constante que ha llevado a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones.

⁽²⁾ En tanto los demás aspectos corresponderán al derecho administrativo.

⁽³⁾ Se trata de dos regulaciones que presentan también elementos del derecho administrativo (competencia) y del derecho civil (consumidor), señalándose que este último, si bien se considera científicamente autónomo, en cuanto a derecho privado viene a integrar al derecho comercial y al civil (Farina).

Para ello, el derecho comercial está integrado por dos clases de normas: las “delimitativas” y las “prescriptivas”.

Las normas “delimitativas” son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial. Son ejemplos de ellas las calificaciones como “actos de comercio” (art. 8° Cod. Com.), “comerciante” (art. 1° Cod. Com.), “sociedad comercial” (art. 1° ley 19.550) y los presupuestos descriptos por el código de comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas “prescriptivas” son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial.

En el derogado Código de Comercio ellas fundamentalmente consistían en:

a) La imposición de un estatuto especial a los comerciantes (art. 33 Cod. Com.) consistente en exigencias en materia de “registro mercantil” (identificación, capacidad y publicidad), “contabilidad legal” (información general sobre sus negocios) y “rendición de cuentas” (información específica), como así para someterlos a un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas.

b) La aplicación de “soluciones distintas” (comerciales) a ciertas obligaciones y contratos (arts. 207 en adelante del Cod. Com.).

c) El sometimiento a la jurisdicción mercantil (art. 6° Cod. Com.), o sea a tribunales diferenciados (que busca la especialización).

4. EL DERECHO COMERCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 es un código posmoderno en muchas de sus disposiciones, tal como se señaló en el capítulo anterior.

Ahora bien, respecto del derecho comercial, aun cuando no lo menciona ni reglamenta expresamente, lo cierto es que este subsiste y se expande en el nuevo Código Civil y Comercial conforme resulta de lo referido en otros trabajos a los que cabe aquí remitir ⁽⁴⁾.

Aquí podemos sintetizar los cambios al Derecho comercial introducidos por el Cód. Civ. y Com. de la siguiente forma:

a. El derecho comercial se redefine en su delimitación, porque en lugar de acudir al “acto de comercio” y al “comerciante” acude a la “actividad económica organizada”, a la “empresa”, al “establecimiento” (art. 320) y al “productor” (art. 1093). O sea que se reemplaza la “interposición en los cambios” por la “organización económica”.

b. El derecho comercial subsiste por el mantenimiento de sujetos diferenciados (empresarios, cuasi empresarios, auxiliares de comercio, sociedades y

⁽⁴⁾ Ver del autor los siguientes trabajos “Panorama del Derecho Comercial en el nuevo código civil y comercial”, en el texto publicado del “Código Civil y Comercial de la Nación”, como nota introductoria, Ed. Errepar, 2014, pág. 35 y ss.; y “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del Código Unificado” en La Ley, tomo 2015, A, rev. Del 2-2-15, pág. 1 y ss.

demás personas jurídicas privadas), sometidos a un estatuto especial (contabilidad, registración y, en algunos casos, fiscalización), con principios diferentes (continuidad de la empresa) y con soluciones legales diferentes para algunos casos (prevalencia de reglas comerciales en los contratos unificados).

c. El derecho comercial se expande al extenderse las previas soluciones comerciales a relaciones antes civiles (representación, rendición de cuentas, contratos duplicados, interpretación, costumbre, arbitraje, etc.), como así al imponerse obligaciones contables y de registro a entidades sin fines de lucro (asociaciones, fundaciones, consorcios).

d. En materia contractual el derecho comercial deja de ser de “excepción” para pasar a ser la regla mientras que el derecho civil pasa de ser la regla a ser la excepción: en todos los contratos se aplica la ley comercial, salvo circunstancias especiales. Tanto los contratos “paritarios”, como los que tienen cláusulas pre-dispuestas, responden a dicha matriz. Ahora bien, en las relaciones de consumo, el derecho comercial se aplica al “productor” y el derecho civil al “consumidor”.

e. El derecho comercial evoluciona porque pasa de tener como eje al comerciante para tener como eje a quien desarrolla una actividad económica organizada al productor, al emprendedor y a la sociedad comercial.

f. También evoluciona porque pasa del título valor papel a los títulos valores electrónicos y a los títulos valores criptográficos.

Por todo ello cabe predicar el mantenimiento de las autonomías “científica” “docente” y “legislativa” (dadas las leyes mercantiles especiales).

Finalmente, no existen óbices legales para el mantenimiento de la “autonomía jurisdiccional”, sea nacional y/o local, del “derecho comercial”.

II. NUEVOS PARADIGMAS Y SUS IMPACTOS SOBRE EL DERECHO COMERCIAL

El derecho comercial actual es fruto del cambio de paradigmas culturales, tecnológicos, económicos y legales acontecidos a partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, los que se exponen a continuación.

1. CAMBIO CULTURAL: DE LA MODERNIDAD A LA POSMODERNIDAD

1.1. *La modernidad*

En el desarrollo de la historia de Occidente de los últimos dos milenios puede observarse que ha habido tres modelos culturales hegemónicos y sucesivos: el modelo de la antigüedad, el de la modernidad y el de la posmodernidad ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Favier Dubois, E.M. “El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico”, publicado en Rev. De Jurisprudencia Argentina SJA el 03/02/2021, Cita Online: AR/DOC/3958/2020.

El modelo de la antigüedad es el del mundo de las religiones, de los mitos, del pasado, del conocimiento revelado, de la idea del valor del alma sobre el cuerpo, de la espiritualidad, de la divinidad como principio y fin de todas las cosas, incluyendo a la sociedad humana y al derecho.

Si bien es una época con valores y hechos que hoy juzgamos negativos como los dogmas, el oscurantismo, la inquisición y las cruzadas, pueden rescatarse valores positivos como la importancia de lo espiritual sobre lo material, la preocupación por la conducta moral, la fe en algo superior, la esperanza, la caridad, el heroísmo y el sacrificio.

El modelo de la modernidad, iniciado con el Renacimiento y que tiene su punto culminante en la primera mitad del siglo XX, implica un largo proceso de secularización (abandono del poder terrenal de la Iglesia), de descubrimientos científicos, de apropiación de la naturaleza. Se caracteriza por ser una etapa de actualización y cambio permanente.

Con la revolución industrial y los adelantos tecnológicos, se industrializa la producción para aumentar la productividad y su economía. El eje de la modernidad es la razón, la que permite alcanzar la verdad y la justicia. También permite organizar debidamente a la sociedad política, en base a un “contrato social” del que deriva su legitimidad y la fuente de la autoridad. Aparecen así los Estados modernos como base de la sociedad y se establecen instituciones que protegen las libertades y derechos de los ciudadanos.

La ley, fruto de la razón, impone un “deber ser” y una autoridad. Se crea una “sociedad disciplinaria” que sanciona, confina y reprime a los que no se ajustan al modelo de buen ciudadano (Foucault). La razón es también la base de la moral, que es una, y de la verdad, que solo puede ser una sola.

En la economía, la modernidad supuso la transformación definitiva del esquema feudal, que ya empezaba a modificarse a finales de la Edad Media con el nacimiento de la burguesía. Así, se registraron diferentes modelos económicos, como el protocapitalismo, el esclavismo y la explotación colonial, el mercantilismo y, finalmente, la conformación del capitalismo moderno (potenciado por la industrialización).

La modernidad se caracteriza por la confianza en el progreso, por la búsqueda de una razón universal que explique la historia, la propuesta de ideales como metas, un sentido de responsabilidad por el mundo, por el otro. La modernidad se corresponde con el capitalismo industrial, con sus fábricas, sus organizaciones obreras y sindicales.

Durante la modernidad coexisten grandes ideologías en pugna que prometen la felicidad al hombre: primero el cristianismo vs. el iluminismo, luego el capitalismo vs. el marxismo.

Se construye el ideal de “hombre moderno”, que es un hombre nuevo, libre, que vive en una sociedad pacífica y segura, donde ya no existe la esclavitud. Este hombre debe sacrificarse en el presente, mediante la ética del trabajo, para tener un futuro mejor, que es promisorio y donde será feliz. Ese futuro da sentido a la vida.

Entre los valores positivos que hoy se reconocen pueden mencionarse el trabajo, el esfuerzo, la paciencia, la fidelidad, el compromiso, el sacrificio, la familia, la esperanza.

En lo social, una preocupación por el bien común y por la construcción de un “estado de bienestar”.

No obstante, al ser un período de “modelo único”, presentó valores y prácticas negativas como el racismo, el patriarcado, la violencia, la explotación, la esclavitud, el autoritarismo y un nacionalismo exacerbado.

Ello explica que en la segunda mitad del siglo XX la modernidad entra en crisis. Hay una gran desilusión nacida de las atrocidades de las dos guerras mundiales, del genocidio, de las bombas atómicas, etc. Se percibe que la ciencia y la razón, que llevaron a tales calamidades y que, de algún modo, las justificaron, han fracasado en su promesa de dar felicidad a la humanidad.

También hay un desencanto con las ideologías y con los sistemas económicos y sociales frente al agravamiento de las desigualdades.

1.2. La posmodernidad

El fracaso de la promesa de felicidad colectiva de la modernidad dio lugar a una serie de prácticas y cambios sociales, luego trasladadas al mundo del pensamiento, que se designan como posmodernidad, cuyo nombre fue acuñado en una aguda crítica de Lyotard ⁽⁶⁾ a la modernidad.

En contraposición con la modernidad, la posmodernidad es la época del desencanto. Se renuncia a las utopías y a la idea de progreso de conjunto. Se apuesta, en todo caso, al progreso individual.

Se predicán supuestos límites de las ciencias modernas en cuanto a la generación de conocimiento verdadero, acumulativo y de validez universal.

Desaparecen las grandes figuras carismáticas y surgen infinidad de pequeños ídolos que duran hasta que surge algo más novedoso y atractivo.

Los medios masivos y la industria del consumo masivo se convierten en centros de poder.

Desaparece la ideología como forma de elección de los líderes siendo reemplazada por la imagen.

Ya no hay una única verdad objetiva, sino tantas verdades subjetivas como observadores. Por ende, tampoco hay un modelo único de ser correcto, sino que la corrección deriva de respetar cada uno su propia identidad, gustos y voluntad, mientras no haga daño a otro. La voluntad es la fuente de toda legitimidad.

Se pierde la intimidad y la vida de los demás se convierte en un show, especialmente en el contexto de las redes sociales que hacen de todos voyeristas (curiosos de la vida de los otros) y/o narcisistas (el yo como centro del universo).

⁽⁶⁾ “La condición posmoderna” de Jean-François Lyotard, París, 1979. No obstante, se podría considerar a Nietzsche como el primer posmoderno.

La política y los políticos pierden el valor anterior y se cuestionan las grandes religiones.

La cultura posmoderna es, en definitiva, una pluralidad de subculturas que corresponden a diversos grupos sociales y que adquieren su propia legitimación para existir y a coexistir con otras subculturas con igual o similar reconocimiento social.

Dice G. Lipovetski: “la cultura posmoderna es descentrada y heteróclita, materialista y psi, porno y discreta, renovadora y retro, consumista y ecologista, sofisticada y espontánea, espectacular y creativa; el futuro no tendrá que escoger una de esas tendencias, sino que, por el contrario, desarrollará las lógicas duales, la correspondencia flexible de las antinomias”.

Nace entonces un “hombre posmoderno”, que solo quiere vivir el presente, no le interesa el pasado y no ve nada bueno en el futuro.

Busca lo inmediato, rinde culto al cuerpo y a la libertad personal, es hedonista, no valora el esfuerzo ni el trabajo, es consumista de lo efímero y pasajero, cambia todo el tiempo, sigue la moda al mismo tiempo que trata de diferenciarse.

Pero la posmodernidad no implica una liberación del control social. La posmodernidad no nos libera de una estrategia de control global. La manera de ejercer dicho control varía. Ahora dicho control se ejerce a través de la seducción, de una oferta de consumo, de objetos o de imágenes, de consumo de hechos concretos o de simulacros.

La posmodernidad se ha proyectado sobre todos los ámbitos de la vida, como el arte (arte contemporáneo), la religión (religiones *new age*), la sexualidad (revolución sexual), el género (abandono del sistema binario: hombre o mujer), etc.

Frente a valores que pueden considerarse negativos como el individualismo, el consumismo, la superficialidad, el narcisismo, el materialismo y la búsqueda del placer, también aparecen valores positivos como la preocupación por la igualdad de todos los seres humanos, por el respeto a la propia identidad, a la diversidad, la búsqueda de la igualdad de género, la protección de los vulnerables, en especial contra la violencia masculina, la tolerancia, la no discriminación, la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la evitación del sufrimiento animal, la búsqueda de relaciones no jerarquizadas, la solución de conflictos por vía de negociación y consensos.

2. EL CAMBIO TECNOLÓGICO: DE LO ANALÓGICO A LO DIGITAL

2.1. *Revoluciones tecnológicas*

En la segunda mitad del siglo XX, en un mundo que va pasando de la modernidad a la posmodernidad después de la Segunda Guerra Mundial, tienen lugar nuevas e importantes transformaciones tecnológicas.⁽⁷⁾

⁽⁷⁾ Favier Dubois, E.M. “Tecnologías disruptivas y Derecho. Panorama de cambios y desafíos en la Posmodernidad”, en Erreius on line, enero-febrero 2023.

Por un lado, se producen dos nuevas revoluciones industriales, la Tercera y la Cuarta.

Paralelamente, aparecen Internet y la Web, que también sufren importantes cambios.

i. La Tercera Revolución Industrial

En esta etapa aparecen la energía nuclear, los satélites, la televisión en color, las energías renovables, como la hidráulica, la solar y la eólica, la interconexión de las redes eléctricas y los grandes progresos tecnológicos en el mundo de la salud.

También es la etapa del paso de lo analógico a lo digital, la del avance de las tecnologías de las comunicaciones, y de la fusión de tecnologías que difuminan las líneas entre lo físico, lo digital y lo biológico.

En esta etapa aparecen las primeras computadoras, el Internet y la *World Wide Web* (o la *Web*).

ii. La Cuarta Revolución Industrial

Según un concepto acuñado por Klaus Schwab en la edición del Foro Económico Mundial 2016, la cuarta revolución industrial es una nueva etapa marcada por avances tecnológicos emergentes en una serie de campos, incluyendo robótica, inteligencia artificial, *blockchain*, nanotecnología, computación en la nube, biotecnología, internet de las cosas, impresión 3D, vehículos autónomos y “fábricas inteligentes”.

Esta “Industria 4.0”, calificada como “segunda era de la máquina”, es la tendencia actual de automatización y el intercambio de datos, particularmente en el marco de las tecnologías de manufactura y desarrollo ⁽⁸⁾.

2.2. Las tecnologías disruptivas

Aunque no siempre queda claro cuántas y cuáles son, hoy en día se consideran tecnologías disruptivas —además de las computadoras y el internet, pero no en forma exclusiva— a la *big data*, la inteligencia artificial (IA), la robótica, el internet de las cosas (IoT), la impresora 3D, las plataformas digitales, el *blockchain*, los *smart contracts*, la “tokenización”, las criptomonedas, la realidad aumentada (RV), la realidad virtual (RB), y el “metaverso” ⁽⁹⁾.

La mayoría de estas nuevas tecnologías no se limitan a “incrementar” otras ya establecidas, sino que asumen el carácter de “tecnologías disruptivas” en tanto provocan la desaparición, la descentralización o el desplazamiento de productos o servicios utilizados por la sociedad hasta ese momento ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Algunos hablan también de una Quinta Revolución Industrial que es la que trae consigo una fusión entre el humano y la máquina para desarrollar un nuevo tipo de persona con mayores capacidades y habilidades: los “transhumanos”.

⁽⁹⁾ Cwaik, Joan “7R. Las siete revoluciones tecnológicas que transforman nuestra vida”, Ed.Conecta, Bs.As., 2020, pág. 24.

⁽¹⁰⁾ Cwaik, Joan “7R. Las siete revoluciones tecnológicas que transforman nuestra vida”, Ed.Conecta, Bs.As., 2020, pág. 23.

Ellas tienen la cualidad de transformar por completo una solución y la reemplazan, porque tienen atributos superiores que permiten abrir nuevas posibilidades que inciden en la economía promoviendo una transformación total, enancado y potenciando la integración de una realidad global; pero, por sobre todas las cosas, generan nuevos “modelos de negocios”, es decir, nuevas formas de servicios, productos, ofertas; en definitiva, nuevas fuentes de generación de riquezas que se presentan también como disruptivos en la configuración jurídica que los contempla. ⁽¹¹⁾

2.3. Funciones de la tecnología en el mundo de hoy

En base a su evolución y en su estado actual se pueden reconocer al menos cuatro grandes funciones de la tecnología:

i. La tecnología como “soporte”, incluyendo todo lo “digitalizado” (palabras, datos *big data*, documentos, imágenes, música).

La digitalización transforma a la economía porque implica la conversión en datos tanto de todas las experiencias de las personas usuarias (registros de uso del servicio, historial de navegación, contenido del usuario, excedente de comportamiento, *feedback* y *likes*) como de los bienes transables.

La digitalización virtualiza los productos y servicios convirtiéndolos en bits de información digital que, a través de las infraestructuras de red y la computación en la nube, se aloja etéreamente, se puede enviar a cualquier lugar y es manipulada y comercializada ubicuamente, tanto en forma directa como en mercados de futuros de comportamientos.

Los bienes virtualizados se convierten en intangibles que incrementan su valor en proporción al número de personas usuarias que los consumen.

La digitalización permite la existencia de las plataformas, la *blockchain*, los *smarts contracts*, los *tokens* y los criptoactivos.

ii. La tecnología como “canal”, que aporta a las comunicaciones ⁽¹²⁾ y a las transacciones y a los controles a distancia. Se trata de los famosos “TIC”.

iii. La tecnología como arquitectura de un nuevo espacio, el “espacio digital”, como una duplicación del espacio donde actuamos, manifestado por “la red” a donde migran objetos, sujetos y actividades desde el mundo real, configurando una *second life* ⁽¹³⁾ y hacia dónde se dirige el “metaverso”; y también como espacio donde se aloja la *Big Data* y se aplica la inteligencia artificial (IA).

⁽¹¹⁾ Santarelli, Fulvio G. “La madeja de la inteligencia artificial. En busca de la punta del hilo”. Publicado en: LA LEY 16/09/2022, 1, TR LA LEY AR/DOC/2711/2022

⁽¹²⁾ Incluye la enseñanza en el denominado *e-learning*. Ver “Gestión de proyectos de E-Learning”, Roldán, David y otros, Ed. Alfaomega, México 2011.

⁽¹³⁾ Mandaloniz, Marta Graciela y Rodriguez de las Heras Ballel, Teresa “El impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles”, en la obra colectiva Etcheverry, Raúl e Illescas Ortiz, Rafael (directores) “Comercio Electrónico. Estructura operativa y jurídica”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 50.

iv. La tecnología como fuerza de trabajo y como nuevo agente autónomo, conforme al rol que cumplen la robótica y la inteligencia artificial.

3. EL CAMBIO ECONÓMICO: DEL ESTADO DE BIENESTAR AL NEOLIBERALISMO

En forma paralela a la posmodernidad, se produce un cambio en el orden económico capitalista, pasando de una economía de producción hacia una economía del consumo.

El capitalismo, luego de sus etapas comercial, industrial y financiera, pasa a una nueva etapa signada por los “derivados”, que producen una nueva crisis.

Asimismo, a partir de los años 90 se desarrollan procesos de globalización y de desmantelamiento del “estado de bienestar” propio de la “guerra fría”.

Es así que la posmodernidad coincide con el resurgimiento del mercado y el debilitamiento del Estado, con el afianzamiento del neoliberalismo y del contractualismo, con la paulatina desaparición del trabajo en relación de dependencia y del Estado de Bienestar, y con al auge de la globalización.

Pero estos procesos, si bien pueden generar crecimiento, tienden a aumentar la desigualdad, por lo que han dado lugar al “malestar en la globalización” y a movimientos de resistencia y de protesta en muchos lugares del mundo.

También dan lugar a procesos de “desglobalización” y de cierre de fronteras para determinados productos y servicios.

De todos modos, en tanto la posmodernidad es un fenómeno “cultural”, y la globalización y el neoliberalismo son en su esencia de naturaleza “económica”, no deben confundirse conceptualmente, aunque en muchos casos se presenten en conjunto o en forma simultánea.

4. EL CAMBIO JURÍDICO: DEL ESTADO BASADO EN LEYES AL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

En la modernidad, tal como afirma Max Weber, el derecho fue asumiendo cinco características esenciales: 1. Reglas generales y uniformes; 2. Aplicadas mediante procedimientos lógicos jurídicos; 3. No aceptación de ningún tipo de lagunas; 4. Irrelevancia de todo lo irracional, y 5. Necesidad de que toda acción social esté avalada por el derecho.

Frente a ello, aparece la posmodernidad como la búsqueda de un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifica la diversidad con la ayuda de la razón, que no quiere esquematizar para entender, sino que respeta lo complejo con toda su variedad, y que trata de incorporar dentro de ese orden abierto las posibilidades del azar, de la libertad y la complejidad.

Es por ello que la nueva legislación posmoderna se está desarrollando en un terreno disperso y reglamentario, teniendo como base la técnica, antes que el método jurídico.

En la modernidad, el proceso de atomización individual se concentraba exclusivamente en la doble concepción del sujeto como hombre y como ciudadano, es decir, como individuo libre que vive una existencia dual; de sujeto civil en el orden mercantil, familiar e individual y como ciudadano perteneciente a la sociedad o a la comunidad política. La atomización individual en este sentido se condensa en dos polos: la vida civil y la vida política; lo privado y lo público.

Ahora bien, en la posmodernidad, el Estado no se dirige universalmente a los sujetos como proveedor de bienes y servicios, sino que promueve y orienta la satisfacción autónoma e independiente de las necesidades individuales y sociales, por la propia comunidad o por sus organizaciones;

Los sujetos son agrupados por el derecho en torno a factores diversos que van desde los ligados a la localización (la calle, el conjunto ocupacional, el barrio, la comuna, la localidad, la ciudad, o la región), hasta los que tienen que ver con el género, la etnia, la cultura, la religión, los hábitos y costumbres; la edad, las enfermedades, los vicios, las virtudes, las conductas consideradas desviadas o anormales, etc.

En la posmodernidad existe una hibridación entre derecho privado y público; se cuestionan los clásicos postulados y dogmas en la materia; se evidencia una constitucionalización del sistema del Derecho; se acrecienta la importancia, vigencia y desarrollo del mercado como institución jurídica y económica; y, se pone especial énfasis en las personas y grupos vulnerables.

En similar dirección operan los efectos de las nuevas formas de trabajo y de gestión de la fuerza laboral, pues va quedando atrás la figura central de obrero de fábrica, o en general, del sujeto asalariado vinculado bajo formas disciplinarias de dependencia a un patrono, para dar paso a un trabajador independiente que proclama su autonomía como productor en el interior de su espacio doméstico, o de su organización microempresarial o informal.

Por su parte, la estructura familiar sufre una nueva transformación, pues pierde las características de estabilidad y permanencia, y libera, cada vez de manera precoz, a sus miembros de los lazos sentimentales que suponían la filiación o el parentesco, para arrojarlos al libre juego de las subjetividades múltiples.

Es por eso que el derecho posmoderno exige a los juristas no una simple labor exegética, sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a nuevos problemas, utilizando nuevas categorías y conceptos, que permitan contrarrestar los efectos formalistas.

Entre estas categorías pueden mencionarse al abuso del derecho, la armonía con el interés social y el enriquecimiento ilícito.

La posmodernidad debe ser, entonces, el reconocimiento del orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden.

5. LOS DIVERSOS IMPACTOS DE LOS CAMBIOS SOBRE EL DERECHO COMERCIAL

Como se ha visto, los paradigmas sobre los que se construyó el derecho comercial hasta mediados del siglo XX han cambiado ⁽¹⁴⁾:

- En lo cultural, la modernidad convive y litiga con la posmodernidad, que la va reemplazando.
- En lo tecnológico, el mundo digital desplaza al analógico y además crea nuevos espacios y negocios de consecuencias impredecibles.
- En lo económico, el estado de bienestar fue casi íntegramente reemplazado por el neoliberalismo, potenciado por la globalización.
- Finalmente, en lo jurídico, el derecho basado en la norma legal va cediendo ante un derecho basado en reglas y principios de la Constitución y de los tratados.

Veremos a continuación, cuáles han sido los principales impactos de esos cambios sobre los principios, las reglas, las prácticas y las instituciones del derecho comercial.

5.1. *La posmodernidad*

Entre los múltiples impactos del paso de la modernidad a la posmodernidad, podemos señalar los siguientes:

- Individualismo y poder jurígeno de la voluntad personal: retrocede el orden público societario (contractualismo).
- Abandono de los modelos universales y únicos y aceptación de soluciones para cada caso: diversos tipos de proceso concursal para cada situación.
- Abandono de las realidades binarias para aceptar la multiplicidad de situaciones válidas: categorización de acreedores en los concursos
- Tutela especial para los vulnerables: prioridad de los vulnerables en las quiebras. Inclusión financiera. Empresas B.
- Empoderamiento femenino: cupos de igual género en los directorios.
- Tutela de los derechos colectivos (ecología): viabilidad social de la empresa para la reactivación (art. 100 de la Ley General de Sociedades).
- Contractualización de las relaciones privadas: protocolos familiares, acuerdo preventivo extrajudicial, libertad de tasas de interés.
- Negociación y mediación: aplicación a la mediación y arbitraje societario y concursal
- Soluciones divergentes dentro de un mismo sistema legal: en sociedades: institucionalismo, contractualismo y humanismo; en la ley de concursos: la tutela simultánea y parcial, de acreedores mayoritarios, empresa, deudor y trabajadores.

⁽¹⁴⁾ Favier Dubois, E.M. “Tecnologías Disruptivas y Derecho Comercial”, Ed. Astrea, Bs.As. 2025.

5.2. Las tecnologías disruptivas

Los cambios del mundo analógico a la digital impactan sobre el derecho comercial de diversas formas destacándose aquí las siguientes:

- Sobre los contratos comerciales, posibilitan la contratación informática, los documentos digitales y los *smart contract*, con partes desconocidas y ejecución automática.

- Sobre las empresas, las plataformas digitales modifican su formato, elementos y modo de actuación mediante comunicaciones con *chatbots*, y permiten su deslocalización, lo que impacta sobre la ley aplicable y la actuación de los tribunales.

- Sobre el crédito, posibilitan la incorporación de derechos y bienes a una unidad digital para su representación y circulación (“tokenización”); permiten la captación de ahorros mediante las plataformas de *crowdfunding* y *crowdlending*; y posibilitan la actuación de las empresas *fintech* en el sistema financiero compitiendo con los bancos.

- Sobre el patrimonio, permiten la existencia de operaciones anónimas sobre las redes de *blockchain* y de activos bajo clave privada sustraídos a la agresión de los acreedores (criptomonedas).

- Sobre todo el devenir comercial, la inteligencia artificial impacta en los procesos de creación de bienes y servicios, en la gestión con proveedores y clientes, y en la toma de decisiones empresariales.

5.3. El neoliberalismo y la globalización:

Entre los múltiples impactos del Neoliberalismo podemos señalar los siguientes:

- La mayor contractualización de las relaciones comerciales y el retroceso del orden público.

- El abandono del valor de la tipicidad y de la registración en materia societaria y colaborativa.

- Los nuevos tipos sociales de sociedad por acciones simplificada y sociedad simple (sección IV).

- La mayor limitación de la responsabilidad de los socios (inversores) y el agravamiento de la responsabilidad de los administradores (agentes).

- La tendencia a prescindir de la existencia de “empresa” como dato pre-normativo para la configuración de una “sociedad”.

- La promoción de los tribunales arbitrales locales e internacionales y la configuración de una nueva “lex mercatoria”.

- La autoregulación societaria mediante las reglas del Buen Gobierno Corporativo.

- La entronización del mercado como parámetro para medir el límite de la abusividad de los intereses.

Además, el fin del Estado de Bienestar y su reemplazo por el mercado promueve diversas tecnologías que prescinden de la anterior intervención del Estado:

- Las plataformas colaborativas que quiebran las regulaciones estatales existentes: en materia de alquileres (Airbnb), taxis (Uber), etc.

- Los *smart contracts*, cuya ejecución automática prescinde de la ejecución por los Tribunales del Estado y de la aplicación de las normas legales sobre las vicisitudes contractuales;

- Las “criptomonedas”, que constituyen dinero emitido sin intervención del Estado, de aceptación privada y de tenencia y circulación anónimas con efectos de inembargabilidad por los acreedores.

- Las *fintech*, que operan en las finanzas sin el control estatal propio de las entidades financieras.

Por su lado, el trabajo humano deja de ser fundamental para la empresa y desaparece en las “plataformas digitales”, que prescinden del personal convirtiéndolo en autónomo o en emprendedor.

Al mismo tiempo, la globalización y la actuación de las empresas multinacionales llevan a la necesidad de regular la insolvencia transfronteriza.

También hacen necesaria la prevención de la criminalidad, expandida por tal globalización, llevando a la aparición de ciertas instituciones que impactan en el derecho societario tales como: la nominatividad obligatoria de las acciones, la prohibición de testamentos, la prevención del lavado de activos, la determinación del beneficiario final, las restricciones al obrar de sociedades *off shore*, las normas de *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5.4. *El estado de derecho constitucional y convencional:*

El paso del Estado de derecho legislativo al Estado de derecho constitucional y convencional, como así el derecho posmoderno, impactan —entre otras— sobre las siguientes áreas del derecho comercial:

- Modo de legislar. Se abandonan las soluciones universales y uniformes en las leyes comerciales para admitir soluciones particulares atendiendo a cada caso: diversos procesos concursales para cada forma de insolvencia: entidades financieras, aseguradoras, entidades deportivas, fideicomisos, etc.

- Modo de interpretar la ley: se resuelven las cuestiones particulares aplicando en forma directa “reglas” y “principios” generales o superiores (normas constitucionales y convencionales) que resulten justos para el caso, por encima de una aplicación mecánica y lógica de la ley específica: v. gr. derechos de los acreedores vulnerables en los concursos por encima de los privilegiados.

- Vigencia de los DDHH en el ámbito de las relaciones comerciales: cupos de género en los directorios, “perspectiva de género” en los conflictos societarios, derechos de los trabajadores a quedarse con la empresa insolvente, “viabilidad social” de la actividad para la reactivación societaria.

- Cambio del rol de los jueces: ampliación de los poderes del juez del concurso.

III. CARACTERÍSTICAS Y MODELOS DEL DERECHO COMERCIAL POSMODERNO

1. CARACTERÍSTICAS TIPIFICANTES

En orden a destacar las particularidades del derecho comercial en la posmodernidad, se proponen las siguientes características tipificantes que lo separan del modelo anterior propio de la modernidad:

a. Estructura de “collage”:

Así como la posmodernidad es, en algún sentido un “pastiche” o “collage”, porque dentro de ella coexisten expresiones, valores y prácticas sin relación entre sí, el derecho comercial posmoderno presenta similares características comprendiendo dentro de sí principios y reglas opuestas o en conflicto las que en cada caso deberán ser interpretadas para lograr determinar la solución más justa aplicable al caso.

b. Modelos divergentes y en conflicto:

El derecho comercial en la posmodernidad presenta la coexistencia de modelos o paradigmas con valores que son divergentes entre sí: el institucional, el contractualista-tecnológico, el humanista y el de la prevención penal internacional.

El modelo que se va imponiendo es el contractualista, expandido por la tecnología y la globalización, pero se mantiene la supervivencia parcial del modelo institucional, emerge como nuevos modelos el humanista y se afianza el de la prevención penal internacional.

c. Duplicidad de fuentes:

(i) El derecho comercial se “constitucionaliza”, integrándose con normas constitucionales y convencionales ⁽¹⁵⁾.

(ii) Junto al derecho estatal aparece un derecho comercial uniforme, espontáneo, impulsado por la globalización y administrado por tribunales arbitrales internacionales, la *Lex Mercatoria* ⁽¹⁶⁾.

d. Soluciones legislativas “a la carta”:

Se abandonan las soluciones universales y uniformes en las leyes comerciales para admitir soluciones particulares atendiendo a cada caso: regulación separada de las SAS; posibilidad de categorizar a los acreedores, diversos procesos concursales para cada forma de insolvencia: entidades financieras, aseguradoras, entidades deportivas, fideicomisos, etc.

e. Contenidos “antidualistas”:

Se van dejando de lado las categorías binarias de la modernidad y se admiten soluciones diversas o difusas: sociedad civil o comercial (ahora son

⁽¹⁵⁾ Gil Domínguez, Andrés “Inteligencia artificial y Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2019, pág. 177.

⁽¹⁶⁾ Galgano, Francesco “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2005, pág. 41.

todas “sociedades”; sociedad regular o irregular (Sección IV); sociedad típica o atípica (no hay nulidad); capacidad comercial o incapacidad (situaciones difusas); títulos típicos o atípicos (admite los atípicos); *in bonis* o cesación de pagos (admite las “dificultades”) persona-cosa (reconoce derechos a robots); persona-naturaleza (reconoce derechos a los animales y los derechos de incidencia colectiva al medio ambiente) ⁽¹⁷⁾.

f. Lenguaje claro:

Tiende a abandonar el lenguaje técnico y se inclina por legislar y sentenciar en lenguaje “claro” ⁽¹⁸⁾ de modo de que pueda ser entendido por todos los ciudadanos ⁽¹⁹⁾.

g. Objetos tecnológicos:

Las materias que deben ser objeto de mayor y principal regulación se corresponden con las tecnologías disruptivas tales como los robots, vehículos autónomos, inteligencia artificial, *big data*, *blockchain*, plataformas, criptoactivos, metaverso, etc.

Al mismo tiempo, tanto el derecho societario como el concursal son impactados por las nuevas tecnologías en su gestión y en sus propias estructuras.

h. Operadores tecnocráticos:

(i) Los abogados y otros operadores jurídicos incorporan tecnologías ⁽²⁰⁾ para redactar, celebrar y garantizar la ejecución de los contratos comerciales (*smart contracts*) ⁽²¹⁾.

(ii) Los arbitrajes comienzan a resolverse *online* mediante plataformas, con intervención humana y/o por algoritmos de la inteligencia artificial.

(iii) En los juicios estatales se comienza a desarrollar la inteligencia artificial (IA) para asesorar clientes, preparar demandas, elaborar sentencias y predecir resultados ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Mill, John S. “Sobre la libertad”, trad. Pedro de Azcárate, Madrid, 1991, Edit. Alianza, págs. 65 y 66.

⁽¹⁸⁾ Sierra, María Eugenia “Los destinatarios del texto y el lenguaje claro” LA LEY 06/09/2021, 15; LA LEY AR/DOC/2523/2021

⁽¹⁹⁾ Kemelmajer de Carlucci, Aída “El lenguaje en el Código Civil y Comercial argentino”, LL 2019, AR/DOC/3122/2019; Ojeda, María Verónica “El uso del lenguaje claro en la Justicia o poniendo en valor a Hermes”, Tomo La Ley 2020-F, Rev. 24-11-2020. AR/DOC/3816/2020.

⁽²⁰⁾ Aparece el concepto de *prompt lawyer* que encapsula la fusión de la práctica jurídica con la inteligencia artificial y la tecnología. Ver De Venezia, Lucas “Inteligencia Artificial, Derechos Humanos y género. La revolución del *prompt lawyer*. Rutinas, instrucciones y metodologías en una sociedad democrática” LL 24-11-23; TR LALEY AR/DOC/2837/2023.

⁽²¹⁾ Jara, Miguel L. “Abogados robots vs. Abogados humanos: ¿Quién es el abogado del futuro?”, La Ley t. 2023-B, pág. 201; TR LALEY AR/DOC/519/2023; Dabah, Alejandro D. “Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino”, LL, AR/DOC/2979/2020.

⁽²²⁾ Bonina, Nicolás “Inteligencia artificial y derecho ¿Las máquinas van a reemplazar a los abogados?”, TOMO LA LEY 2020-F, rev. Del 24-11-2020. AR/DOC/3809/2020.

i. Tendencias a la opacidad patrimonial y subjetiva:

Se sustraen de la esfera estatal, de la acción de los acreedores y del control del derecho la ejecución de los contratos (*smart contracts*), la emisión y circulación de moneda privada (criptomonedas) y los negocios mediante plataformas descentralizadas.

También la plataformización posibilita escapar de las reglas de individualización de los sujetos, ⁽²³⁾ capacidad, domicilio, competencia y ejecución forzada judicial.

j. En permanente debate y construcción:

Las nuevas realidades, provenientes principalmente, de las tecnologías disruptivas aplicadas a los negocios y los debates sobre la necesidad o no de regulación tanto para los intereses del propio mercado (ganancias y competencia), cuanto para los intereses de la sociedad en sí misma (bien común) y para los derechos de las personas (DDHH), generan una dinámica de permanente debate y construcción.

2. MODELOS DIVERGENTES Y COEXISTENTES

Como se adelantó, el derecho comercial presenta dos grandes tendencias, la expansiva y la limitante, donde conviven cinco modelos de valores divergentes

- Expansiva
- Contractualista
- Tecnocrático
- Limitante- Institucional
- Preventivo Penal Internacional- Humanista

La tendencia expansiva de los negocios está integrada por los modelos “contractualista” y “tecnocrático”.

Por su lado, la tendencia limitante de los negocios está integrada por el remanente del modelo “institucional”, por el modelo de la “prevención penal internacional” ya consolidado y por el modelo “humanista” en crecimiento.

i. Contractualista

El modelo “contractualista” es el propio del neoliberalismo y de la posmodernidad. Este modelo tiene como valores la voluntad privada, el individualismo, ⁽²⁴⁾ los acuerdos privados y las soluciones consensuadas por sobre las impuestas en forma general y universal eliminado o reduciendo el concepto de “orden público” (autonomía de la voluntad, contractualismo,

⁽²³⁾ Favier Dubois, E.M. “Cuatro tecnologías disruptivas que desafían al derecho comercial. Criptomonedas, Smart Contracts, Fintech y Plataformas digitales empresarias”. Publicado en LA LEY, 29-4-24, TR LALEY AR/DOC/1027/2024.

⁽²⁴⁾ Mosset Iturraspe, Jorge “Cómo contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 51.

negociación, mediación, arbitraje, *compliance*, códigos de buen gobierno corporativo, etc.).

ii. Tecnocrático

El modelo contractualista se expande con la tecnología, donde se suma el traslado de las relaciones jurídicas del mundo analógico al mundo virtual bajo reglas criptográficas. Ello, en muchos casos, implica la “desmaterialización”, el anonimato de los propietarios y la imposibilidad de embargar sus activos digitales por parte de los acreedores, como así la imposibilidad de actuación por parte de los Estados (impuestos, crímenes, etc.). Lo denominamos modelo “tecnocrático” por su poder dentro de la organización social.

iii. Institucional

Por su lado, el modelo “institucional” o “publicista” busca proteger a los terceros, a las partes débiles del contrato y al bienestar general, siendo el modelo histórico, propio del estado de bienestar y hoy remanente.

iv. Preventivo penal internacional

A partir del año 2001 y expandido por la globalización, aparece el modelo de la “prevención penal internacional”, cuyos valores radican en evitar delitos transnacionales para lo que establece rigurosas reglas de identificación (beneficiario final, *compliance*, nominatividad obligatoria, etc.) como base para combatir el lavado de dinero, el narcotráfico, el terrorismo y otros crímenes globalizados.

v. Humanista

En forma paralela, comienza a emerger en las empresas un modelo humanista, que da prioridad a los derechos humanos, a la igualdad femenina, al juzgamiento con perspectiva de género, a la protección de los vulnerables y a la tutela del medio ambiente.

Como se advierte, las dos tendencias están en pugna al contener valores divergentes. Por ejemplo, la búsqueda del máximo de ganancias para las empresas y para el capital se opone a la necesidad de proteger al medio ambiente, a los consumidores y a los vulnerables (fin de lucro vs. costos de los derechos humanos).

Será necesario, al seleccionar la norma aplicable a un caso determinado o al proyectar una reforma legal, atender a la existencia de estos modelos y ubicar la solución en el punto que mejor exprese en el caso la relación entre libertad y límites, entre incentivo económico y tutela del bien común.

IV. TENDENCIAS, DESAFÍOS Y PROPUESTAS

1. TENDENCIAS

Los cambios de paradigmas referidos han dado lugar a nuevos modelos de negocios, estructuras y contratos que se proyectan sobre las diversas materias comerciales.

1.1. En materia de empresa y sociedad- Se busca limitar la responsabilidad personal, externalizar los riesgos y reducir al mínimo los costos

- Las empresas tercerizan sus actividades, se desmaterializan, utilizan trabajadores autónomos o hacen trabajar a los usuarios.
- Nacen las plataformas digitales de diversas envergaduras y autonomías.
- Algunas plataformas se convierten en sí misma en mercados controlados por ellas donde los usuarios realizan transacciones entre sí.
- Se fragmenta el modelo societario de la ley 19.550 y coexisten modelos con valores divergentes.
- Se flexibilizan las exigencias societarias y se limita la responsabilidad en las sociedades informales.
- Se tiende a desvincular a la sociedad de un objeto empresario para que aquella pueda tener cualquier finalidad comercial o de mera titularidad.
- La transformación tecnológica de las empresas alcanza al propio funcionamiento interno societario.
- La estructuración societaria también se desmaterializa en las plataformas descentralizadas (DAO).
- Comienza a permearse la aplicación de los DDHH en empresas y sociedades.
- La prevención de crímenes internacionales se afianza en el control de lavado y en el beneficiario final.

1.2. En cuanto al crédito, finanzas, contratos y títulos

- El crédito sufre una enorme expansión y, al mismo tiempo, se restringen los derechos de los acreedores con fundamento en los DDHH y en la sostenibilidad.
- Aparecen las criptomonedas como dinero de emisión privada con sus improntas de anonimato e inembargabilidad.
- Los contratos se celebran en forma digital, se despersonalizan y se opera en forma no presencial con chat *bots* o mediante plataformas descentralizadas.
- Aparecen los *Smart contracts* con una ventajosa ejecución automática que prescinde de las reglas jurídicas y de los tribunales.
- Se afianza el arbitraje para resolver conflictos y aparecen plataformas *on line* con jueces humanos o algorítmicos.
- En el sistema financiero aparecen las empresas *fintech* y las finanzas descentralizadas (DEFI) que aumentan la inclusión financiera, pero operan sin los controles propios de las entidades bancarias.
- Aparecen títulos valores electrónicos y criptográficos de imprecisa formulación y dificultosa ejecución.
- Comienza un proceso de “tokenización” de activo que plantea diversos desafíos.

1.3. En materia de concursos y quiebras

- En vez de un proceso concursal único se legislan procedimientos concursales a la carta para cada tipo de sujeto insolvente.
- Se proyectan soluciones para la insolvencia internacional
- Se expande el rol del juez concursal y se flexibilizan las formalidades procesales.
- Los privilegios concursales sufren el embate de los acreedores vulnerables
- Ciertas tecnologías disruptivas impiden los efectos de la insolvencia en materia de incautación y pagos prohibidos.
- Empieza una transformación digital de la gestión del proceso concursal.

2. DESAFÍOS Y PROPUESTAS

Los nuevos paradigmas y los cambios y las tendencias mencionadas precedentemente plantean a los juristas importantes desafíos ⁽²⁵⁾ y exigen respuestas tendientes a la vigencia del sistema legal, de sus valores y del bien común.

Al respecto, señalamos los siguientes:

2.1. Frente a los cambios de paradigmas

i. La posmodernidad

La coexistencia de las culturas de la antigüedad, de la modernidad y de la posmodernidad en la sociedad, con sus valores divergentes, exigen interiorizarnos de los valores, historia y motivaciones de cada una, comprenderlas, aprender a convivir y a respetar las diversas formas de pensar, buscar el diálogo para armonizar la convivencia, y cada uno tomar lo mejor de cada modelo para una vida más íntegra y provechosa en lo individual y en lo social.

ii. El neoliberalismo

Ante la tensión entre el poder del Estado y el poder del mercado el desafío es intentar construir un sistema intermedio que pueda armonizar lo mejor de cada uno. Por un lado, dando un lugar al mercado por el gran poder para crear riqueza que tienen la iniciativa privada, la creatividad y la libertad de empresa, evitando las desviaciones de la codicia, del egoísmo y del desinterés por lo humano. Al mismo tiempo, dando un lugar al Estado para la gestión pública en todo lo bueno que tiene para distribuir riqueza procurando la solidaridad y el bien común, evitando las desviaciones de la ineficiencia, de la desmotivación y de la corrupción.

⁽²⁵⁾ Ver Favier Dubois, E.M. “Cuatro tecnologías disruptivas que desafían al Derecho Comercial: Criptomonedas, *Smart Contracts*, *Fintech* y Plataformas digitales empresarias”, en La Ley del 29-4-24, cita TR LALEY AR/DOC/1027/2024.

iii. El “derecho justo”

El paso del sistema de derecho basado en la ley (derecho moderno) al sistema de derecho basado en la constitución, los tratados y los DDHH (derecho posmoderno), y su actual convivencia no pacífica en las interpretaciones jurídicas, plantea el desafío de optar por el derecho posmoderno, en tanto “derecho justo”, basado en los DDHH. Al mismo tiempo, resulta imperioso dar al derecho posmoderno la misma seguridad y previsibilidad de que gozaba el derecho modernomoderno.

A tal efecto será necesario que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, vayan construyendo a la mayor brevedad, caso por caso, pero mediante mecanismos de uniformidad, las soluciones adecuadas que sirvan de precedentes para los nuevos casos.

2.2. Frente a las tecnologías disruptivas

i. Inteligencia artificial:

Ante los riesgos de su potenciación, mal uso, sesgos, invasión de la privacidad, manipulación intelectual y pérdida del control humano sobre la IA los desafíos son básicamente los siguientes:

a) Determinar previamente los concretos campos de aplicación en los cuales vamos a trasladar o reemplazar el pensamiento y las decisiones humanas por el pensamiento y las decisiones de la IA (vida personal, consumos, vida social, administraciones, decisiones judiciales, decisiones políticas, etc.).

b) Evitar la afectación del derecho a la privacidad y la derivada manipulación de las ideas, pensamientos y conductas personales (neuroderechos).

c) Preservar la transparencia de los criterios tenidos en cuenta por los algoritmos frente a su natural opacidad.

d) Establecer un sistema de individualización, registración y responsabilidades por la IAe) Establecer organismos públicos, por ley y bajo control de expertos de la sociedad civil, que controlen el desarrollo y que puedan suspender las aplicaciones de la IA en áreas cuyas consecuencias no pueden aún evaluarse.

f) Resguardar siempre el indispensable control de la autonomía de pensamiento de la IA por parte de los humanos y la posibilidad de su desconexión inmediata.

ii. Plataformas digitales

Frente a su desmaterialización, la deshumanización de las operaciones con intervención de chatbots, el anonimato de las titularidades y los negocios por la *blockchain*, la deslocalización y la desnacionalización ante las actuacio-

nes en “la nube”, se impone la creación de algún sistema de identificación y registro de responsables y de domicilios reales, como así la exigencia de una ventanilla humana para hacer frente a los reclamos.

En cuanto a las plataformas descentralizadas, dado que no son sujetos de derecho sino meras relaciones contractuales, corresponderá establecer mecanismos de responsabilidad y de control frente a los usuarios, sea por medio de su desarrollador o creador, sea por medio de las personas que actúan en ellas estableciendo deberes de transparencia y legalidad.

iii. El trabajo humano

El trabajo, como tal, se destemporaliza (no importa a qué hora se hace), se dispersa (trabajadores en distintas partes del mundo), se segmenta (cada uno hace una parte) y se hace autónomo, todo ello lleva al quiebre de la representación gremial tradicional. Ello exige, por un lado, la construcción de un nuevo derecho laboral híbrido, entre la categoría de trabajadores dependientes y de trabajadores autónomos. Por otro, crear mecanismos compensatorios para los humanos que quedan sin trabajo, sea mediante los impuestos al robot, las participaciones en la plusvalía tecnológica o la implementación de asignaciones universales.

iv. La opacidad patrimonial criptográfica

Frente a las criptomonedas y demás dispositivos tecnológicos que, amparados por la doctrina propia de la industria, promueven el anonimato y la inembargabilidad, el desafío consiste en posibilitar la individualización de sus titulares y el embargo y ejecución de las criptoactivos como garantía del derecho de los acreedores y del debido control estatal sobre el cumplimiento de las leyes. Se proponen a tal efecto la intermediación necesaria de Exchanges, titulares de las claves privadas, que puedan informar y cumplir requerimientos judiciales. Mientras ello no se logre, corresponde la presunción de mala fe del adquirente de bienes incautables que pague con criptomonedas en una operación *per2per*, cuya clave privada no fuera suministrada por el enajenante deudor a sus acreedores en perjuicio de estos.

v. La sustracción digital del imperio de la ley

Frente a la frustración de las reglas civiles de los derechos de las partes y de los acreedores que se presenta en los *smart contracts* en la etapa de ejecución automática del contrato, como así de la frustración de las reglas concursales que prohíben pagos y continúan contratos durante la insolvencia, se propone una modificación técnica que permita que los oráculos recepen las medidas judiciales respectivas con el efecto de detener el cumplimiento automático. Hasta ese entonces, se tratará de cumplimientos sujetos a nulidad o inoponibilidad.

vi. Operaciones financieras sin controles

Frente a las operaciones financieras de las *fintech* en el mercado, a la insuficiente regulación y a la ausencia de controles, evidenciados por el caso Wenance, se proponen una mayor regulación por parte del BCRA y una fiscalización permanente.

Asimismo, una mayor transparencia en materia de tasas de interés y de las comisiones que perciben.

2.3. Los juristas frente a la revolución tecnológica

Finalmente, respecto de la revolución tecnológica y las tecnologías disruptivas, propulsadas por la búsqueda de ganancias, ellas nos presentan desafíos vinculados a las relaciones de poder en la sociedad, ⁽²⁶⁾ a la moral, a los derechos humanos, al bien común y a la propia condición humana.

A nuestro juicio, tal situación plantea al menos las siguientes exigencias para los juristas:

- De informarse, estudiar y conocer a fondo cada una de las nuevas tecnologías que impactan sobre el mundo jurídico.

- De evaluar su aplicación y sus resultados en el mundo real.

- De compatibilizar sus resultados con la ética y con las normas jurídicas que protegen los derechos humanos y el bien común.

- De exigir que los reemplazos tecnológicos mantengan las estructuras analógicas para cuando la tecnología no funciona.

- De construir puentes que permitan mantener las ventajas tecnológicas sin sacrificar los principios y valores jurídicos.

- De propender a que los adelantos tecnológicos puedan ser aprovechados por toda la humanidad reduciendo las barreras de acceso.

- De propender a que la sustitución de dispositivos analógicos por dispositivos digitales prevea algún mecanismo que permita acudir a los primeros en caso de fallas de los segundos.

- De prohibir, regular y/o encausar al mundo tecnológico en todo lo que no se pueda compatibilizar y en la medida en que sea necesario para la moral, el bien común y la propia condición humana.

No ignoro la existencia de un profundo debate sobre la conveniencia o no de regular a las nuevas tecnologías y las diversas posturas al respecto. ⁽²⁷⁾

Sin embargo, en las actuales condiciones y ante los riesgos e incertidumbres que plantean al ser humano las tecnologías disruptivas menciona-

⁽²⁶⁾ Wayar, Federico C “La cuarta revolución industrial y las incumbencias profesionales de los operadores jurídicos”, La Ley 2023-B, pág. 192; TR LALEY AR/DOC/520/2023.

⁽²⁷⁾ Sheila, Abed “Vínculos y perspectivas de la innovación, la inclusión y la sostenibilidad”, Sup. Innovación y Derecho 2023 (diciembre), 1, La ley 2023-F, TR LALEY AR/DOC/2827/2023.

das, entiendo que la regulación constituye un imperativo de la moral y del derecho.

En definitiva, considero que es nuestro deber buscar subordinar las ganancias al bien general, dar un rostro humano a las tecnologías y lograr la tan necesaria “humanización del capitalismo”.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonina, Nicolás. “Inteligencia artificial y derecho ¿Las máquinas van a reemplazar a los abogados?”, TOMO LA LEY 2020-F, rev. Del 24-11-2020. AR/DOC/3809/2020.
- Cwaik, Joan “7R. Las siete revoluciones tecnológicas que transforman nuestra vida”, Ed. Conecta, Bs.As., 2020,
- Dabah, Alejandro D. “Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino”, LL, AR/DOC/2979/2020.
- De Venezia, Lucas. “Inteligencia Artificial, Derechos Humanos y género. La revolución del prompt lawyer. Rutinas, instrucciones y metodologías en una sociedad democrática” LL 24-11-23; TR LALEY AR/DOC/2837/2023.
- Favier Dubois E.M. “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del Código Unificado” en La Ley, tomo 2015, A,
- _____. “Cuatro tecnologías disruptivas que desafían al Derecho Comercial: Criptomonedas, Smart Contracts, Fintech y Plataformas digitales empresariales”, en La Ley del 29-4-24, cita TR LALEY AR/DOC/1027/2024.
- _____. “El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico”, publicado en Rev. De Jurisprudencia Argentina SJA el 03/02/2021, Cita Online: AR/DOC/3958/2020.
- _____. “Panorama del Derecho Comercial en el nuevo código civil y comercial”, en el texto publicado del “Código Civil y Comercial de la Nación”, como nota introductoria, Ed. Errepar, 2014,
- _____. “Tecnologías disruptivas y Derecho. Panorama de cambios y desafíos en la Posmodernidad”, en Erreius on line, enero-febrero 2023.
- _____. “Tecnologías disruptivas y derecho comercial”, Ed. Astrea, Bs.As. 2025.
- Galgano, Francesco. “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2005.
- Gil Dominguez, Andrés. “Inteligencia artificial y Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2019, Jara, Miguel L. “Abogados robots vs. Abogados humanos: ¿Quién es el abogado del futuro?”, La Ley t. 2023-B, pág. 201; TR LALEY AR/DOC/519/2023.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El lenguaje en el Código Civil y Comercial argentino”, LL 2019, AR/DOC/3122/2019;
- Liotard, Jean-François “La condición posmoderna”, París, 1979.
- Mill, John S. “Sobre la libertad”, trad. Pedro de Azcárate, Madrid, 1991, Edit. Alianza,

Mosset Iturraspe, Jorge. “Cómo contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 51.

Ojeda, María Verónica. “El uso del lenguaje claro en la Justicia o poniendo en valor a Hermes”, Tomo La Ley 2020-F, Rev. 24-11-2020. AR/DOC/3816/2020.

Santarelli, Fulvio G. “La madeja de la inteligencia artificial. En busca de la punta del hilo” Publicado en: LA LEY 16/09/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/2711/2022

Sierra, María Eugenia. “Los destinatarios del texto y el lenguaje claro”, LA LEY 06/09/2021, 15; LALEY AR/DOC/2523/2021

LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE LA INSOLVENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS

POR ALICIA FERRER MONTENEGRO *

Resumen

La propuesta es analizar la Ley Modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha propuesto a los Estados miembros para su incorporación a su derecho interno. Para ello, se revisarán las distintas nociones de grupo empresarial o societario —con énfasis en el derecho uruguayo—; se enunciarán los objetivos de la ley modelo; las cuestiones vinculadas con el procedimiento a seguir —sea principal o no principal—; el tratamiento de los acreedores y en particular de los acreedores extranjeros. Se concluirá sobre la conveniencia de incorporar la ley modelo al derecho interno.

Palabras clave

Grupo empresarial; insolvencia; procedimiento; jurisdicción; acreedores

UNCITRAL MODEL LAW ON GROUP INSOLVENCY

Abstract

The proposal is to analyze the Model Law on the Insolvency of Groups of Companies that the United Nations Commission on International Trade Law has proposed to Member States for incorporation into their domestic law. To this end, the different concepts of corporate group will be reviewed—with emphasis on Uruguayan law; the objectives of the model law will be stated; the issues related to the procedure to be followed (whether principal or non-principal); and the treatment of creditors, particularly foreign creditors. A conclusion will be drawn on the advisability of incorporating the model law into domestic law.

Key words

Business group; insolvency; procedure; jurisdiction; creditors

* Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

I. INTRODUCCIÓN

En Diálogo de economía y derecho y convergencias, el Prof. Alegría ⁽¹⁾ nos dice que:

“... una visión de la legislación universal actual ha ido acercando, compenetrando y decantando las diversas leyes hacia tendencias comunes. Lo que hemos llamado la ‘difuminación de los sistemas clásicos’ obedece a diversas causas, entre las que podemos destacar 1) la globalización y la regionalización económica y cultural; 2) las modificaciones de las estructuras de las crisis y soluciones asistemáticas; 3) la modificación a la estructura ideológica de las soluciones.; 4) la movilidad legislativa y profundización del tratamiento de la insolvencia transfronteriza”.

Sobre la base de esta reflexión que compartimos, nos proponemos analizar una de las tres leyes modelo sobre insolvencia que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha propuesto a los Estados miembros para su incorporación a su derecho interno, aquella que regula la insolvencia de grupos de empresas.

Las dos restantes son la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza y la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia.

1.1. Concepto de grupo

Toda vez que las empresas tienen iniciativas de expansión forman grupos societarios persiguiendo los objetivos de concentración de dirección y diversificación de tareas.

Hay múltiples conceptos de grupo y excede el marco de este trabajo analizarlos todos, por lo cual solo revisaremos algunos.

Empresa y grupos son temas de difícil enmarcación por ser esencialmente polifacéticos, muy vinculados a la economía, a situaciones humanas (desarrollo de fuentes de trabajo), cuestiones sociales generales.

La diversidad terminológica en el tratamiento del tema genera dificultades interpretativas.

La falta de regulación orgánica de los grupos de sociedades se advierte en el derecho comparado ⁽²⁾.

⁽¹⁾ ALEGRIA, Héctor. *En Reglas y Principios del derecho Comercial* Buenos Aires LA LEY 2008 p. 129 y ss.

⁽²⁾ ALEGRIA, Héctor. “La necesidad del sistema de economía capitalista de los conjuntos económicos y la crisis de la quiebra como solución económico-social.” Buenos Aires *RDCO* 1993 A Año 26, página 1 y ss. y “La sociedad dependiente. Abuso de dependencia económica y control societario externo.” En *Reglas y Principios del derecho Comercial Argentina LA LEY* 2008 p. 529 y ss.

No hay una regulación sistemática de los grupos societarios en nuestra ley societaria, existen solamente regulaciones parciales y específicas de este fenómeno, aplicables en áreas concretas, sin que pueda consignarse la existencia de un auténtico derecho de los grupos de sociedades ⁽³⁾.

Las uniones de empresas son vínculos jurídicos estables, voluntarios o forzosos, a los cuales se someten o son sometidos, en interés común, los que ejercen una actividad económica, que tenga carácter de empresa y cuyo objeto consiste en la disciplina total o parcial, a través de una organización colectiva, de la mencionada actividad que se ejerce individualmente. (Salandra citado por Ferro Astray en “Uniones de Empresas”) ⁽⁴⁾.

“La concentración es un modo singular de organización jurídico mercantil determinado por los supuestos concretos de la situación histórica presente, que ofrece como característica el predominio casi absoluto del factor plan, el actuar sobre un espacio económico nacional con tendencia a convertirse en internacional o global, y el perseguir por un lado el propósito de asegurar hasta el límite posible la realización del puro principio capitalista de la obtención de ganancias y, por el otro, el hacer técnicamente posible la completa movilización de todas las fuerzas económicas dentro de dicho espacio. (URIA, citado por Ferro Astray)”.

La especificidad del grupo de sociedades no radica tanto en la concentración de activos empresariales (el grupo no es una cuestión de tamaño), sino en la racionalización de la estructura de la empresa (el grupo es una cuestión de organización).

En este sentido el grupo de sociedades ha de verse sobre todo como una forma de empresa —la empresa policorporativa— y bajo ese punto de vista, entenderse como una respuesta organizativa de las fuerzas del mercado a las exigencias de racionalización que impone el crecimiento de las empresas en dimensión, complejidad, nivel de actividades e implantación territorial ⁽⁵⁾.

“El grupo de sociedades es la forma jurídica propia de la mediana o gran empresa de nuestro tiempo. Cuando la empresa alcanza dimensiones económicas de importancia y está provista de una organización compleja, extendiendo su acción a vastos mercados, asume inevitablemente su configuración bajo la dirección unificada de una sociedad directora o holding que opera por medio de una pluralidad de sociedades. Cuanto mayor es la dimensión y complejidad de la organización empresarial, más extensos son los mercados en los cuales la empresa actúa y mayor el número de las

⁽³⁾ OLIVERA, Ricardo. Los grupos de sociedades en el derecho uruguayo. *Ensayos sobre sociedades comerciales*. Montevideo LA LEY URUGUAY 2020 página 643-644

⁽⁴⁾ FERRO ASTRAY, José A y OLIVERA GARCIA, Ricardo. *Grupos de sociedades*. Montevideo LA LEY Uruguay. 2014.

⁽⁵⁾ PAZ ARES, Cándido, en *Lecciones de derecho mercantil* de Aurelio Menendez. Madrid Thomson Civitas. 2003 p. 473 y ss.

sociedades que componen el grupo ⁽⁶⁾. Frente a los grupos societarios el economista sabe que, aunque articulada en su interior en una pluralidad de fraccionamientos, está en presencia de una única gran empresa. Un mismo capital alimenta las sociedades individuales, o sea, la *holding* del vértice, la que tiene, directamente o a través de una *subholding*, suscripta o adquirida la totalidad o la mayoría de sus acciones. El mismo capital es remunerado por la actividad de las sociedades individuales, ya que las utilidades realizadas por estas convergen directamente o por medio de las *subholdings* a la holding vértice. Es un mismo centro de decisión situado en la holding del vértice el que dirige el grupo entero, teniendo directa o indirectamente la totalidad o la mayoría de las acciones de cada una de las sociedades y, por lo tanto, la totalidad o la mayoría de los votos en cada una de ellas” ⁽⁷⁾.

Arriba Fernández define al grupo como la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria. Por tanto, los elementos clave del grupo son la independencia jurídica de sus integrantes (la sociedad matriz y la o las sociedades filiales) y la dirección unitaria a la que se ven sometidos ⁽⁸⁾.

El proyecto de Ley Modelo sobre insolvencia de grupos de empresas de UNCITRAL, en su artículo dos (Definiciones) distingue: (b) Por “grupo de empresas” se entenderá dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social; (c) Por “control” se entenderá la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacionales y financieras de una empresa; (d) Por “empresa del grupo” se entenderá toda empresa integrante de un grupo de empresas.

1.2. Su función económica

Desde el punto de vista de su función económica, Manóvil entiende ⁽⁹⁾ que los grupos societarios a) mejoran la productividad; b) mejora el acceso a nuevas tecnologías; c) posibilita las inversiones en innovación y desarrollo; d) mejora la posición en el mercado; e) mejora el acceso al crédito; f) Posibilita el autofinanciamiento interno; g) Atomiza riesgos de fluctuación del mercado; h) Aumenta competitividad a nivel internacional. También diversifica los riesgos del negocio en dos aspectos: a) por actividad y b) geográficamente, teniendo en cuenta el riesgo soberano.

Respecto a este último punto, se explica que la existencia del grupo reduce los costos de agencia (*moral hazard*); permite la especialización de ac-

⁽⁶⁾ GALGANO, Francesco, *Grupo de Sociedades*. Buenos Aires LA LEY 2007, p. 1.

⁽⁷⁾ GALGANO Francisco, *Grupo de sociedades*. Buenos Aires LA LEY. 2007- p. 17.

⁽⁸⁾ ARRIBA FERNANDEZ, Luis, *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid Thomson Civitas. 2004. Página 84.

⁽⁹⁾ MANOVIL, Rafael, *Grupo de Sociedades*. Buenos Aires Abeledo Perrot. 1998.

tividades; permite la flexibilización de la organización; facilita la superación de restricciones legales, como puede ser el caso de las sociedades anónimas estatales; y finalmente, permite la obtención de ventajas tributarias a través de la elusión fiscal.

1.3. Los grupos en la legislación uruguaya

Nuestra legislación societaria no regula los grupos de sociedades. No lo hace en forma deliberada, atento a los trabajos ya citados del Prof. Ferro Astray, uno de los redactores de la ley.

No se trató de desconocer la existencia de los grupos ni todo aquello que rodea su estudio, sino una decisión de política legislativa adoptada, a fines de la década de los ochenta por los redactores de nuestra ley 16.060.

En la actualidad, se discute en el parlamento un proyecto de ley ⁽¹⁰⁾ que, como señala su exposición de motivos en materia de grupos de sociedades, recogiendo antecedentes de la legislación italiana, de los precedentes de la jurisprudencia francesa (caso “Rozenblum”) y del Forum Europeum sobre Grupos de Sociedades consagra soluciones que establecen un adecuado equilibrio entre el reconocimiento del interés grupal y la protección de los intereses de cada una de las sociedades del grupo.

Sin perjuicio del silencio de la ley societaria sobre la cuestión, existen en derecho uruguayo otras normas que regulan el grupo.

En la ley tributaria No. 19.808 art. 2° para el Impuesto al Patrimonio: “cuando se verifique la existencia de una unidad económico-administrativa se considerará, a los efectos de la exoneración, la suma de los activos referidos afectados a la misma, de todas las entidades que la integran”.

Art. 16 referido a actividades agropecuarias conceptualiza a las Unidades Económico-Administrativas: “cuando responden a un interés común relativo a dichas actividades, evidenciando la existencia de una entidad empresarial subyacente, independiente de las formas jurídicas adoptadas”.

En el campo de la actividad financiera, la recopilación de Normas de Regulación y control del sistema financiero, art. 271 define al conjunto económico: “Dos o más personas físicas o jurídicas, residentes o no, forman un conjunto económico cuando están interconectadas de tal forma, que existe control de una sobre la/s otra/s o están bajo control común de una persona física o jurídica, de forma directa o indirecta, o tienen unidad en el centro de decisión, o pertenecen a cualquier título a una única esfera patrimonial, independientemente de la forma jurídica adoptada, haya o no vinculación en la actividad o en el objeto social de los sujetos de derecho considerados”.

⁽¹⁰⁾ Proyecto de ley presentado por los Prof. Ricciardi Olivera, Alejandro Miller y Alicia Ferrer que fuera recogido por todos los partidos políticos con representación parlamentaria y obtuviera media sanción del Senado por el voto unánime de sus miembros.

En el ámbito de las normas sobre competencia en el mercado, la ley 18.159 define a los actos de concentración económica: “aquellas operaciones que supongan una modificación de la estructura de control de las empresas partícipes mediante: fusión de sociedades, adquisición de acciones, de cuotas o de participaciones sociales, adquisición de establecimientos comerciales, industriales o civiles, adquisiciones totales o parciales de activos empresariales, y toda otra clase de negocios jurídicos que importen la transferencia del control de la totalidad o parte de unidades económicas o empresas”.

La ley de cooperativas 18407 en su art. 89 define a las corporaciones cooperativas: “asociaciones empresariales que, constituidas mayoritariamente por cooperativas de primer y segundo o ulterior grado, tengan por objeto la definición de políticas empresariales, su control y, en su caso, la planificación estratégica de la actividad de sus socios, así como la gestión de los recursos y actividades comunes”.

Desde la doctrina del derecho del trabajo, a falta de normas legales, se ha conceptualizado de diferentes maneras el fenómeno del conjunto económico.

Vínculos estables de dominación y control, o se encuentren bajo la influencia dominante de una o más personas físicas o jurídicas y actúen bajo una dirección económica unificada. ⁽¹¹⁾

Tiene como antecedente la noción dada por Ermida ⁽¹²⁾ en el trabajo de 1981 para quien se trata de “Conjunto de empresas recíprocamente entrelazadas al punto de formar un todo complejo pero compacto en cuanto responde a un mismo interés”.

Pérez del Castillo ⁽¹³⁾, por su parte, sostiene que existe un grupo: “Cuando existe patrimonio y dirección común, siendo esencial la existencia de una unidad subyacente”.

La ley de concursos y reorganización empresarial N.º 18.387 en su artículo 112.2 c) entiende que “[e]xiste grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto”.

Contiene otras referencias a los grupos.

En el artículo séptimo literal c. ordena que la persona jurídica que solicita el concurso indique “si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades que estén integradas en el mismo”.

⁽¹¹⁾ CASTELLO, Alejandro, *Grupos de empresas y derecho del trabajo*. Montevideo. FCU 2006, p. 124.

⁽¹²⁾ ERMIDA, Oscar, *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*. Montevideo. 1981.

⁽¹³⁾ PEREZ DEL CASTILLO, Santiago, “Conjunto económico o grupo de empresas”. En *42 Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Montevideo, 2000.

En el artículo noveno, al regular las solicitudes conjuntas indica que “cuando formen parte de un mismo grupo deberán presentar los estados contables referidos en el numeral 4 del artículo 7° en forma consolidada”.

El artículo 13 ordena que cuando haya solicitudes conjuntas de declaración de concurso se tramiten ante la misma sede en expedientes separados.

El artículo 28 numeral 3 referido a quienes no podrán ser designados síndicos por haber sido designados en dos concursos, dice que “los nombramientos efectuados en sociedades pertenecientes al mismo grupo se computarán como uno solo”.

En el artículo 140 se prohíbe las propuestas de convenio condicionales, pero “[s]e exceptúa de lo dispuesto precedentemente el caso de concurso de sociedades del mismo grupo, en que la propuesta que presente cualquiera de ellas podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo”.

Resulta claro de la lectura de las distintas normas que no hay un criterio unívoco para conceptualizar a los grupos empresariales. Esto genera incertidumbre en los operadores económicos.

También genera problemas, como sostiene Rodríguez Mascardi:⁽¹⁴⁾

El concurso se puede propagar entre las distintas sociedades, especialmente en aquellos grupos en los que entre sus componentes existen relaciones societarias, patrimoniales y contractuales que determinan que la insolvencia de una de esas sociedades se contagie a las demás. El reconocimiento de la legitimidad del grupo y su carácter de instrumento empresarial debe tenerse presente a la hora de analizar las causas de la insolvencia, la valoración de las operaciones y contratos celebrados con otras sociedades del grupo y, por supuesto, la responsabilidad derivada del concurso.

La Guía UNCITRAL nos dice: Si bien cabe resolver estas cuestiones sumamente complejas conforme a diversos criterios, es importante que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento que deba seguirse en todo asunto relativo a los grupos de sociedades, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida. En vez de reglamentar directamente ese procedimiento en el caso de la insolvencia que afecte a un grupo de empresas, cabría también definir suficientemente lo relativo a estas empresas en otras partes del régimen, a fin de que se les pudieran aplicar, por ejemplo, las disposiciones que rigen cuestiones como la del uso de la anulación o la subordinación con respecto a las personas allegadas.

(14) RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, “Los grupos de sociedades como sujetos concursables: su tratamiento en el derecho uruguayo”. En *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*. Tomo 3 Montevideo Universidad de Montevideo. 2016.

II. LOS GRUPOS EN EL PROYECTO DE LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE LA INSOLVENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS

II.1. Introducción

El preámbulo de la ley modelo señala que su finalidad es establecer mecanismos eficaces aplicables a los casos de insolvencia que afecten a las empresas de un grupo, con miras a promover la consecución de los siguientes objetivos:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que intervengan en esos casos.

b) La cooperación entre los representantes de la insolvencia nombrados en este Estado y en Estados extranjeros en esos casos.

c) La elaboración de una solución colectiva de la insolvencia para todo el grupo de empresas o parte de él y el reconocimiento y la aplicación transfronterizos de esa solución en múltiples Estados.

d) La administración justa y eficiente de los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de un grupo, de un modo que proteja los intereses de todos los acreedores de esas empresas del grupo y otras personas interesadas, incluidos los deudores.

e) La protección y optimización del valor total combinado de los bienes y operaciones de las empresas del grupo que se vean afectadas por la insolvencia y del grupo de empresas en su conjunto.

f) La facilitación de la rehabilitación de los grupos de empresas afectados por problemas económicos, a fin de proteger las inversiones y preservar el empleo; y

g) La protección adecuada de los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que participe en una solución colectiva de la insolvencia y de otras personas interesadas.

Según la Guía de la Ley modelo, hay tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un grupo son:

a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”). El modo en que se regulan en el derecho interno las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquella. Una posible ventaja de tratar esas cuestiones en un régimen de insolvencia radica en que es un incentivo para que los grupos de sociedades supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves.

- b) El tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo contra la empresa deudora); y
- c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexas de este.

II.2. Objetivos de la Ley Modelo

A efectos de establecer mecanismos eficaces aplicables a los casos de insolvencia transfronteriza, que afecten grupos de empresas, el preámbulo del proyecto se plantea como objetivos, entre otros:

- a) La administración justa y eficiente de los procedimientos de insolvencia transfronteriza relativos a las empresas de un grupo, de un modo que proteja los intereses de todos los acreedores de esas empresas del grupo y demás partes interesadas, incluidos los deudores.
- b) La protección y optimización del valor total combinado de los bienes y operaciones de las empresas del grupo que se vean afectadas por la insolvencia y del grupo de empresas en su conjunto;
- c) La facilitación de la rehabilitación de los grupos de empresas afectados por problemas económicos, a fin de proteger las inversiones y preservar el empleo; y
- d) La protección adecuada de los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que participe en una solución colectiva de la insolvencia y de otras partes interesadas.

II.3. Algunas cuestiones vinculadas con el procedimiento a seguir en la insolvencia del grupo

La Ley Modelo busca, conforme el artículo segundo literal f), encontrar una solución colectiva de la insolvencia, entendida como un conjunto de propuestas elaboradas en un procedimiento de planificación para la reorganización, la venta o la liquidación de todas o algunas de las operaciones o bienes de una o más empresas del grupo, con miras a preservar o aumentar el valor total combinado de las empresas del grupo que participen de ella.

Por su parte el procedimiento de planificación se entiende como un proceso de insolvencia abierto respecto de una empresa del grupo en el lugar que se encuentre su principal centro de interés siempre y cuando i) otra u otras empresas del grupo estén participando en ese procedimiento con el fin de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia; ii) la empresa del grupo que es objeto del procedimiento sea parte necesaria e imprescindible de esa solución colectiva de la insolvencia; y iii) se haya nombrado un representante común.

¿Qué debe entenderse por principal centro de interés? El lugar donde el deudor administra sus intereses de manera habitual, entendiendo “intereses” no solo las actividades comerciales, industriales o profesionales sino también las actividades económicas en general de forma que se incluya las actividades de las personas físicas.

En su artículo 3° dispone que en caso de conflicto entre la presente ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

Respecto a la jurisdicción, el artículo cuarto indica que, si una empresa del grupo tiene el centro de sus principales intereses en este Estado, nada de lo dispuesto en la presente ley tendrá por objeto: a) restringir la competencia de los tribunales de este Estado con respecto a esa empresa del grupo; b) limitar los procesos o procedimientos (incluido cualquier permiso, consentimiento o aprobación) que se exijan en este Estado con respecto a la participación.

Como en todas las leyes modelo, se regula la excepción de orden público: nada de lo dispuesto en la presente ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida que se rija por ella, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

La Ley Modelo dispone, en sus artículos 9° y siguientes, distintas normas que apuntan a la cooperación y coordinación entre Tribunales y representantes o administradores del concurso a efectos de salvaguardar los derechos de todos los partícipes de este.

Se regula la participación de empresas del grupo en un procedimiento, indicando que cualquier otra empresa de grupo podrá participar en ese procedimiento a los efectos de facilitar la cooperación y la coordinación previstas, incluso de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia. Esa participación significa que la empresa del grupo tiene derecho a comparecer voluntariamente, presentar escritos y ser oída en ese procedimiento con respecto a cuestiones que afecten a sus intereses. Siendo voluntaria, podrá suspender esa participación en cualquier etapa del procedimiento.

Finalmente establece que las empresas del grupo que participen en el procedimiento serán notificadas de las medidas que se adopten con respecto a la elaboración de una solución colectiva de la insolvencia.

Con el fin de proteger los bienes de una empresa del grupo que sea objeto de procedimiento de planificación, los intereses de los acreedores de esa empresa y la posibilidad de elaborar una solución colectiva, se prevén medidas tendientes a tal fin.

El artículo 20 del prevé que el tribunal interviniente disponga, entre otras medidas: a) impedir la ejecución de los bienes de la empresa; b) suspender el derecho a enajenar o gravar cualquiera de los bienes de esa empresa o a disponer de esos bienes de alguna otra manera; c) suspender cualquier procedimiento de insolvencia relacionado con una empresa del grupo que participe en el procedimiento de planificación; d) impedir el inicio o suspender la tramitación de acciones o procedimientos individuales relacionados con los bienes, derechos, obligaciones o deudas de esa empresa del grupo; e) encomendar al representante del grupo o a otra persona designada por el tribunal la administración o la realización de la totalidad o una parte de los bienes de esa empresa

del grupo que estén ubicados en este Estado, con el fin de proteger y mantener el valor de aquellos bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos o susceptibles de devaluación, o que corran algún otro tipo de peligro.

La intención de esta claramente, es mantener los activos intocados a efectos de que las empresas del grupo sigan con su actividad, salvo los perecederos, y además mantener el valor de esos activos.

Estas medidas que serán aplicadas por el tribunal del estado en el cual se tramita el proceso de planificación, pueden ser aplicadas por un tribunal extranjero en el cual se encuentre alguna empresa integrante del grupo siempre y cuando el representante del grupo solicite el reconocimiento del procedimiento de planificación y peticione la adopción provisional de las medidas, conforme dispone el artículo 15.

Una vez reconocido el procedimiento por el tribunal extranjero, esas medidas primariamente provisionales pueden transformarse en definitivas, con la excepción del numeral 2 del artículo 20 que prevé que no podrán otorgarse respecto de los bienes ubicados en este Estado ni de las operaciones que se desarrollen en él, de cualquier empresa del grupo que participe en un procedimiento de planificación cuando esa empresa del grupo no sea objeto de un procedimiento de insolvencia.

II.4. El tratamiento a los acreedores

El tratamiento a los acreedores está regulado principalmente en los artículos 27, 28 y 29 y en el literal g del preámbulo del proyecto de Ley Modelo.

Desde el comienzo, el proyecto expresa su vocación por la protección adecuada de los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que participe en una solución colectiva de la insolvencia y de otras partes interesadas.

En el artículo 27 dispone al otorgar, denegar, modificar o dejar sin efecto alguna de las medidas previstas en la presente ley, el tribunal deberá cerciorarse de que queden debidamente protegidos los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de planificación o que participe en él y otras personas interesadas, incluida la empresa del grupo que fuera objeto de las medidas que se otorgaran. El tribunal podrá supeditar toda medida que se otorgue con arreglo a la presente ley al cumplimiento de las condiciones que juzgue convenientes, incluida la prestación de una garantía. El tribunal podrá, a instancia del representante del grupo o de cualquier persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a la presente ley, o de oficio, modificar o dejar sin efecto la medida en cuestión.

Los relatores hacen hincapié en que el proyecto refiere a la protección de los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo que participe en la solución colectiva, con lo que se reconoce la integridad de cada empresa del grupo y la importancia fundamental de proteger a cada uno de los acreedores dentro del grupo de empresas y en el marco de la solución colectiva de la

insolvencia. La solución del artículo 27 es controvertida por cuanto genera incertidumbre al dar lugar a la posibilidad de que los intereses de los acreedores de una empresa del grupo se vieran supeditados al conjunto de los intereses de los acreedores de todas las empresas participantes. Se sostiene que ello no sería compatible con la identidad jurídica de cada una de las empresas del grupo y podría desalentar la participación en soluciones colectivas.

La otra cuestión que plantea el tratamiento de los acreedores es cómo compatibilizar la obligación de proteger los intereses de la propia empresa del grupo y al mismo tiempo los de los acreedores, para lo cual deberá responderse qué intereses podría tener una empresa del grupo que sean claramente distintos de los intereses de sus acreedores y ameriten protección por separado.

El tratamiento de los créditos extranjeros está regulado en el artículo 28.

Con el fin de reducir al mínimo la apertura de procedimientos no principales o facilitar el tratamiento de los créditos en el marco de la insolvencia de un grupo de empresas, el crédito que podría presentar un acreedor de una empresa del grupo en un procedimiento no principal seguido en otro Estado podrá recibir, en un procedimiento principal abierto en este Estado, un tratamiento acorde al que recibiría en el procedimiento no principal, siempre que: a) el representante de la insolvencia nombrado en el procedimiento principal seguido en este Estado contraiga el compromiso de otorgarle ese tratamiento. Cuando se haya nombrado a un representante del grupo, el compromiso ha de ser contraído conjuntamente por el representante de la insolvencia y el representante del grupo; b) el compromiso cumpla los requisitos formales que pueda exigir este Estado; y c) el tribunal apruebe el tratamiento que habrá de otorgarse en el procedimiento principal. Todo compromiso que se contraiga con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 será susceptible de ejecución y vinculante para la masa de la insolvencia del procedimiento principal

En su artículo 28 el proyecto propone facilitar el tratamiento de los créditos en el marco de la insolvencia de un grupo, evitando que se abran procedimientos no principales en otras jurisdicciones, para lo cual un acreedor extranjero podrá presentarse en el trámite principal recibiendo el mismo tratamiento que recibiría en su país de origen.

Esto requiere el compromiso del representante de la insolvencia de otorgarle el tratamiento descrito y la aprobación del tribunal actuante. Todo compromiso de tratamiento igualitario del crédito extranjero será susceptible de ejecución y vinculante para la masa de la insolvencia.

Los compromisos contraídos respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros en los procedimientos principales están regulados en el mismo artículo.

Para los relatores, este artículo deja claro que se refieren a un compromiso contraído para evitar o reducir al mínimo la apertura de procedimientos no principales.

Corresponde aclarar de qué se trata según la Ley Modelo un procedimiento principal y no principal.

Principal sería aquel que se tramita en el Estado en el cual el deudor tenga el centro de sus principales intereses a la fecha de comienzo del procedimiento. El mismo razonamiento puede aplicarse en el caso de una reorganización. El centro de los principales intereses, como ya se dijera, es el lugar donde el deudor administra sus intereses de manera habitual, entendiendo “intereses” no solo las actividades comerciales, industriales o profesionales sino también las actividades económicas en general de forma que se incluyan las actividades de las personas físicas. El procedimiento no principal es el que se tramita en el lugar en que el deudor posea un establecimiento, concepto que se define como “todo lugar de operaciones en el que la empresa deuda miembro del grupo ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios” (art. 2º, inciso 1).

La Ley Modelo también dispone que si tras reconocer un procedimiento de planificación, el tribunal llega a la conclusión de que los intereses de los acreedores de las empresas afectadas del grupo estarán suficientemente protegidos en ese procedimiento, especialmente cuando se haya contraído un compromiso de tratamiento igualitario de créditos extranjeros, podrá, además otorgar alguna de las medidas previstas, suspender o negarse a abrir en este estado procedimientos de insolvencia relacionados con cualquier empresa del grupo que participe en el procedimiento de planificación.

También podrá el tribunal, tras la presentación de la solución colectiva de la insolvencia y arribando a la conclusión de que los intereses de los acreedores de la empresa afectada del grupo están suficientemente protegidos, podrá aprobar la parte pertinente de la solución colectiva de la insolvencia y otorgar cualquiera de las medidas que sean necesarias para aplicar esa solución.

CONCLUSIONES

La conformación de grupos empresarios es una realidad constatable.

Son útiles a la economía y desde hace ya casi un siglo han dejado de tener un carácter estrictamente privado, aún han dejado de tener un carácter estrictamente privado, aún muchas veces secreto o reservado, han dejado de ser cuestionados en su licitud y ser objeto de legislaciones represivas.

No todas las legislaciones societarias y concursales contienen disposiciones claras respecto a los grupos empresariales, y ello lleva a discusiones doctrinarias y a fallos judiciales no siempre coincidentes. Léase, a dificultades en orden a la seguridad jurídica, tan importante a la hora de atraer inversiones.

Como sostiene la Guía de la Ley Modelo ya citada en la introducción: Si bien cabe resolver estas cuestiones sumamente complejas conforme a diversos criterios, es importante que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento que deba seguirse en todo asunto relativo a los

grupos de sociedades, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida.

Incorporar reglas globales en materia tan importante para la economía, puede generar una erosión del poder de los Estados, que se materializa en la pérdida del monopolio del Estado en orden a ciertos campos de la legislación y a otros de la jurisdicción, al decir de Alegría ⁽¹⁵⁾.

En lo que concierne a quien escribe, pienso que el legislador uruguayo deberá incorporar normas claras sobre grupos empresarios —no necesariamente societarios— de manera de terminar con la proliferación de normas aisladas y no siempre armónicas que existen hoy. Deberá, asimismo, realizar ajustes en la ley concursal.

Existen numerosos modelos de derecho comparado adaptables a nuestra realidad.

La Ley Modelo UNCITRAL sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas viene a aportar algunas ideas frente a los vacíos de las normas societarias y concursales.

Incorporar estas leyes modelo, la de Insolvencia transfronteriza y la de Insolvencia de grupos de empresas no parece una idea desatinada, ni vulnera la soberanía legislativa o jurisdiccional.

Aunque no son muchos los estados que la han incorporado a su derecho interno, si puede afirmarse que son los que tienen mayor peso en la economía global y las empresas que tienen su principal centro de interés en esos países son, las que, a través de subsidiarias, actúan en los nuestros.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRIA, Héctor. *Globalización y Derecho*. Buenos Aires. 2012.

_____. *Reglas y Principios del derecho Comercial* Buenos Aires, LA LEY 2008.

_____. *La necesidad del sistema de economía capitalista de los conjuntos económicos y la crisis de la quiebra como solución económico-social*. RDCO 1993, A Año 26.

_____. *La sociedad dependiente. Abuso de dependencia económica y control societario externo*. En *Reglas y Principios del derecho Comercial* Buenos Aires LA LEY 2008.

ARRIBA FERNANDEZ, Luis Maria. *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid Thomson Civitas. 2004.

CASTELLO, Alejandro. *Grupos de empresas y derecho del trabajo*. Montevideo. FCU 2006.

ERMIDA, Oscar. *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*. Montevideo. 1981.

⁽¹⁵⁾ ALEGRIA, Héctor. *Globalización y Derecho*. Buenos Aires. 2012. p. 48.

- FERRO ASTRAY, José A y Olivera García, Ricardo. Grupos de sociedades Montevideo LA LEY Uruguay. Montevideo 2014.
- GALGANO, Francesco, Grupo de Sociedades. Buenos Aires LA LEY 2007.
- MANOVIL, Rafael. Grupo de Sociedades. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 1998.
- OLIVERA, Ricardo. Los grupos de sociedades en el derecho uruguayo. Ensayos sobre sociedades comerciales. Montevideo, LA LEY URUGUAY 2020.
- PAZ ARES, Cándido Lecciones de derecho mercantil de Aurelio Menendez. Thomson Civitas. Madrid, 2003.
- PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Conjunto económico o grupo de empresas. En 42 Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo, 2000.
- RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita. Los grupos de sociedades como sujetos concursables: su tratamiento en el derecho uruguayo. En Estudios de Derecho Concursal Uruguayo. Tomo 3, Universidad de Montevideo. 2016.

LOS CONTRATOS INCOMPLETOS

POR LEONARDO F. FERNÁNDEZ *

Resumen

Los contratos incompletos son acuerdos empresariales intencionalmente abiertos que gestionan eficientemente relaciones contractuales complejas y duraderas, particularmente cuando existen inversiones específicas cuyo recupero depende de la continuidad del vínculo. Su característica principal consiste en posponer deliberadamente la regulación de ciertos aspectos de la relación contractual, estableciendo en su lugar mecanismos para integrarla posteriormente mediante: el arbitrio de un tercero, la facultad de integración unilateral (ius variandi) o los futuros acuerdos integrativos alcanzados por las partes. Estos contratos se enfocan en administrar el “alea ordinaria” del contrato (variaciones económicas previsibles), diferenciándose claramente de eventos extraordinarios que podrían activar el recurso a los remedios propios de la teoría de la imprevisión (alea extraordinaria). Su principal ventaja radica en reducir los costos de transacción y mantener flexibilidad del vínculo ante cambios impredecibles, sin sacrificar seguridad jurídica. Los contratos incompletos se diferencian de los contratos imperfectos, de los contratos preliminares, de la formación progresiva del contrato y de la cláusula hardship.

Palabras clave

Contrato incompleto. Contratos de larga duración. Inversiones específicas. Alea ordinaria del contrato. Costos de transacción.

INCOMPLETE CONTRACTS

Abstract

Incomplete contracts are intentionally open business agreements that efficiently manage complex and long-lasting contractual relationships, especially when there are specific investments whose recovery depends on the continuity of the link. Their main characteristic is deliberately postponing the regulation of certain aspects of the contractual relationship, establishing mechanisms to integrate it later through: the decision of a third

(*) Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular adjunto por concurso de la materia “Contratos Cíviles y Comerciales” en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires.

party, the power of unilateral integration (ius variandi), or future integrative agreements reached by the parties. These contracts focus on managing the “ordinary risk” (alea ordinaria) of the contract (foreseeable economic variations), clearly differentiating themselves from extraordinary events that could trigger the use of remedies from the theory of unforeseeability (alea extraordinaria). Their main advantage lies in reducing transaction costs and maintaining flexibility of the relationship in the face of unpredictable changes, without sacrificing legal certainty. Incomplete contracts differ from imperfect contracts, preliminary contracts, the progressive formation of the contract, and the hardship clause.

Keywords

Incomplete contract. Long-term contracts. Specific investments. Ordinary risk of the contract. Transaction costs.

I. INTRODUCCIÓN

La Real Academia de Ciencias de Suecia distinguió con el Premio Nobel de Economía de 2016 a los profesores Bengt Holström y Oliver Hart por sus aportaciones al campo de la “teoría de los contratos”.

Entre esas aportaciones, una de las más relevantes, quizás, consiste en la identificación y función de los así denominados “contratos incompletos” [o, más precisamente “contratos económicamente incompletos”] cuyo ámbito de aplicación se encuentra vinculada a las relaciones jurídicas contractuales complejas de larga duración, a las que alude el artículo 1011 del Código Civil y Comercial (el “CCyC”) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sobre la categoría clásica de los “contratos de duración”, creo que continuamos aún en deuda con la sistematización de Oppo, esbozada a partir de los distintos efectos del tiempo sobre los intereses involucrados en las diversas estructuras contractuales (confr. Oppo, Giorgio, *I contratti di durata* en Rev. Dir. Comm. del Dir. Obbl. vol. 1943, I, pp. 143 y ss., pp. 227 y ss. y vol. 1944, I, pp. 17 y ss.). El autor distingue entre contratos de *ejecución diferida*, donde la ejecución es instantánea, pero desplazada en el tiempo por un plazo, y los *contratos de duración*, que, a su vez, pueden ser de ejecución *continua o periódica*, según dicha ejecución dure de manera ininterrumpida en el tiempo o se repita intermitentemente. En estos casos, informa al contrato un interés en que la actividad de cumplimiento ocurra a lo largo de toda la duración del contrato, pues la utilidad del contrato está en relación directa con el tiempo de ejecución (como en el caso de la *locatio operarum*), en una palabra: la duración tiene incidencia causal y no meramente accidental (confr. Oppo, op. cit. pp. 157, 171. En el mismo sentido, Oppo cita a Henle, R. *Lehrbuch des Bürgerlichen Recht* Rostock, 1934, vol. II). Una tercera subcategoría agrupa a los contratos de *ejecución prolongada*, donde el interés a satisfacer no es el de obtener la prestación a lo largo de un cierto tiempo sino, al contrario, de recibir los beneficios de la ejecución dentro de un cierto tiempo (*locatio operis*). El tiempo en este caso no representa un factor de valorización del contrato sino, al contrario, un obstáculo para la exigencia de satisfacción de los intereses subyacentes, que naturalmente preferirían recibir la prestación lo antes posible. En el contrato de ejecución prolongada la duración es necesaria para lograr el cumplimiento que demanda de esa duración (la duración se sufre, en cambio de buscarse), mientras en cambio en los contratos de duración, dicha duración cumple una función autónoma, de utilidad en sí misma. A la categoría del contrato de duración forjada a partir del suministro y la prestación de trabajo subordinado, la doctrina

En el presente artículo abordaré, sintéticamente, la caracterización y principal función del contrato incompleto en su versión, quizás, más interesante y desarrollada en el derecho comparado, es decir: como contrato empresarial paritario, negociado y concluido entre semejantes (sin intervención de sujetos vulnerables ni predisposición de cláusulas) y ajeno a la atención de intereses existenciales de algunas de las partes ⁽²⁾.

más moderna ha añadido los nuevos contratos de duración, surgidos a partir de contratos de empresa relacionados, fundamentalmente, con la distribución comercial, regidos por algunos principios básicos como la terminación *ad nutum* de las relaciones sin plazo, la consideración del recupero de las inversiones necesarias para el cumplimiento del contrato y los plazos de preaviso para la terminación de la relación (*vid.* Fondrieschi, Alba F. “Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale”, 1ª edición, edit. Giuffrè, Milano, 2017, pp. 130 y ss.; Fici, Antonio “Il contratto ‘incompleto’”, 1ª edición, edit. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 78 y ss.; Bellantuono, Giuseppe, “I contratti incompleti nel diritto e nell’economia” [Dipartimento di scienze giuridiche. Università di Trento XXX] edit. CEDAM, Padova, 2000, *passim*; Rovira, Alfredo L. “Los contratos de larga duración en el Código Civil y Comercial de la Nación” en La Ley del 5.05.2025, pp. 1 y ss.). Alguna doctrina, distingue estos contratos de duración (o de larga duración, como reza el artículo 1011 del CCyC) y los contratos “relacionales”, mientras que otros entienden que estos últimos constituyen una categoría más bien “sociológica”, pero que jurídicamente no se apartan de modo relevante de los acuerdos de larga duración (*vid.* Fondrieschi, op. cit. pp. 137 y ss.; Fici, op. cit. pp. 109 y ss. y muy especialmente, Eisenberg, Melvin Aron, “Relational Contracts” en “Good Faith and Fault in Contract Law”, dir. por J. Beatson y D. Friedmann, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 291 y ss.; Kalil, Amanda, “Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos”, Anales de Derecho Civil, vol. LXXIII [2020], fasc. III, pp. 1159 y ss.). *Vid.* los “Fundamentos del Anteproyecto” de lo que terminó siendo el CCyC en relación con lo dispuesto por el artículo 1011, donde se señala, entre otras cosas, que los elementos constitutivos del contrato de larga duración debían ser analizados de modo “relacional” y “dinámico”.

⁽²⁾ Este deslinde es imprescindible en atención a que, como lo ha señalado autorizada doctrina, no es un método razonable encarar la solución de todos los casos encuadrados como “nuevos supuestos” contractuales (*rectius*, contratos de consumo, contratos de adhesión, relacionales, etc.) mediante un esfuerzo de adaptación de las reglas “clásicas” del derecho de los contratos. Al contrario, una vez deslindados los distintos ámbitos y sus respectivas lógicas, cabe acudir a las diferentes reglas y principios que los regulan y, eventualmente, al método del “diálogo” entre las fuentes. *Vid.* Lorenzetti, Ricardo Luis, “Tratado de los contratos. Parte general” 3ª edición, ampliada y actualizada con la colaboración de Carlos Hernández, Enrique M. Pita y Gonzalo Sozzo, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 15 y ss.; Müller, Enrique, “La constitucionalización del contrato y su influencia sobre el contrato” en “El derecho privado en el siglo XXI (Agenda presente y futura). Homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau” [dir. Carlos A. Hernández, Sandra Analía Frustagli, Fulvio Santarelli], edit. La Ley, Buenos Aires, 2022, vol. II, pp. 453 y ss., especialmente, pp. 458 y ss.; Pardo, Valeria, “El contrato asimétrico entre empresas”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires, 2024, pp. 236 y ss. Para una premonición y temprana [septiembre de 1949] advertencia acerca de los peligros de la llamada “constitucionalización” del derecho privado, *vid.* Vassalli, Filippo, “Estrastatualità del diritto civile” en “Studi in onore di Antonio Cicu”, edit. Dott. Giuffrè, Milano, 1951, vol. II, pp. 481 y ss., p. 487: “Ogni nuova costituzione nazionale tende a impadronirsi di rapporti del diritto privato o a porvi su ipoteca: manifestazione della manovra del diritto civile trasferita ormai nelle mani dei potere statuali. Finché la manovra investe il diritto di proprietà, nel quale si affermano progressivamente fini statuali, non molti sembrano disposti ad avvertire la conseguenza ultima, ch’è la soppressione della libertà individuale”.

Hart enseña que una de las principales razones (*basics reasons*) que explican la celebración de contratos que crean relaciones jurídicas de larga duración se conecta con el problema de las llamadas “inversiones específicas”.⁽³⁾ Las “inversiones específicas” son aquellas que, una vez realizadas por una de las partes de la operación económica [o por ambas, pero de algún modo asimétrico], demuestran pocas posibilidades de un uso alternativo al concebido inicialmente, básicamente, como consecuencia del excesivo costo de retirarlas y reasignarlas para dedicarlas a algún otro propósito. En una palabra: las inversiones específicas son aquellas cumplidas a los fines de acrecer la utilidad derivada *para ambas partes* de la operación económica subyacente al contrato paritario, pero que una vez realizadas tienen valor sustancial solo al interno de la relación contractual establecida. Fuera de esta última, su valor para usos alternativos se encuentra notablemente reducido o, aún más radicalmente, se trata de inversiones cuya productividad depende únicamente de la prosecución de la relación contractual específica en el marco de la cual se efectuó⁽⁴⁾.

Por lo demás, es sabido que la idea del diálogo de las fuentes fue sugerida en el ámbito del derecho internacional privado por Erik Jayme, con sustento la doctrina alemana (H. Schack y G. Walter) frente al problema de la creciente multiplicidad de fuentes (*vid.* Jayme, Eric, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” en *Recueil des Cours*, vol. 251, Leiden, 1995, pp. 60 y ss.: Dés lors que l’on évoque la communication en droit international privé le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois emerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux; toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus a coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”. La bibliografía sobre esta teoría es inabarcable, incluso en la Argentina donde es ampliamente aceptada, a partir de su recepción en el Brasil.

⁽³⁾ Confr. Hart, Oliver, *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, Massachusetts Institute of Technology working paper n° 448, mayo de 1987.

⁽⁴⁾ Las inversiones no específicas son aquellas cuyo valor no depende de la continuación de una determinada relación, pudiendo ser reutilizadas, casi con indiferencia, en otros contextos. *Vid.* Williamson, op cit. pp. 54 y ss. y el notable libro de Macario, Francesco *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, 1ª edición, edit. Jovene, Napoli, 1996, pp. 214 y ss. Crawford distingue entre *reversible investments* que pueden utilizarse fuera de la relación y *sunk-cost investments*, las cuales pierden substancialmente su valor fuera de ella. Crawford, Vincent, “Long-Term Relationships Governed by Short-Term Contracts” en *The American Economic Review*, vol. 78-3 [1988] pp. 485 y ss. En el mismo sentido, Fici, “Il contratto ...” cit. p. 102, texto y nota.

Williamson distingue dentro de la categoría de las “inversiones específicas” distintas clases: (i) por la específica ubicación (*site specificity*), tal el caso del ejemplo que ofrezco en el texto; (ii) por el específico tipo de activo físico (*physical asset specificity*) por ejemplo, máquinas especialmente diseñadas para fabricar una determinada clase de producto; (iii) por la particular capacitación de los recursos humanos (*human asset specificity*) cuando se debe invertir en una determinada capacitación aplicada a una actividad determinada; y (iv) por la dedicación específica del activo (*dedicated assets*) cuando dicho activo se personaliza para un determinado comprador. Confr. Williamson, Oliver, “Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange” en *American Economic Review*, vol. 73-4 [1983], pp. 519 y ss., p. 526. Sobre los “stocks indemnizables” como inversiones específicas en material de distribución comercial [entendida como todas las actividades

Hart ejemplifica con la inversión necesaria para instalar una usina en las cercanías de una mina de carbón bajo el control de un tercero y cuya producción de mineral la usina utilizará como insumo para la generación eléctrica. Una vez que el explotador de la usina se instale en esas condiciones y realice las “inversiones específicas” necesarias, probablemente, quedará expuesto al riesgo de comportamientos oportunistas (*hold-up risk*) que pudiera llevar adelante el titular de la mina ⁽⁵⁾. De aquí que para la usina sea un aspecto crítico para encarar la “inversión específica” de que hablamos asegurar, previamente, cierta duración mínima de la relación jurídica con el proveedor del carbón, para permitirle así recuperar dicha inversión y obtener el retorno a que aspira su negocio (surge así el contrato de larga duración como un esquema de “gobernanza” del negocio económico alternativo, por ejemplo, a la integración vertical de las dos empresas [la minera y la generadora eléctrica]) ⁽⁶⁾.

Esta conexión entre inversiones específicas y larga duración del vínculo jurídico parece explicar, en cierta medida al menos, algunas de las disposiciones legales acerca de plazos mínimos imperativos de duración en contratos de

realizadas entre la elaboración del producto y su llegada a los consumidores], *vid.* Quijano González, Jesús *Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados*, en AAVV *La reforma de los contratos de distribución comercial* [dir. Viera González, J. Echebarria Saenz y J. Ruiz Peris], 1ª edición, edit. Herbert Smith Freehills-La Ley, Madrid, 2013, pp. 454-5.

⁽⁵⁾ El ejemplo manual en esta materia es el caso “Fisher Body-General Motors”, utilizado desde hace mucho en distintos trabajos doctrinarios para ilustrar la situación expuesta en el texto: el riesgo de *hold up* disuadió a Fisher Body a realizar una inversión específica en producción de carrocerías, solicitada por General Motors para atender a picos de demanda imprevista durante la década de 1920. El riesgo era que, después de que Fisher Body hubiera instalado su planta adicional cerca de las plantas de montaje de General Motors, esta última pudiera reducir el precio que pagaba por las carrocerías hasta un nivel que cubriera los costes de funcionamiento de las plantas pero que no compensara a Fisher Body por su inversión en instalaciones y equipos que no tenían ningún valor relevante salvo el de fabricar carrocerías para General Motors. La reticencia de Fisher Body a realizar esa inversión específica en capacidad, y la tensión resultante entre ambas empresas, llevaron a General Motors a adquirir Fisher Body en 1926, adquiriendo sus activos y pasivos. Recién tras esa integración vertical, se realizó la inversión específica (se construyó una nueva fábrica de carrocerías en Flint, cerca de las plantas de montaje de General Motors). *Vid.* Williamson, Oliver E. “Las instituciones económicas del capitalismo”, [trad. E. Suárez] 1ª edición, edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 110) quien utiliza este caso para explicar cómo las estructuras de gobernanza jerárquicas mitigan el riesgo de *hold-up* y contribuyen a la realización de inversiones específicas, que favorecen la eficiencia y reducción de costos. *Vid.* Asimismo: Klein, Benjamin, Crawford, Robert G. y Alchain, Armen A., “Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process” en *Journal of Law and Economics*, vol. 21, n° 2 [octubre de 1978], pp. 297 y ss. (disponible en JSTOR). Para una visión crítica: *vid.* Vatiro, Massimiliano, “When specific investments mitigate the hold-up risk, without resorting to hierarchy à la Oliver Hart: An ode to the Fundamental Transformation à la Oliver Williamson” [del 5 de enero de 2025] disponible en file:///C:/Users/usuario/Downloads/ssrn-5083548.pdf.

⁽⁶⁾ Que fue lo que en definitiva ocurrió en el caso “Fisher Body-General Motors”, que he reseñado en la nota precedente.

concesión y de franquicia establecidos por el CCyC ⁽⁷⁾ y que habían sido ya conceptualmente anticipados ya por la jurisprudencia ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾.

II. EL “ALEA NORMAL” DEL CONTRATO DE LARGA DURACIÓN

Lo que conecta al contrato de larga duración con el contrato incompleto será entonces y fundamentalmente, la noción de *riesgo*, es decir: de incertidumbre derivada del desarrollo del porvenir. La noción de riesgo está ínsita en toda contratación, como regla, quien contrata toma riesgos: se arriesga. Sin embargo, es fuerza concluir que, si el riesgo aumenta con el porvenir, en principio, las nociones de duración y de riesgo estarán en relación directamente proporcional: a mayor porvenir de la relación [*rectius* mayor duración] mayor riesgo.

En síntesis, entonces, las deseables “inversiones específicas” determinan la estipulación de relaciones contractuales de larga duración, las que, a su vez, inciden sobre el aumento de los riesgos ínsitos en toda contratación.

Advierto desde ya que me refiero aquí al riesgo económico normal u ordinario de todo contrato conmutativo [que denominaré “alea normal”] y no así (i) al riesgo jurídico, que caracteriza a los contratos aleatorios propiamente dichos (confr. doctr. de los artículos 968 y ctes. del CCyC), ni (ii) al riesgo económico anormal o extraordinario [que denominaré “alea anormal”], cuya concreción puede habilitar el recurso a la resolución o a la adaptación de la relación jurídica a resultas de la aplicación de la teoría de la “excesiva onerosidad sobrevenida” (confr. artículos 960, 1091 y ctes. del CCyC).

En cuanto a lo primero, el riesgo jurídico es lo que define al contrato aleatorio, por oposición al conmutativo. El contrato será aleatorio cuando las partes deliberadamente introduzcan en su contenido la consideración a la

⁽⁷⁾ Confr. artículos 1506 del CCyC en materia de concesión, y 1516, 1522 inciso (d) del CCyC en materia de franquicia, a lo cual se suman las cuestionables disposiciones tendientes a convertir los contratos a plazo fijo en contrato de plazo indeterminado inspiradas, entre otros, por la misma idea (*vid.* artículos 1471 2º párr., 1514 2º párr. y 1512 del CCyC). *Vid.* Rubin, Miguel E., “Contratos de comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y en derecho comparado”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires, 2017, vol. I, pp. 193-5, vol. II, p. 123, 289 y ss.; Cabanellas, Guillermo y Serebrinsky, Diego H. “Contratos de franquicia”, 1ª edición, Buenos Aires, 2023, pp. 308 y ss., 458.

⁽⁸⁾ *Vid.* por todos, CNCom. Sala B *in re* “Automóviles Saavedra v. Fiat Argentina S.A.” del 8.05.1987.

⁽⁹⁾ Sin embargo, dicha conexión no es tan clara si se advierte que los plazos mínimos de que hablo serían también vinculantes para el concesionario o franquiciado —de quienes se esperan en un esquema usual, la realización de las “inversiones específicas”—, en cuyo caso la explicación a partir de la protección de esas inversiones parece no se aplicable. Respecto al alcance de la obligatoriedad bilateral de los plazos mínimos de duración en los contratos de concesión y de franquicia en el CCyC, *vid.* Cabanellas y Serebrinsky, “Contratos de franquicia”, cit. p. 309.

ocurrencia de un evento incierto para ellas, de cuya verificación o no verificación en la realidad se derivará la existencia (*an*) o al menos la consistencia física (*quantum*) de las prestaciones o beneficios del contrato para una o todas las partes. ⁽¹⁰⁾ En estos casos, el alea del contrato es intencionalmente buscada e integrada a la causa fin del negocio jurídico (confr. doctr. artículo 281 del CCyC).

En cuanto a lo segundo, en cambio, en los contratos conmutativos, esa “alea” jurídica o causal no existe; aunque, sin embargo, siempre operará el alea en el sentido económico y normal. Dicha “alea normal” concierne a las oscilaciones teóricamente *previsibles* en el valor de las prestaciones o beneficios/cargas determinados por el contrato, oscilaciones producto de la constante mutabilidad de las condiciones sociales, económicas, políticas, tecnológicas, ambientales, regulatorias, entre otras y, particularmente, la evolución de los mercados sobre la materia de esas prestaciones o beneficios. Esas variaciones, se traducirán en pérdidas o ganancias para alguna de las partes y que, en la medida en que se mantengan dentro del margen de tolerancia que define dicha “alea normal”, serán soportadas por la parte sobre la que recaiga o experimente esa ganancia o esa pérdida. El ordenamiento jurídico no asegura a los contratantes hacer buenos negocios, ni los protege [o debería protegerlos] de sus malas decisiones, de su incuria o desidia en la evaluación de sus opciones o simplemente, de su mala fortuna ⁽¹¹⁾. Como lo ha dicho Mengoni: “se si vuole la libertà di contratto si pure ammettere che una parte possa perdere e l'altra guadagnare” ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Confr. Bandeira, Paula Greco, “Contratos aleatorios no direito brasileiro”, 1ª edición, edit. Renovar, Rio de Janeiro 2010, pp. 45 y ss.; Rivera, Julio César, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” [dir. Julio César Rivera y Graciela Medina], 2ª edición actualizada y ampliada, vol. III, pp. 683-4.

⁽¹¹⁾ *Id.* Alpa, Guido, voz “Rischio” en la “Enciclopedia del diritto”, edit. Giuffré, Milano, 1989, vol. XL, pp. 1145 y ss.; Ferrari, Vincenzo “Il problema dell’alea contrattuale” en Quaderni del Dipartimento di Organizzazione Aziendale e Amministrazione Pubblica. Università della Calabria, Facoltà di Economia, edit. Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 36 y ss.; de Freitas Rosa, Luis Fernando, “Contratos incompletos e infraestrutura: uma persoectica entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo” en Simetria-Revista do Tribunal de Contas do Municipio de São Paulo, año VII, n° 10 [2022], pp. 188 y ss., especialmente p. 210.

⁽¹²⁾ Confr. Mengoni, Luigi “Autonomia privata e costituzione” en “Scritti” [al cuidado de Castronovo, Albanese y Nicolussi], edit. Giuffré Milano, 2011, vol. I, p. 121.

La idea estuvo siempre muy clara en el *common law*. Así, el Justice Pitney ha dicho en “Coppage v. Kansas” [1915]: “No doubt, wherever the right of private property exists, there must and will be inequalities of fortune; and thus it naturally happens that parties negotiating about contract are not equally unhampered by circumstances ... since it is self-evident that, unless all things are held in common, some persons must have more property than others, it is from the nature of things impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognizing as legitimate those inequalities of fortune that are the necessary result of the exercise of those rights”. Citado por Castronovo, Francesco “Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano”, 1ª edición, edit. Giuffré, Milano, 2021, p. 15 nota (33).

El “contenido” del contrato ⁽¹³⁾, definido como la síntesis de las prestaciones y beneficios/cargas expresa o implícitamente asumidas por las

⁽¹³⁾ El CCyC refiere al contenido del contrato en distintas disposiciones, v.g. 958, 959, 964, etc., aunque sin definirlo. Entonces: ¿qué debe entenderse por “contenido”, al menos en el marco de lo que aquí me ocupa?

El concepto no es desconocido en el derecho comparado; por ejemplo, los *Principles of European Contract Law* tratan acerca de la determinación contractual por decisión unilateral y por acción de un tercero en el capítulo correspondiente al “contenido” y “efectos” del contrato, mientras que los Principios *UNIDROIT* incluyen en el capítulo sobre el “contenido” del contrato a las prescripciones acerca la determinación del precio confiada a una parte (artículo 5.7. párrafo 2) o a un tercero (artículo 5.7. párrafo 3). Ello, para no abundar acerca de la reforma del *Code Civil* francés a través de la *Ordonnance* n° 2016-131 del 10.02.2016 en materia de derecho de derecho de los contratos y régimen general y de prueba de las obligaciones que incorpora la noción de “contenido” del contrato.

La reforma del *Code Civil* francés, vigente a partir de la *Ordonnance* de 2016, enumera los requisitos del contrato en su nuevo artículo 1128 y reúne, según la postura dominante, el objeto y la causa en el concepto de “contenido”, omitiendo así toda referencia al objeto [y aún la causa] consideradas separadamente. La noción de “contenido” del contrato en la *Ordonnance* proviene del anteproyecto del prof. Terré y responde a los proyectos europeos de armonización del derecho de los contratos (a lo que me refiero en el texto), aunque ha sido recibida con algunas reservas: *vid.* Fabre-Magnan, Muriel “Critique de la notion de contenu du contrat” en *Rev. Droit Civ.* vol. 2015:3, pp. 639 y ss; Savaux, Eric, “Le contenu du contrat”, en “Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications”, JCP vol. 2015, Suplemento al n.º 21, pp. 20 y ss. Wicker, Guillaume, “La suppression de la cause par l’ordonnance: la chose sans le mot?”, en *Dalloz*, vol. 2015, pp. 1557 y ss. Creo que la idea de reunir la causa y el objeto en un solo concepto —en este caso, el “contenido”—sorteando así la dificultad de separar ambos conceptos, podría rastrearse hasta Demogue (Demogue, René, “Traité des obligations en général”, edit. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, vol. II, § 743 y 890 *bis*) y Esmein (Esmein, Paul, “Las obligaciones” en “Tratado práctico de derecho civil francés” por Planiol, Marcel y Ripert, Georges [trad. de M. Díaz Cruz], edit. Cultural, La Habana, 1940, vol. VI, primera parte, §§ 218 y ss.), lo cual había sido advertido ya entre nosotros por un erudito estudio de Galli (confr. Galli, Enrique V. “El problema de la causa en el derecho argentino” en “Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield”, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1936, p. 152).

Las principales disposiciones del *Code Civil* relevantes en esta materia, según la redacción de la *Ordonnance* son las siguientes: artículo 1168 [“Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d’équivalence des prestations n’est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n’en dispose autrement”]; artículo 1169 [“Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire”] y artículo 1170 [“Toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”].

Es sabido que al tratar acerca de la eliminación de la “causa” del proyecto de *BGB*, Windscheid [autor de la teoría de la “presuposición”] señaló que la presuposición “Zur Thüre hinausgeworfen kommt sie zum Fenster wieder herein” [expulsada por la puerta, vuelve a entrar por la ventana] (confr. Windscheid, Bernhard “Die Voraussetzung” en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78 [1892], p. 197, disponible en internet). Un conocido político francés, François Pillet, parafraseó la expresión de Windscheid al predecir respecto de la *Ordonnance* que “si la cause est sortir côte jardin, elle est rentrée côte cour”. *Vid.* Albers, Gregor, „Why cause of contract again, and how?” en *Causa contractus* [dir. Albers, Patti y Perrouin-Verbe] edit. Mohr Siebek, 2022, p. 3; Garofalo, Andrea M., “La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio”, en *Riv. Dir. Civile*, vol. 2012 n° 6 noviembre-diciembre, p. 582. El derecho italiano ha desarrollado ampliamente la idea de “contenido” del contrato, *vid.*

partes ⁽¹⁴⁾ con más el “alea normal” que ese contenido básico pudiera sufrir, constituye el equilibrio o sinalagma que configura la norma contractual vinculante para las partes [*pacta sunt servanda*] y a la cual deben ajustarse “como a la ley misma”, conforme la sugestiva expresión aplicable a estas situaciones, aunque hoy suprimida de nuestro CCyC.

Solo cuando nos encontremos en presencia de un riesgo derivado del “alea económica” anormal o extraordinaria —porque la oscilación en el valor de las prestaciones no ha sido *previsible* ⁽¹⁵⁾ y conduce a una “excesiva onerosidad” de alguna de ellas— el afectado podrá acudir al remedio resolutorio y adaptativo que contempla el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, previsto por el artículo 1091 del CCC ⁽¹⁶⁾.

Sacco, Rodolfo y de Nova, Giorgio, “Il contratto”, 3ª edición, edit. UTET, Padova, 2004, vol. II, pp. 7 y ss., texto y nota 1 donde compara la noción con la predominante en Francia; Roppo, Vincenzo “Il contratto” en el “Trattato di diritto privato” dirigido por Giovanni Iudica y Paolo Zatti, 2ª edición, edit. Giuffrè-Editore, Milano, 2011. pp. 319 y ss.; Fici, “Il contratto ...” cit. pp. 19 y ss. texto y especialmente nota (14). Pais de Vasconcelos, Pedro “Contratos atípicos”, 2ª edición, edit. Almedina, Coimbra, 2009, define el contenido [que denomina “contenido substancial”] por referencia a lo que puede ser imputado a la autonomía privada [lo que excluye la regulación imperativa], confr. Pais de Vasconcelos, op. cit. pp. 322 y ss.

Los *Principles of European Contract Law* tratan de determinación contractual por decisión unilateral y por acción de un tercero en el capítulo correspondiente al *contenido* y efectos del contrato, mientras que los Principios *UNIDROIT* incluyen en el capítulo sobre el “contenido” del contrato a las prescripciones acerca la determinación del precio confiada a una parte (artículo 5.7. párrafo 2) o a un tercero (artículo 5.7. párrafo 3).

⁽¹⁴⁾ Entre nosotros, la noción de “contenido” del contrato había sido defendida ya bajo el régimen civil derogado, por ejemplo, por López de Zavalía (decía el maestro que en el contrato encontramos una *forma* y un *contenido*, “siendo el contenido lo que se prescribe, y la forma cómo se prescribe”: confr. López de Zavalía, Fernando J. “Teoría de los Contratos. Parte General”, 3ª edición, edit. Zavalía, Buenos Aires, 1984, op. cit. vol. I, p. 73) y actualmente la recoge el CCyC en distintas disposiciones: v.g. artículos 958, 959, 964, etc., aunque sin definirla expresamente. Confr. Nicolau, Noemí L. en “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación” dir.: Noemí L. Nicolau y Carlos A. Hernández, coord.: Sandra A. Frustagli, 1ª edición, Buenos Aires, 2016, edit. La Ley.

⁽¹⁵⁾ Coincido con el criterio de Sánchez Herrero, en el sentido que la previsibilidad debe ponderarse desde la perspectiva de un sujeto ideal “que prevé lo que es razonablemente previsible para una persona con capacidad media dentro del universo de referencia (esto es, los contratantes que en contratos como el afectado ocupan el rol del contratante perjudicado)”. Confr. Sánchez Herrero, Andrés, “La imprevisión contractual”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires 2019, pp. 152 y ss.

⁽¹⁶⁾ Confr. Sánchez Herrero, op. cit., pp. 143 y ss., quien recuerda que el Cód. Civ. en su artículo 1198 (texto según ley n° 17.711) exigía que el evento que daba lugar a la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente debía ser, además de extraordinario, “imprevisible” a lo que añade que “[e]n el art. 1091, en cambio, solo se hace referencia al carácter extraordinario del cambio. Resolvamos, entonces la cuestión. Hay varias razones para afirmar que el cambio que habilita para aplicar el régimen de la imprevisión debe ser imprevisible”.

III. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE “GESTIÓN” DE RIESGOS. LA GESTIÓN “POSITIVA” DEL ALEA NORMAL DEL CONTRATO

Ahora bien, como prefiere presentarlo autorizada doctrina nacional y comparada, el contrato, al menos en su versión paritaria entre empresas, es al fin de cuentas, una vestimenta jurídica de una operación económica, que se traduce en un instrumento de previsión para implementar esa operación.

Una de sus notas más características de esta función instrumental consiste en que el contrato conmutativo sirve como una herramienta de identificación y gestión, por las propias partes, de las posibles consecuencias económicas —ganancias y pérdidas— de los riesgos que encuadran en lo que acabo de caracterizar como “alea normal”, es decir: el riesgo *económico* —por oposición al “jurídico”— y *normal* —por oposición al “extraordinario”—⁽¹⁷⁾.

Esa gestión del “alea normal” puede cumplirse *positivamente*, es decir: mediante una efectiva distribución por las partes *ex ante* efectivización del riesgo: esto es previo a que se verifique el hecho riesgoso del cual se derivarán, naturalmente, las ganancias o las pérdidas. Ello así, ya sea mediante una declaración de voluntad expresa o implícita —encontrada mediante una ajustada interpretación del contrato— e incluso mediante la simple elección de un determinado contrato nominado (“tipo”), de cuya normativa supletoria no desplazada por la autonomía privada⁽¹⁸⁾, resultará un determinado un *equilibrio* contractual o sinalagma al cual las partes deberán ajustarse mientras no se llegue a la situación del artículo 1091 del CCyC⁽¹⁹⁾: mientras ese equilibrio se mantenga dentro del “alea normal” debe ser respetado y observado por aplicación de lo dispuesto en los arts. 959 960 y ctes. del CCyC⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Lo cual por cierto no significa que ciertos riesgos que excedan del “alea normal” no puedan ser también abordados. La cláusula *hardship* es un ejemplo claro de este caso.

⁽¹⁸⁾ Es decir, lo que nosotros podríamos llamar normas “dispositivas” aplicables al contrato (*vid.* Verly, Hernán, “Contratos. Problemática de las normas imperativas y supletorias en el Código Civil y Comercial” en La Ley del 13.08.2024). Comp. Bellantuono, op. cit., pp. 108 y ss., acerca del distinto rol que juegan el legislador y del juez en el *civil law* y *common law* en relación a las normas supletorias y las *default rules*, respectivamente.

El contrato deliberadamente incompleto implica la voluntad de las partes desaplicar la normativa legal supletoria llamada a colmar lagunas del acuerdo en aquellos casos en los que el contrato fuera inadvertidamente [y no intencionalmente] incompleto. *Vid.* Fici, op. cit. p. 291

⁽¹⁹⁾ O algún otro instituto que habilite legalmente la apelación a los remedios excepcionales ablatorios o de reajuste.

⁽²⁰⁾ Un ejemplo paradigmático de la gestión positiva de riesgos ocurre a través de la cláusula de “declaraciones y garantías” en los contratos de M&A [*merger and acquisitions*]. Mediante esa cláusula, los riesgos asociados a contingencias de la sociedad adquirida son previamente identificados, estimados y explícitamente distribuidos al vendedor o al comprador, reflejándose indirectamente, en un aumento o reducción del precio de compra. Confr. Vieira von Adamek, Marcelo, Nunes Conti, André y Ferrigno, Giulia, “O seguro W&I (Warranties and Indemnities) en operacao de M&A no Brasil” en AAVV “Fusões e aquisições (M&A)”

Sin embargo, es preciso tener presente que esta gestión positiva del alea normal está afectada por, al menos, dos problemas que han sido identificados, y su importancia destacada, por la escuela del análisis económico del derecho con carácter general —es decir, al margen de su aplicación al problema de la gestión del riesgo contractual⁽²¹⁾—. Esas dos cuestiones son las siguientes:

En primer lugar, se trata de los denominados *costos de transacción*, “descubiertos” en 1937 por Ronald Coase⁽²²⁾. Se trata, en una palabra, de los costos asociados a participar en un intercambio económico (v.g. selección de la contraparte, búsqueda y procesamiento de información, negociación y decisión, monitoreo y ejecución etc.).

En segundo lugar, se trata de la denominada *racionalidad limitada* (*bounded rationality*), subrayada por Herbert A. Simon hacia mediados de la década de 1950⁽²³⁾. La idea destaca que, a diferencia de lo que predicaba la teoría económica neoclásica, los agentes no toman siempre decisiones completamente racionales. Ello así debido a las limitaciones que resultan de la indisponibilidad de información, las restricciones a la capacidad cognitiva, las limitaciones temporales, las asimetrías de información, etc. En síntesis: las partes suelen prescindir de alcanzar la mejor solución posible para adoptar, en la práctica, alguna suficientemente satisfactoria en el marco de las circunstancias imperantes⁽²⁴⁾.

[coord.. Marcelo Viera von Adamek y Rafael Setoguti Julio Pereira] edit. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo, 2022, pp. 547 y ss.

⁽²¹⁾ Hart se vale de esos estudios generales para aplicar sus conclusiones al problema de la gestión contractual de riesgos.

⁽²²⁾ Le corresponde a Coase el perdurable mérito de haber identificado, a la par de los costos de producción, los costos de transacción, es decir, aquellos costos que involucra el intercambio, la concreción de las transacciones (confr. Coase, Ronald, “The Nature of the Firm” en *Economica New Series*, vol. 4, n° 16 [1937], pp. 386 y ss.). Por su parte, Williamson ha clasificado esos costos en *ex ante* y *ex post* efectivización de la transacción: los primeros pueden incurrirse para negociar, estipular, celebrar y salvaguardar el contrato mientras que los costos *ex post* corresponden a la gestión de la relación contractual, al verificarse eventos sobrevinientes que incidan sobre el equilibrio alcanzado *ex ante* (confr. Williamson, “Las instituciones...” cit. pp. 20 y ss.; Bellantuono, op. cit. p. 77.). La preocupación por la reducción de estos costos de transacción, particularmente los denominados *ex post*, ha dado lugar a la corriente de estudios económicos denominada “New Institutional Economics” (en la cual podemos destacar a Williamson) que examina y compara en clave de eficiencia a las distintas estructuras de “gobernanza” de las operaciones económicas con el objetivo de comprender cuáles son las más favorables al intercambio en escenarios de costos transactivos. Vid. de Freitas Rosa, op cit., pp. 190 y ss.

⁽²³⁾ Vid. Simon, Herbert A. “Behavioral model of rational choice” en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n° 1 [1955], pp. 99 y ss. disponible en https://iiif.library.cmu.edu/file/Simon_box00063_fld04838_bdl0001_doc0001/Simon_box00063_fld04838_bdl0001_doc0001.pdf; idem, “Theories of decision-making in economics and behavioral science” en *American Economic Review*, n° 49 [1959], pp. 253 y ss. disponible en <https://msuweb.montclair.edu/~lebel/simondectheoryaer1959.pdf>; de Freitas Rosa, op. cit. pp. 193 y ss.

⁽²⁴⁾ La cuestión ha sido ampliamente desarrollada en materia de decisiones de los administradores societarios a la luz de la llamada *business judgment rule*, cuya aplicación entre nosotros es materia de viva controversia. En cuanto a las decisiones informadas y “satisfactorias”

Ahora bien, más en concreto: la incidencia de estas dos variables sobre el ejercicio de gestión positiva de los riesgos se manifiesta en costos, tiempos y asimetrías de información vinculadas particularmente a ⁽²⁵⁾:

(i) La identificación de todos los innumerables posibles cambios previsibles a las situaciones o presupuestos del negocio, denominados “estados del mundo” (*states of the world*).

(ii) La negociación acerca de la afirmativa distribución de todas las ganancias y las pérdidas que, para cada parte, podrían resultar de cada uno de esos cambios.

(iii) La redacción clara y precisa de todas las cláusulas contractuales convenientes a efectos de que los acuerdos alcanzados queden documentados en un instrumento sin lagunas ni ambigüedades; y

(iv) La previsión de mecanismos eficaces para fiscalizar, ejecutar, es decir actuar y hacer efectivos, todos los acuerdos negociados, alcanzados y redactados para el caso en que la realidad no se ajustara a lo previsto [v.g., garantías a primera demanda, cláusulas contractuales de *solve et repete* ⁽²⁶⁾, cláusulas penales, mecanismos negociados de retención, suspensión de cumplimiento, tutela preventiva y compensación de obligaciones, entre otros].

Los costos, tiempos y demás recursos implicados para alcanzar, aún en una medida modesta, estos cometidos en un escenario de racionalidad limitada, condujo a Oliver Hart a observar que, como principio todos los contratos son natural y forzosamente incompletos [en términos económicos], si por “completo” entendemos a aquel contrato que identifica y anticipa, regula y documenta claramente todos y cada uno de los “estados del mundo” previsibles y de potencial ocurrencia durante el desarrollo de la relación jurídica producto de un contrato de larga duración, desde su nacimiento hasta su completa extinción ⁽²⁷⁾. A estos costos de transacción *ex ante* se suman los costos de transac-

por dichos administradores en transacciones de M&A, *vid.* Caetani Carvalho, Bruno y Klein Zanini, Carlos, “A due diligence os deveres fiduciários em operações de M&A de companhias abertas” en AAVV “Fusões e aquisições (M&A)” [coord.. Marcelo Viera von Adamek y Rafael Setoguti Julio Pereira] edit. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo, 2022, pp. 69 y ss. especialmente, p. 77.

⁽²⁵⁾ *Vid.* Eisenberg, Melvin Aron, “Foundational Principles of Contract Law”, Oxford University Press, Oxford, 2018, chap. 36; Schwartz, Alan, voz “Incomplete Contracts” en “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, editado por Peter Newman, edit. Macmillan, London-New York, 1998, vol. II; pp. 277-9; Hart, Oliver “Incomplete Contracts and Control” en *American Economic Review* vol. 107-7 [2017] pp. 1731 y ss.; Fici, op. cit. p. 32 y ss.; Kalil, op. cit. pp. 1169 y ss.

⁽²⁶⁾ Sobre la cláusula “*solve et repete*” pacticia, *vid.* especialmente, Greco, Paolo “La clausola “*solve et repete*”: ragioni e limiti della sua efficacia” en *Riv. Dir. Comm. Obbl.* vol. 1931, 2, pp. 142 y ss.; La Torre, “Sulla clausola “*solve et repete*” nei contratti ed in specie nella locazioni” en *Riv. Dir. Comm. Obbl.* vol. 1932, 2, pp. 494 y ss.; Bravo, Fabio “La clausola *solve et repete* tra autonomia privata e giustizia contrattuale”, edit. CEDAM, Padova, 2021, *passim*.

⁽²⁷⁾ *Confr.* Hart, Oliver, Shleifer, Andrei y Vishny, Robert W., “The proper scope of government: Theory and an application to prisons” en *Quarterly Journal of Economics*,

ción *ex post*, es decir aquellos necesarios para hacer cumplir lo más o menos claramente acordado. La doctrina suele destacar una realidad ya intuita por el sentido común: estos costos son en alguna medida interdependientes ya que a mayor inversión en costos de transacción *ex ante* será probablemente menor los costos de transacción *ex post* y viceversa ⁽²⁸⁾.

El relevamiento de esta situación permite anticipar que será una decisión razonable de las partes emplear esfuerzos y recursos solo para prever y regular el devenir de las variables y riesgos más relevantes, dejando las demás abiertas, sin una previsión específica (*open contract*).

Es a partir de estas observaciones que se puede deducir la noción de contrato [económicamente] incompleto, es decir aquel contrato en el que las partes *deliberadamente*, frecuentemente inspirados por los altos costos de transacción implicados en la gestión positiva del “alea normal”, optan por gestionarla de modo negativo ⁽²⁹⁾. Veremos a continuación en qué consiste dicha “gestión negativa” de los riesgos normales.

IV. GESTIÓN NEGATIVA DEL “ALEA NORMAL” DEL CONTRATO DE LARGA DURACIÓN

Con “gestión negativa” del “alea normal” me refiero a la opción intencionalmente adoptada por las partes en el sentido de no regular *ex ante* la distribución entre ellas de los resultados [ganancias y pérdidas] de todos los riesgos normales [es decir “previsibles”] que podrían concretarse a lo largo del desarrollo de la relación jurídica de duración. Esta elección implica la decisión de no gestionar *ex ante* tales riesgos sobrevinientes previsibles, para distribuir las consecuencias positivas o negativas de su verificación solo “si y cuando” eventualmente ocurrieran.

El contrato [económicamente] incompleto es el instrumento a través del cual, mediante el ejercicio de la autonomía privada, la referida gestión negativa del “alea normal” tiene lugar ⁽³⁰⁾.

vol. 112, n° 4 [1996] pp. 1126 y ss. (disponible en https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf); Baker, Scott y Krawiec, Kimberly “Incomplete contracts in a complete contract world” en Florida State University Law Review, vol. 33 [2006] pp. 725 y ss. (disponible en <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=lr>); Bellantuono, op. cit. p. 61; Kalil, op. cit. p. 1164.

⁽²⁸⁾ Vid. nota (23) retro.

⁽²⁹⁾ Vid. Fares, M’hand y Saussier, Stéphane, “Theorie des coûts de transaction versus théorie des contrats incomplets: quelles divergences?” en Revue Française d’Economie, vol. 2001, pp. 1 y ss.; Guerinoni, Ezio “Incompletezza e completamento del contratto” 1ª edición edit. Giuffrè, Milano, 2007, p. 2; Kalil, op. cit. pp. 1165-6.

⁽³⁰⁾ Confr. BANDEIRA, Paula Greco, “Contrato incompleto” edit. Universidad do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, pp. 19 y ss., 54 y ss.; KALIL, op. cit. pp. 1167-8; JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre “Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária”, edit. Revista dos Tribunais, 2023, pp. 150 y ss.

(i) Desde lo *estructural* [es decir ¿cómo es?] el contrato incompleto se presenta como un instituto con, al menos, dos características esenciales: (A) exhibe “lagunas” deliberadamente consentidas por las partes [dentro de los límites en que ordenamiento jurídico admite esa indeterminación sin afectar la validez del negocio jurídico] ⁽³¹⁾ y (B) a cambio, ofrece un mecanismo o procedimiento previsto *ex ante* para colmar la laguna *ex post* (si fuera ello necesario). Este mecanismo puede consistir, como en seguida comentaré, en la remisión al “arbitrio” de un tercero, a la decisión de una (*ius variandi*) o algunas [si fueran más de dos] de las partes, o a la decisión de todas ellas, mediante un acuerdo que complemente o integre al contrato incompleto.

(ii) Desde lo *funcional* [es decir, ¿para qué sirve?] el contrato incompleto, como vengo de decir más arriba, se trata de un instrumento de gestión eficiente —en término de ahorro de costos— del alea normal de las relaciones jurídicas contractuales de larga duración usualmente resultantes de la existencia de “inversiones específicas”.

(iii) Finalmente, desde el punto de vista de la *ejecución* del contrato incompleto, este lleva implícito un deber de cooperación de las partes para completar o integrar la laguna a través del procedimiento o mecanismo establecido a tal efecto.

Así, el deber de ejecución de “buena fe” ínsito en todos los contratos (confr. arg. artículos 9º, 10, 729, 961, 991, 1061 y ctes. del CCyC), se complementa con un deber de colaboración —como lo contempla la segunda parte del artículo 1011 CCyC—: en una palabra, el deber de colaboración en el contrato incompleto se manifiesta en que, entre otros deberes ⁽³²⁾, las partes asumen la de cooperar para colmar la laguna que han dejado, a través de hacer funcionar el mecanismo que han debido disponer a tal fin ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ El problema de las “lagunas” contractuales ha sido tratado por la doctrina clásica, principalmente, en el contexto de dos materias: (i) la determinación *ex post* del objeto del contrato inicialmente “determinable”, en aquellos casos en los que este es dejado al arbitrio de un tercero (confr. artículos 1005, 1133, 1134 y ctes. del CCyC) y (ii) la diferencia entre el concepto de interpretación e integración a partir de la “materia” sobre la que opera: mientras la “interpretación” actúa para superar defectos de comunicación o de manifestación, la “integración” opera frente a casos de la falta de voluntad (o “laguna”) (vid. FONTANARROSA, Rodolfo O., “Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales”, edit. Víctor P. de Zavalía, 1ª edición, Buenos Aires, 1974, vol. II, p. 158; NICOLAU, op. cit. pp. 282 y ss.; GARRIDO, Roque F., ZAGO, Jorge y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Contratos civiles y comerciales. Parte general”, 1ª edición actualizada, edit. Hammurabi, 2014, pp. 462 y ss. Comp. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., vol. I, § 25, pp. 431 y ss.). Algunos autores señalan, en cambio, que la integración colma una laguna “real” en el contenido del contrato, mientras que la interpretación opera frente a una laguna “aparente” o “cuasi laguna” [v.g., lenguaje incierto, ambiguo o defectuosos] vid. GUERINONI, op. cit. p. 2; BERNINI, Giorgio, “Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l’exécution des contrats a long term” en Revue de l’Arbitrage, vol. 1975, nº, p. 13. Sin embargo, la discriminación no es tajantemente estricta, ya que se habla asimismo de “interpretación integradora”. Sobre la supuesta existencia de “lagunas dikelógicas o axiológicas”, a las cuales para nada me refiero aquí, vid. NICOLAU, op. cit. p. 282.

⁽³²⁾ Sobre otras manifestaciones, vid. QUIJANO GONZÁLEZ, op. cit. pp. 458-9.

⁽³³⁾ Confr. BANDEIRA, “Contrato incompleto”, cit., p. 63; ROVIRA, op. cit. pp. 6-7.

El contrato [económicamente] incompleto constituye, entonces, la expresión de una decisión estratégica de las partes de una relación jurídica de fuente contractual compleja de larga duración. Esa decisión resultará usualmente de una evaluación compartida de las partes acerca de que la operación económica que se pretende desarrollar presenta connotaciones tales que no podrán ser gestionadas eficientemente de modo “positivo”. Ellas escogen entonces tomar la alternativa de gestionar negativamente, todo o parte, del alea normal del contrato por entender que es la mejor alternativa disponible.

En una palabra: se trata de una estrategia consistente en elegir, conscientemente, no elegir, o no elegir en el momento de cerrar el contrato (*agreeing now to agree later*, como lo expresan Hart y Moore)⁽³⁴⁾.

La idea aparece recogida en iniciativas de orden internacional como los Principios UNIDROIT en su artículo 2.1.14 (*open contracts*) y los *Principles of European Contract Law* en su artículo 5.1.7⁽³⁵⁾.

Lo que vengo de decir resulta que no estaremos en presencia de un contrato deliberadamente incompleto no solo cuando la laguna fuera “no querida” por partes [es decir, “sufrida”, por ejemplo, por inadvertencia o imprevisión] sino aun cuando ella hubiera sido advertida si las partes no designaran un mecanismo alternativo al legal o jurisdiccional para integrarla y completar así la disciplina contractual⁽³⁶⁾.

V. PRINCIPALES MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS

En principio, los mecanismos de integración de las lagunas características de los contratos incompletos están librados a la autonomía privada y dependerán de la creatividad de las partes en cada contrato particular que concierten.

Dicho esto, puedo sin embargo adelantar algunos esquemas básicos que podrán cumplir la referida función integradora, ya sea actuando separadamente o en combinación, conjunta o “en subsidio”, conforme las partes lo acuerden en cada caso.

Dichos esquemas “básicos” de integración de la laguna intencional son los siguientes:

(i) La remisión a la actividad de un tercero, tal el caso del “arbitrio del tercero”⁽³⁷⁾ que el CCyC admite en materia de integración del “objeto” del contrato⁽³⁸⁾, con más o menos detalle, en los artículos 1006 del CCyC [en general],

⁽³⁴⁾ Confr. BEN-SHAHAR, Omri, “‘Agreeing to Disagree’: Filing Gaps in Deliberately Incomplete Contracts” en *Wisconsin Law Review*, vol. 2004, pp. 389 y ss., disponible en internet.

⁽³⁵⁾ Sobre el tema, *vid.* ampliamente KALIL, op. cit. pp. 1185 y ss.

⁽³⁶⁾ Confr. FICL, “Il contratto ...” cit. pp. 22 y ss.

⁽³⁷⁾ *Vid.* ampliamente, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos”, 1ª edición, edit. Bosch, Barcelona, 1957, *passim*.

⁽³⁸⁾ Aunque puede extenderse a otros aspectos del “contenido” del contrato.

1133 y 1134 del CCyC [en materia de compraventa], 1186 del CCyC [por remisión, en materia de suministro], 1187 del CCyC [también por remisión, para la locación], 1250 del CCyC [para el *leasing*] y 1614 del CCyC [en cuanto al contrato de cesión], sin pretensión alguna de exhaustividad. (ii) La remisión a la decisión de tan solo una de las partes (“arbitrio de la parte”), ⁽³⁹⁾ reconocido, por ejemplo, en los casos de los artículos 1264, 1307, 1308, 1324, 1178-9 del CCyC ⁽⁴⁰⁾ y en el *ius variandi* del artículo 66 de la ley de contrato de trabajo. (iii) La remisión a la actividad de solo algunas de las partes en contratos plurilaterales, por ejemplo, las decisiones de un porcentaje de las partes, conforme lo dispone el artículo 1456 del CCyC para el contrato de agrupación de colaboración y aún el artículo 1468 del CCyC para el contrato de unión transitoria; y (iv) La remisión a un nuevo acuerdo de las partes, que puede denominarse acuerdo determinativo o integrativo de la laguna.

La actividad integradora a través de cualquiera de los mecanismos enunciados puede (i) requerirse de modo inicial o sucesivo, según la “laguna” aparezca como originaria [originaria] en el contrato o se manifieste más adelante, durante el curso de la ejecución [sucesiva]; y (ii) puede recaer sobre objeto mismo del contrato o sobre alguna modalidad de cumplimiento ⁽⁴¹⁾.

Las pautas, criterios y límites para integrar el contrato incompleto aplicables a cada “mecanismo” dependerán de la naturaleza de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, el arbitrio de tercero generalmente debe preestablecer pautas más o menos precisas tanto para la designación del tercero (si no lo estuviera

⁽³⁹⁾ Sobre la controversia acerca de esta figura, *vid.* FICI, “Il contratto ...” cit. pp. 54 y ss.; GABRIELLI, Enrico en “Commentario del codice civile. Dei contratti in generale” dir. por Enrico GABRIELLI [al cuidado de Emanuela NAVARRETTA y Andrea ORESTANO], edit. UTET, Torino, 2011, pp. 820 y ss.

⁽⁴⁰⁾ Si bien bajo el régimen del Código Civil, el artículo 1355 disponía que el contrato de compraventa era nulo “si el precio se dejare al arbitrio de uno de los contratantes” creo que hay que destacar lo siguiente: (i) en primer lugar, el CCyC no reproduce esta disposición y, al contrario, contiene en el artículo 1133 *in fine* una previsión amplia que permite entender que hay precio cierto y válido “si las partes previeron el procedimiento para determinarlo”, procedimiento que bien puede ser puesto a cargo de una de las partes y (ii) en segundo lugar, aún bajo la vigencia del régimen derogado, autorizada doctrina sostenía que la veda del artículo 1355 del Cód. Civ. solo alcanzaba a los casos en los cuales la determinación se dejaba a cargo de una de las partes interesadas sin “pauta alguna que limitara [su] actuación. Pero cuando se dan pautas accesorias, nos parece que cesa la disposición de la ley” (confr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. vol. II, p. 79). Por lo tanto, no habría prohibición cuando el procedimiento de determinación no dejara “enteramente al arbitrio de una de las partes” la suerte del contrato y su contenido (confr. Luis María REZZÓNICO, “Estudio de los contratos en nuestro derecho civil”, 2ª edición, edit. Depalma, Buenos Aires 1958, vol. I, p. 151; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. loc. cit.).

En el derecho comparado, *vid.* DEL GAISO, Vincenzo, “La nuova disciplina dello ius variandi datoriale. Una prospettiva civilistica”, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2017; FERNANDES, Eduardo, “Lo ius variandi. Spunti per una ricostruzione sistematica”, tesis, Università degli Studi di Salerno, 2019-2020, *passim*; FICI, Antonio, “Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto ‘ius variandi’”, Rivista Critica del Diritto Privato, año XX-3 [2002] pp. 389 y ss.

⁽⁴¹⁾ Confr. FICI, “Il contratto ...” cit. p. 15.

ya inicialmente en el contrato) o su reemplazo, como para que el tercero se pronuncie. En cuanto al *ius variandi*, la remisión a la decisión de una de las partes suele requerir mayor precisión en cuanto a las reglas para la integración, atento a los potenciales resultados inequitativos a que una aplicación desviada o abusiva de este tipo de cláusula puede provocar. En cuanto al mecanismo del acuerdo “determinativo” entre todas las partes, presenta dudas relativas a su “ejecución específica” en caso de incumplimiento [imposibilidad de cumplimiento] de alguna de las partes en el deber de negociar el acuerdo complementario y aún de alcanzar ese acuerdo, si fuera el caso (confr. artículo 774, 776 y ctes. del CCyC).

Otros mecanismos de determinación de integración del contrato incompleto pueden venir dados, por ejemplo, por una *clause du client plus favorable*⁽⁴²⁾ o una cláusula de contratación preferente⁽⁴³⁾ contemplada por los artículos 997 y 1165 a 1167 del CCyC⁽⁴⁴⁾.

VI. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO INCOMPLETO Y OTRAS FIGURAS

A los fines de mejor caracterizar al contrato incompleto y liberarlo de su posible confusión con otros institutos con los que presenta alguna afinidad, abordaré, finalmente, algunas sintéticas consideraciones respecto a las diferencias entre el contrato incompleto y otras figuras.

Antes de entrar en esa discriminación, creo conveniente partir por señalar una distinción muy básica, pero que incide sobre todas las demás que abordaré. Me refiero a la diferencia entre contrato incompleto y el contrato imperfecto. El contrato “imperfecto”, en términos amplios, no es, jurídicamente hablando, un verdadero contrato, dado su que (i) o bien no reúne todos sus elementos y presupuestos (ii) o bien esos elementos o presupuestos están viciados, al punto de determinar su nulidad. Esta segunda hipótesis, no requiere mayores reflexiones, pues es objeto de la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos [capítulo a su vez de las ineficacias negociales], instituto especialmente regulado de modo general por el CCyC en sus artículos 382 y ss. y ctes. En cuanto a la primera de las situaciones, la hipótesis se conecta con la doctrina de la llamada “formación progresiva” del contrato en la etapa durante la cual

⁽⁴²⁾ Esta cláusula obliga a una de las partes a trasladar u ofrecer a la contraparte condiciones más favorables para esta última que las concertadas en el contrato incompleto en caso de que esas condiciones hubieran sido incluidas en contratos con terceros en situaciones análogas. Confr. MATRAY, Didier y VIDTS, François, “Les clauses d’adaptation de contrats” en AAVV “Les grandes clauses des contrats internationaux” 55e séminaire de la Fondation pour l’Etude du Droit et des Usages du Commerce International, edit. Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 145 y ss.

⁽⁴³⁾ Por la cual una de las partes se compromete a proponer a la contraparte una nueva posibilidad de contratación antes de ofrecerla a un tercero. Confr. MATRAY y VIDTS, op. loc. cit.; BANDEIRA, “Contrato incompleto” cit. p. 87.

⁽⁴⁴⁾ Confr. RIVERA, op. cit. vol. III, pp. 789 y ss.

sus elementos se van reuniendo, separadamente, pero no se ha alcanzado aún el punto en que dicha reunión implica a todos ellos o al menos a los denominados “esenciales particulares” por el artículo 982 del CCyC ⁽⁴⁵⁾. Por lo tanto, es imprescindible retener que el “incabado contractual” que caracteriza al contrato incompleto es el económico y no el jurídico ⁽⁴⁶⁾, es decir: el contrato incompleto es económicamente incompleto pero jurídicamente completo y perfecto.

Dicho lo anterior, debe distinguirse entre el contrato incompleto que nos ocupa y las siguientes figuras:

(i) *Contrato preliminar*: El contrato preliminar es un contrato que obliga a las partes a celebrar otro contrato, que se denomina entonces contrato principal o definitivo, y que es el que en realidad atiende a los intereses involucrados en la operación económica buscada (confr. artículos 994-5 del CCyC) ⁽⁴⁷⁾. El contrato preliminar se ubica, naturalmente, en una etapa intermedia entre las puras tratativas y aquel contrato definitivo y genera obligaciones de hacer este último, obligaciones que, eventualmente y en ciertos casos, podrán ser ejecutadas por el juez, si el deudor fuera remiso en cumplir (confr. artículos 285, 1018, 774, 775 y ctes. del CCyC). En cambio, el contrato incompleto es el contrato definitivo pretendido por las partes, que ajusta los intereses involucrados en la operación económica duradera y no una promesa de contratar. Ello así, aunque, como hemos visto, algunos aspectos de la distribución de riesgos permanezcan abiertos para su determinación futura ⁽⁴⁸⁾.

(ii) *Formación progresiva del contrato*: En el caso de la formación progresiva del contrato, la relación contractual se va definiendo gradualmente, a través de la determinación sucesiva de los elementos del contrato, hasta alcanzar al menos los “elementos esenciales particulares” en los términos del artículo 982 CCyC ⁽⁴⁹⁾. Puede haber una aproximación estructural entre esta situación y el contrato incompleto, pues en ambos casos estaremos en presencia de “lagunas”. Sin embargo, las figuras son claramente distintas desde el punto de vista funcional, pues contrato incompleto requiere la identificación de un alea económica que las partes deciden no resolver al momento de concluir el contrato ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁵⁾ Si no me equivoco, la idea de la “formación progresiva” del contrato ha sido terminada de diseñar por Francesco CARNELUTTI en un artículo más que centenario: al respecto, me permito remitir al lector interesado a mi nota “Los llamados ‘acuerdos parciales’ en el Código Civil y Comercial”, en La Ley del 9.05.2016 [vol. 2016-C] y la bibliografía allí citada. *Vid.* asimismo, FICI, “Il contratto ...” p. 11, texto y nota.

⁽⁴⁶⁾ *Vid.* FICI, op. loc. cit.; KALIL, op. cit. pp. 1165 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Confr. RIVERA, op. cit. vol. III, pp. 781 y ss. Ampliamente, Bozzi, Giuseppe, “Il contratto preliminare”, 1ª edición, edit. UTET, Torino, 2007, *passim*.

⁽⁴⁸⁾ Confr. BANDEIRA, “Contrato incompleto”, cit. pp. 107 y ss.

⁽⁴⁹⁾ Confr. RIVERA, op. cit. vol. III, pp. 734 y ss.; FERNÁNDEZ, L. op. loc. cit.

⁽⁵⁰⁾ Confr. BANDEIRA, “Contrato incompleto”, cit. pp. 111 y ss.

(iii) *Contrato con cláusulas de ajuste o adecuación “automático”*: En este caso, el contrato contiene ciertas normas cuya determinación concreta depende del resultado de un cálculo matemático, v.g. ajuste del precio por cierto tipo de cambio o aplicación de intereses de un préstamo calculados por referencia a la tasa SOFR o BADLAR. Se trata de una categoría intermedia entre el contrato completo y el incompleto, que se podría denominar como “flexible”⁽⁵¹⁾.

Entre el contrato jurídicamente completo y el incompleto que aquí me ocupa se ubica esta categoría del contrato *flexible*, que exhibe un contenido que las partes sujetan a una eventual adecuación automática a partir de bases objetivas, que puede ser practicado por las propias partes o por un tercero⁽⁵²⁾. Por lo tanto, en esta categoría no hay, técnicamente hablando, una “integración” del contenido —inicialmente lagunoso— sino una revisión mecánica por referencia a índices, valores de bienes, costos de producción o costos de alguna materia prima esencial, todos mecanismos usuales, por ejemplo, en materia de suministro, préstamo, obra, etc. El contrato “flexible” no es incompleto y presenta problemas de gestión más próximos al contrato completo, aunque eventualmente más atenuados, ya que es posible que la pauta de ajuste automática pactada *ex ante* no permita administrar eficazmente el hecho sobreveniente que, *ex post*, afecte al equilibrio de la operación económica abordada⁽⁵³⁾.

(iv) *Clausula hardship*. Se trata de una cláusula del contrato, de frecuente verificación en la experiencia internacional, por la cual se permite la revisión, adecuación o modificación de lo pactado a partir de la ocurrencia de eventos sobrevenientes que conciernen al “alea extraordinaria” del contrato⁽⁵⁴⁾.

En cambio, en el caso del contrato incompleto a ser integrado por acuerdo de partes no se trata de adecuación o modificación de lo pactado sino de integración de una laguna intencional, es decir: lo deliberadamente no pactado. Por lo demás, como hemos visto, el contrato incompleto se limita a la gestión del “alea normal” del contrato y no de la excesiva onerosidad sobreveniente [alea extraordinaria], tal el caso de la cláusula *hardship*.

Conviene precisar, además, que la actividad integradora del contenido no es modificatoria: cuando la laguna es inicial, esto es evidente porque no hay contenido alguno que modificar. La duda podría plantearse cuando la laguna fuera sucesiva, producto, por ejemplo, del vencimiento de un plazo o el

⁽⁵¹⁾ Confr. BANDEIRA, “Contrato incompleto”, cit. pp. 119 y ss.

⁽⁵²⁾ Vid. PISTELLI, Federico, “L’indicizzazione del regolamento contrattuale”, edit. Università di Trento, Collana della Facoltà di Giuriprudenza, vol. 41, Trento, 2023, pp. 149 y ss.; FICI, op. cit. pp. 30 y ss. Respecto al contrato de leasing en particular, vid. TREZZA, Renzo, “Clausole di indicizzazione nei contratti di leasing in costruzione: quale natura?” en *Ratio iuris*, comentando el fallo de la *Cassazione* del 16.03.2022, n. 8603.

⁽⁵³⁾ El fenómeno también se ha verificado en Italia por aplicación del artículo 1467 del codice civile, vid. PISTELLI, op. cit. pp. 287 y ss.; PARDOLESI, Roberto, “Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità” en *Foro Italiano*, vol. 106-9 [1981], pp. 2133 y ss.

⁽⁵⁴⁾ Confr. SÁNCHEZ HERRERO, op. cit. pp. 371 y ss.

cumplimiento de una condición. Así si en un contrato de suministro de cinco años de vigencia, el precio se fijara solo para el primero de ellos. La intervención que determina sucesivamente dicho precio ¿es una modificación del precio? Creo que no pues, cumplido el plazo o la condición, el contrato queda tan incompleto como aquel que inicialmente hubiera remitido la determinación del precio a algún mecanismo particular [por ejemplo, la determinación por un tercero confr. artículos 1005, 1133 del CCyC]. Por lo tanto, integración contractual y modificación contractual son actividades distintas, aunque ambas hubieran sido producto, por ejemplo, de una renegociación del contenido del contrato o del ejercicio unilateral del *ius variandi*.

VII. CONCLUSIONES

De los desarrollos que vengo de expresar, es posible extraer las siguientes conclusiones principales:

(i) La realización de “inversiones específicas” —como en instalaciones, equipos, capacitación de personal, o tecnología adaptada a una aplicación particular— es naturalmente deseable y debe ser fomentada, ya que incrementa la productividad y la eficiencia de los emprendimientos económicos. Esas inversiones requieren, sin embargo, de la persistencia durable de la relación jurídica en el marco de la cual se cumplan y a partir de la cual se espera su amortización y retorno.

(ii) Estando dicha duración en relación directamente proporcional a los riesgos, a mayor duración mayor será el alea que afecta a la relación jurídica de duración. Tal alea puede ser jurídico-económica o solo económica: en el primer caso, estaremos dentro del ámbito de los contratos aleatorios mientras que en el segundo de los conmutativos (únicos de los cuales me he ocupado aquí). Por su parte, los contratos conmutativos contienen, a su vez, un alea normal, vinculada a los riesgos previsibles y en principio asumida por las partes sin derecho a adecuación o terminación del vínculo y un alea anormal, relacionada con eventos extraordinarios e imprevisibles, que dan lugar a la teoría de la imprevisión.

(iii) El contrato de larga duración suele gestionar *positivamente* los riesgos económicos y normales referidos en el punto anterior, a través de la identificación, negociación, regulación y previsión de medios de control y actuación de lo pactado. Sin embargo, esa gestión afirmativa suele venir afectada negativamente por la existencia de altos costos de transacción y de razonabilidad limitada de las partes.

(iv) La identificación de estos problemas ha dado origen a la creación de la teoría del contrato incompleto, que es aquel contrato jurídicamente completo, pero en cual las partes gestionan los riesgos económicos y normales de modo *negativo*.

(v) Esa gestión negativa consiste en una decisión deliberadamente adoptada por las partes al amparo de la autonomía privada por la cual ellas de-

jan ciertas lagunas de la relación empresarial duradera para su integración *ex post*, esto es: si el riesgo identificado, pero no regulado ocurre y para cuando eventualmente ocurriera. Esta solución permite economizar costos y tiempos *ex ante* y adoptar una decisión a medida en el momento en que el alea normal se concrete *ex post*.

(vi) El contrato incompleto requiere de la previsión de mecanismos jurídicamente aceptables y vinculantes para su integración y que pueden consistir en cuatro sistemas básicos —combinables de algún modo entre sí— (1) el arbitrio de un tercero, (2) la decisión de solo una de las partes (*ius variandi*), (3) la decisión en un mismo sentido de un porcentaje o número de partes predeeterminada y (4) el acuerdo de integración celebrado por todas las partes. Cada uno de estos mecanismos presenta sus propias complejidades y particularidades desde la perspectiva jurídica.

(vii) El contrato incompleto no se confunde con (1) el contrato imperfecto o nulo, (2) el contrato preliminar, (3) la formación progresiva del contrato, (4) el contrato flexible y (5) la cláusula *hardship*.

(viii) Por consiguiente, el contrato incompleto constituye un instrumento útil y jurídicamente válido para la gestión del alea normal asociada a los contratos empresariales complejos de larga duración, asegurando así, al mismo tiempo, la estabilidad y flexibilidad requeridas por esta particular especie de relación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERS, Gregor. “Why cause of contract again, and how?” en “Causa contractus” [dir. Albers, Patti y Perrouin-Verbe], edit. Mohr Siebek, 2022.
- ALPA, Guido. Voz “Rischio” en “Enciclopedia del diritto”, edit. Giuffrè, Milano, 1989, vol. XL.
- BANDEIRA, Paula Greco. “Contrato incompleto”, edit. Universidad do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- _____. “Contratos aleatorios no direito brasileiro”, 1ª edición, edit. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.
- BELLANTUONO, Giuseppe. “I contratti incompleti nel diritto e nell’economia”, edit. CEDAM, Padova, 2000.
- BEN-SHAHAR, Omri. “Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts” en *Wisconsin Law Review*, vol. 2004.
- BERNINI, Giorgio. “Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l’exécution des contrats a long term” en *Revue de l’Arbitrage*, vol. 1975.
- BOZZI, Giuseppe. “Il contratto preliminare”, 1ª edición, edit. UTET, Torino, 2007.
- BRAVO, Fabio. “La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale”, edit. CEDAM, Padova, 2021, *passim*.

- CABANELLAS, Guillermo y SEREBRINSKY, Diego H. “Contratos de franquicia”, 1ª edición, Buenos Aires, 2023.
- CAETANI CARVALHO, Bruno y KLEIN ZANINI, Carlos, “A due diligence os deveres fiduciários em operações de M&A de companhias abertas” en AAVV “Fusões e aquisições (M&A)” [coord. Marcelo Viera von Adamek y Rafael Setoguti Julio Pereira] edit. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo, 2022, pp. 69 y ss.
- CASTRONOVO, Francesco. “Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano”, 1ª edición, edit. Giuffré, Milano, 2021
- COASE, Ronald. “The Nature of the Firm” en *Economica New Series*, vol. 4, n° 16, 1937.
- CRAWFORD, Vincent. “Long-Term Relationships Governed by Short-Term Contracts” en *The American Economic Review*, vol. 78-3, 1988.
- DE FREITAS ROSA, Luis Fernando. “Contratos incompletos e infraestrutura: uma persoectica entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo” en *Simetria-Revista do Tribunal de Contas do Municipio de São Paulo*, año VII, n° 10 [2022], pp. 188 y ss.
- DEL GAISO, Vincenzo. “La nuova disciplina dello ius variandi datoriale. Una prospettiva civilistica”, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2017.
- DEMOGUE, René. “Traité des obligations en général”, edit. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. “El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos”, 1ª edición, edit. Bosch, Barcelona, 1957.
- EISENBERG, Melvin Aron. “Foundational Principles of Contract Law”, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- _____. “Relational Contracts” en “Good Faith and Fault in Contract Law”, dir. por J. Beatson y D. Friedmann, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- ESMEIN, Paul. “Las obligaciones” en “Tratado práctico de derecho civil francés” por PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges [trad. de M. Díaz Cruz], edit. Cultural, La Habana, 1940.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. “Critique de la notion de contenu du contrat” en *Rev. Droit Civ.*, vol. 2015:3.
- FARES, M’hand y SAUSSIÉ, Stéphane. “Theorie des coûts de transaction versus theorie des contrats incomplets: quelles divergences?” en *Revue Français d’Economie*, vol. 2001.
- FERNANDES, Eduardo. “Lo ius variandi. Spunti per una ricostruzione sistematica”, tesis, Università degli Studi di Salerno, 2019-2020.
- FERNÁNDEZ, Leonardo F. “Los llamados ‘acuerdos parciales’ en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley del 9.05.2016* [vol. 2016-C]
- FERRARI, Vincenzo. “Il problema dell’alea contrattuale” en *Quaderni del Dipartimento di Organizzazione Aziendale e Amministrazione Pubblica*, Università della Calabria, 2001.

- FICI, Antonio. “Il contratto incompleto”, 1ª edición, edit. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- . “Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto ius variandi” en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XX-3, 2002.
- FONDRIESCHI, Alba F. “Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale”, 1ª edición, edit. Giuffré, Milano, 2017.
- FONTANARROSA, Rodolfo O. “Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales”, 1ª edición, edit. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974.
- GABRIELLI, Enrico. “Commentario del codice civile. Dei contratti in generale” [dir. por Enrico Gabrielli], edit. UTET, Torino, 2011.
- GALLI, Enrique V. “El problema de la causa en el derecho argentino” en “Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield”, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1936.
- GAROFALO, Andrea M. “La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio” en *Riv. Dir. Civile*, vol. 2012, n° 6.
- GARRIDO, Roque F.; ZAGO, Jorge; y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. “Contratos civiles y comerciales. Parte general”, 1ª edición actualizada, edit. Hammurabi, 2014.
- GRECO, Paolo. “La clausola ‘solve et repete’: ragioni e limiti della sua efficacia” en *Riv. Dir. Comm. Obbl.* vol. 1931, 2, pp. 142 y ss.
- GUERINONI, Ezio. “Incompletezza e completamento del contratto”, 1ª edición, edit. Giuffré, Milano, 2007.
- HART, Oliver. “Incomplete Contracts and Control” en *American Economic Review*, vol. 107-7, 2017.
- . “Incomplete Contracts and the Theory of the Firm”, Massachusetts Institute of Technology working paper n° 448, 1987.
- . “The proper scope of government: Theory and an application to prisons” [con Shleifer, Andrei y Vishny, Robert W.] en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, n° 4, 1996.
- JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” en *Recueil des Cours*, vol. 251, Leiden, 1995.
- JUNQUEIRA GOMIDE, Alexandre. “Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária”, edit. Revista dos Tribunais, 2023, pp. 150 y ss.
- KALIL, Amanda. “Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos”, *Anales de Derecho Civil*, vol. LXXIII, 2020.
- KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; y ALCHAIN, Armen A. “Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process” en *Journal of Law and Economics*, vol. 21, n° 2, 1978.
- LA TORRE. “Sulla clausola ‘solve et repete’ nei contratti ed in specie nella locazioni” en *Riv. Dir. Comm. Obbl.* vol. 1932, 2, pp. 494 y ss.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Teoría de los Contratos. Parte General”, 3ª edición, edit. Zavalía, Buenos Aires, 1984.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. “Tratado de los contratos. Parte general”, 3ª edición, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- MACARIO, Francesco. “Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine”, 1ª edición, edit. Jovene, Napoli, 1996.
- MATRAY, Didier y VIDTS, François. “Les clauses d’adaptation de contrats” en “Les grandes clauses des contrats internationaux”, edit. Bruylant, Bruxelles, 2005.
- MENGONI, Luigi. “Autonomia privata e costituzione” en “Scritti” [al cuidado de Castronovo, Albanese y Nicolussi], edit. Giuffré Milano, 2011, vol. I, p. 121.
- MÜLLER, Enrique. “La constitucionalización del contrato y su influencia sobre el contrato” en “El derecho privado en el siglo XXI”, edit. La Ley, Buenos Aires, 2022.
- NICOLAU, Noemí L. en “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, dir. Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., edit. La Ley, Buenos Aires, 2016.
- OPPO, Giorgio. “I contratti di durata” en *Rev. Dir. Comm. del Dir. Obbl.*, vol. 1943-1944.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. “Contratos atípicos”, 2ª edición, edit. Almedina, Coimbra, 2009.
- PARDOLESI, Roberto. “Indiciizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità” en *Foro Italiano*, vol. 106-9, 1981.
- PARDO, Valeria. “El contrato asimétrico entre empresas”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires, 2024.
- PISTELLI, Federico. “L’indicizzazione del regolamento contrattuale”, edit. Università di Trento, 2023.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en AAVV “La reforma de los contratos de distribución comercial” [dir. Viera González, J. Echebarría Saenz y J. Ruiz Peris], 1ª edición, edit. Herbert Smith Freehills-La Ley, Madrid, 2013.
- REZZÓNICO, Luis María. “Estudio de los contratos en nuestro derecho civil”, 2ª edición, edit. Depalma, Buenos Aires, 1958.
- RIVERA, Julio César. En “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” [dir. Julio César Rivera y Graciela Medina], 2ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires.
- ROPPO, Vincenzo. “Il contratto” en “Trattato di diritto privato”, dir. Iudica, Giovanni y Zatti, Paolo, 2ª edición, edit. Giuffré, Milano, 2011.
- ROVIRA, Alfredo L. “Los contratos de larga duración en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *La Ley* del 5.05.2025, pp. 1 y ss.
- RUBIN, Miguel E. “Contratos de comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y en derecho comparado”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. “Il contratto”, 3ª edición, edit. UTET, Padova, 2004.

- SÁNCHEZ HERRERO, Andrés. “La imprevisión contractual”, 1ª edición, edit. La Ley, Buenos Aires, 2019.
- SAVAUX, Eric. “Le contenu du contrat” en “Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats”, *JCP*, vol. 2015.
- SCHWARTZ, Alan. Voz “Incomplete Contracts” en “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, edit. Macmillan, London-New York, 1998.
- SIMON, Herbert A. “Behavioral model of rational choice” en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n° 1 [1955], pp. 99 y ss. disponible en https://iiif.library.cmu.edu/file/Simon_box00063_fld04838_bdl0001_doc0001/Simon_box00063_fld04838_bdl0001_doc0001.pdf
- “Theories of decision-making in economics and behavioral science” en *American Economic Review*, n° 49 [1959], pp. 253 y ss. disponible en <https://msuweb.montclair.edu/~lebelp/simondectheoryaer1959.pdf>.
- TREZZA, Renzo. “Clausole di indicizzazione nei contratti di leasing in costruendo: qualenatura?” en *Ratio iuris*, comentando *Cassazione*, 16.03.2022, n. 8603.
- VASSALLI, Filippo. “Estrastatualità del diritto civile” en “Studi in onore di Antonio Cicu”, edit. Giuffrè, Milano, 1951.
- VATIERO, Massimiliano. “When specific investments mitigate the hold-up risk, without resorting to hierarchy à la Oliver Hart”, 2025.
- VERLY, Hernán. “Contratos. Problemática de las normas imperativas y supletorias en el Código Civil y Comercial” en *La Ley*, 13.08.2024.
- VIEIRA VON ADAMEK, Marcelo, NUNES CONTI, André y FERRIGNO, Giulia. “O seguro W&I (Warranties and Indemnities) en operacao de M&A no Brasil” en AAVV “Fusões e aquisições (M&A)” [coord. Marcelo Viera von Adamek y Rafael Setoguti Julio Pereira] edit. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo, 2022.
- WICKER, Guillaume. “La suppression de la cause par l’ordonnance: la chose sans le mot?” en *Dalloz*, vol. 2015.
- WILLIAMSON, Oliver E. “Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange” en *American Economic Review*, vol. 73-4, 1983.
- _____. “Las instituciones económicas del capitalismo”, 1ª edición, edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- WINDSCHEID, Bernhard. “Die Voraussetzung” en *Archiv für dir civilistische Praxis*, vol. 78, 1892.

MERCADO DE CAPITALES Y PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO (*CORPORATE GOVERNANCE*)

POR MARCELO GEBHARDT *

Resumen

Se analizan las modernas evoluciones del mercado de capitales y su aptitud para aportar financiamiento en un medio en el que el sistema bancario se exhibe insuficiente.

Se busca sostener la idoneidad de los principios del buen gobierno de las sociedades comerciales para generar confianza y fortaleza en el mercado de capitales de modo que pueda cumplir la función de financiamiento de las empresas. En ese cometido se analizan los principios que rigen dicho gobierno corporativo, con especial hincapié en la transparencia del accionar de los protagonistas y los deberes de los administradores societarios.

Palabras clave

Transparencia. Deberes. Remuneraciones. Lealtad. Diligencia.

CAPITAL MARKET AND PRINCIPLES OF GOOD CORPORATE GOVERNANCE

Abstract

This article analyzes the modern evolutions of the capital markets and their ability to provide financing in an environment where the banking system is proving to be insufficient.

The aim is to support the suitability of the principles of good governance in commercial companies to generate confidence and strength in the capital market so that it can fulfill its function of financing companies. To this end, the principles governing

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Académico Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

said corporate governance are analyzed, with special emphasis on the transparency of the actions of the protagonists and the duties of company administrators.

Keywords

Transparency. Duties. Remuneration. Loyalty. Diligence.

1. EL MERCADO DE CAPITALES. IMPORTANCIA ACTUAL. EVOLUCIÓN RECIENTE

1.1. Un nuevo clima para los negocios financieros

A partir del cambio copernicano que se generó en la política económica argentina a partir de diciembre de 2023 (me refiero a la nueva orientación, de claro tinte liberal o libertario como se dice en ciertas referencias de politólogos), con que se abordó la crisis que para esos días recorría la economía, como producto de los desbordes regulatorios que presidieron los precedentes cuatro años de políticas intervencionistas), el mercado de capitales local creció exponencialmente ⁽¹⁾.

Los datos de junio de 2025, que elaboró la filial local de Price Waterhouse ⁽²⁾. De su análisis surge que las emisiones primarias de deuda corporativa alcanzaron máximos inéditos en términos nominales, destacando que en dicho mes se emitieron catorce fideicomisos financieros por ARS 363.855 millones, y 24 Obligaciones Negociables por ARS 1.730.407 millones.

Las pautas rígidas que estuvieron vigentes hasta hace muy poco en el mercado financiero, hoy pasaron a ser superadas por criterios verdaderamente novedosos que contribuyen al auge mencionado: en la actualidad, por ejemplo, es posible emitir pagarés y letras de cambio con tasas de interés que no sean solo de referencia dineraria, sino que pueden calcularse conforme a la valorización de ciertos bienes (*commodities*) incluso conforme a cotizaciones de mercados extranjeros ⁽³⁾. Para los que enseñábamos la disciplina que estudiaba los títulos circulatorios (Gualtieri *dixit*), eso nos hubiera sonado como una herejía, pero hoy la fuerza de los negocios, la disponibilidad en tiempo real de ciertos datos de la economía; una mente más amplia y, a no dudarlo, la correcta orientación del Código Civil y Comercial de 2015, va abriendo surcos claramente auspiciables en el mundo de la mercantilidad.

⁽¹⁾ CLARÍN, *Las empresas se lanzaron a tomar deuda tras salir del cepo; año 2025, 31 de mayo*, y el diario LA NACIÓN, brinda datos que evidencian que la tendencia sigue en un pronunciado aumento.

⁽²⁾ PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Mercado de capitales — Argentina*, disponible en pwc.com.ar/20/assets/document/mercado-capitales-pwc-argentina.pdf.

⁽³⁾ Decreto del PEN 1124/2024 (BO 27/12/2024).

El dato clave de haber generado confianza en los mercados y en la nueva política (claramente amigable con los criterios que los presidentes) ⁽⁴⁾ han empujado exponencialmente — a través de una importante utilización de instrumentos financieros de largo plazo— el crecimiento del mercado de dinero. La devolución de la iniciativa económica a la actividad privada y la reducción de la presión regulatoria, en efecto, ha tornado muy actual esta cuestión y la que analizaré *infra*, vinculada a la gobernanza de las empresas que hacen este tipo de ofertas al público inversor. Al propio tiempo la autoridad regulatoria fue dictando medidas enderezadas a la protección de los inversores pero también a facilitar la tarea de los operadores, como, en el caso, los Fondos Comunes de Inversión Abiertos de mercado de dinero, a cuyo respecto se actualizaron pautas de diversificación de inversiones y valuación de activos, liquidez y dispersión mínima ⁽⁵⁾.

En esa misma línea, pero en lo referente a la emisión de acciones de sociedades a las que se califica de mediano o bajo impacto, la Comisión Nacional de Valores le ha concedido un modo automático de autorización de la Oferta Pública o, a lo sumo, un proceso sumamente elástico y sencillo para que empresas medianas puedan abrir su capital y canalizar el ahorro privado ⁽⁶⁾, en consonancia con la Ley de Financiamiento Productivo N.º 27.440.

Una muy preciada herramienta se vislumbra cuando puede imaginarse que nuestra Argentina se apresta a privatizar varias empresas y sociedades del estado que se pueden abrir al mercado, ofreciendo sus acciones a la oferta pública (en estos tiempos el Gobierno Nacional se apresta a trasladar al ámbito privado nada menos que empresas de ferrocarriles, empresas de energía nuclear y otras tantas de enorme valor e importancia estratégica). Mas no todo se aprecia floreciente para un mercado financiero como el nuestro cuando, actualmente, se ciernen sobre nuestro país oscuros nubarrones que se expresan, por ejemplo, en las condenas que ha recibido en el exterior (la más resonante es la que se refiere al caso YPF), que haría riesgoso —por su más sencilla visibilidad y consiguiente embargabilidad, las acciones que el estado ofrezca en bolsas de comercio en pos de su traspaso a manos privadas—.

Pero antes de encarar esa temática digamos que no se registraba un auge similar en estos negocios ni siquiera desde que se sancionó la nueva ley argentina de “Mercado de Capitales” (sobre finales del año 2012), la que fue reglamentada unos meses después por el Poder Ejecutivo (dec. 1023/2013) ampliándose la reglamentación por la Comisión Nacional de Valores (CNV) ese mismo año, ocasión en la que adicionaron aspectos regulatorios, en conso-

⁽⁴⁾ Me refiero a la lucha antiinflacionaria, el equilibrio de las cuentas fiscales e incluso los acuerdos con el FMI que permitieron flexibilizar la política cambiaria.

⁽⁵⁾ Comisión Nacional de Valores, Resolución 1038/24.

⁽⁶⁾ Comisión Nacional de Valores, Resolución General 1072, de fecha 18 de junio de 2025.

nancia con la norma y sus núcleos conceptuales (res. gral. 622 del año 2013, que puso en vigencia las Normas NT 2013 de la referida CNV). Hacía ya unos años antes de ser promulgada la ley 26.831, en 2007, que la CNV había aprobado un código de gobierno societario ⁽⁷⁾.

Es de señalar que la materia objeto de regulación por esas disposiciones (el mercado de capitales y el sistema de gobernanza de las sociedades cotizantes de sus acciones o de sus obligaciones emitidas en serie) observaron una peculiar dinámica. Los cambios vinieron de la mano, especialmente, de los vaivenes políticos ocurridos en este lapso, los que, en efecto, llevaban la impronta de un cambio rotundo de la mirada del mercado, la cual era desconfiada y reglamentarista al tiempo de la sanción de la ley 26.831, y pasó a ser, desde el cambio de gobierno en las postrimerías de 2015, marcadamente aperturista y amigable con los mercados (por la avidez de inversiones por parte de los privados que exhibía la nueva administración para lograr su aspiración de crecimiento de un país que yacía en el estancamiento). Hacia 2016, de la mano de las nuevas ideas que empezaban a imperar —y en el marco de cierta paz de los mercados (tan poco frecuente en estas latitudes)— se propuso en el ámbito parlamentario un cambio importante en la referida ley de 2012, para dar cabida a los nuevos aires de promoción de los mercados de capitales. Ese proyecto no prosperó ⁽⁸⁾.

1.2. *El mercado de capitales y el gobierno corporativo*

Este repaso histórico, y necesariamente breve, constituye un dato crucial, en sí mismo; ello por cuanto la ley 26.831 nacida de un notorio centralismo estatal y un fuerte afán regulatorio, no fue modificada (no había margen político, en el *interin*, para ese tipo de reformas), y naturalmente sigue siendo la referencia normativa insoslayable en estos tiempos en los que la ideología gubernamental se inclinó, como llevo dicho hacia un paradigma libertario en relación a los capitales y las inversiones; y por cierto respecto del derecho societario (y el gobierno corporativo), dato especialmente evidenciado con las reformas sobre las sociedades anónimas unipersonales (ley 27.290) y en 2017 al inaugurarse un nuevo y promisorio tipo societario como es la sociedad por acciones simplificada, o SAS según la sigla que impone la propia ley que la regula (27.349). Tampoco puede ignorarse que las autoridades políticas que hoy se desempeñan han impulsado una reforma de grandes proporciones al

⁽⁷⁾ Comisión Nacional de Valores, Resolución General 516/2017, *Boletín Oficial* 19/10/2007.

⁽⁸⁾ ELESPE, Douglas: (académico y también empresario), brinda un panorama muy completo de ese proyecto ingresado al Congreso argentino el 16/11/2016, el cual no logró avances en su momento, pero constituye un valioso aporte para ponderar cuando, como ahora, aparecen dadas las condiciones políticas para estas necesarias reformas. Cfr. *elDial.com* (DC2346), del 6/9/2017.

régimen societario general que nos rige desde 1972 y apenas fue retocado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015 ⁽⁹⁾.

Es preciso pues advertir que el proceso evolutivo del *corporate governance* en la Argentina sigue en curso. No se ha detenido. Ello puede inquietar a los inversores (elemento que es negativo, por cierto, porque a ellos se dirige la regulación legal). Y, en alguna medida a quien se dedica a las reflexiones académicas, pero aun así no podemos menos que contemplar —y tratar de entender— una historia que se está desarrollando, incluso mientras escribimos estas líneas. Supone un desafío, pero es interesante asumirlo con el objeto de aportar algunas ideas que permitan comprender, y si es posible, desentrañar el rumbo a donde se dirige esta disciplina, crucial para el desarrollo económico y, consecuentemente para el bienestar general.

Solo para dar una muestra inequívoca acerca de cómo evoluciona incesantemente esta cuestión (lo que nos permite decir que la base institucional del gobierno corporativo va moviéndose dinámicamente y se está vertebrando mientras la estudiamos), cabe decir que no muy lejanamente la CNV ha dictado un Código de Gobierno Societario (lo identificaremos como CGS) que viene a remplazar el que regía desde 2006 ⁽¹⁰⁾ precursor del ya referido CGS de la Resol Gral. 516/07. La iniciativa se había tornado imprescindible al hilo de los Principios de Gobierno Corporativo que fueron desarrollados a partir de 2004, con un importante impulso en 2015, por la OCDE ⁽¹¹⁾, al punto que en ellas se había invitado a todos los países integrantes del G20 (que dignamente presidió nuestro país hasta fines de 2018) a participar de tales postulados en un pie de igualdad con todos los integrantes de la referida organización internacional (la OCDE); creada precisamente para favorecer la eficiencia económica e influir en las legislaciones locales en pos de lograr estabilidad financiera y crecimiento sostenible de las economías de diversos rincones del mundo.

Este nuevo CGS dictado por la RG 797 de la CNV, del 14 de junio del año 2019, entró en vigor a fin de dicho año.

Volveremos sobre él más cercanamente al fin de esta nota.

1.3. El futuro y el aumento de los deberes empresariales

Pero es apropiado, para ponderar la importancia del estudio del mercado de capitales y su correlativa gobernanza, dar noticia acerca de cómo ha influido

⁽⁹⁾ En el ámbito del Ministerio de Justicia trabaja una nutrida Comisión integrada por juristas prestigiosos que encaran reformas —que se pretende “integral” conforme la directiva ministerial— cuyo detalle se ignora aún en estos días (Resol n° 47/2024 del referido ministerio).

⁽¹⁰⁾ Cfr. Resolución General (RG) de la CNV 493/2006, cuyo contenido fue formalizado en la RG que lleva el n° 516, luego modificada por la RG N° 606.

⁽¹¹⁾ Sigla con la que se conoce a la “Organización para la cooperación y el desarrollo económico”, ente internacional con sede en París. De su historia y de sus encomiables principios se da detallada noticia en “La importancia de un buen gobierno corporativo”, por Lorena R. SCHNEIDER, en *Microjuris*, del 6/8/2013, MJ-DOC_6382-AR.

el derecho penal y su correlato en este ámbito de los negocios, que es del derecho penal económico. Martín Paolantonio, estudiando la influencia del modelo estadounidense en esta materia, ha destacado su avance también en el mercado financiero. Sostuvo el nombrado profesor que es verificable la configuración de una americanización del sistema, sobre todo en aspectos represivos. En ese punto analiza que mientras tradicionalmente las normas europeas de armonización legislativa del mercado financiero no incursionaban en ámbitos penales, la directiva comunitaria en materia de abuso de mercado incluye ahora el requerimiento de introducir sanciones penales para el *insider trading* y otras manipulaciones del mercado, lo que se ha considerado el comienzo de una nueva era ⁽¹²⁾.

No es dudoso, en ese sentido, que existe un bien jurídico relevante a tutelar en el mercado de capitales, identificable como “orden económico” y que este reclama muchas veces la punición penal, pero que —también— ese bien jurídico, de necesaria protección, no consiente siempre (o no lo hace razonable) el mecanismo represivo penal, sino que reclama respuestas que permitan una respuesta del derecho privado que intenten capturar (prevenir o sancionar en otros ámbitos, incluso el administrativo), aspecto en el que el gobierno corporativo ofrece una riqueza superior digna de estudio y de optimización normativa para aminorar o impedir la afectación del bien jurídico colectivo, que en el caso conectamos con el mercado de capitales y su transparencia.

Concluimos esta aproximación con reflexiones del jurista argentino, Enrique Bacigalupo que ha aportado valiosos estudios que nacieron de las crisis financieras globales y sobre las que escribió: “...por regla, las crisis financieras del capitalismo eran consideradas una consecuencia estructural del sistema, es decir, no eran imputables a una persona o grupo de ellas. En esta ocasión las cosas han cambiado...” y a su juicio cabe dar relieve a responsabilidades individuales ⁽¹³⁾.

Por nuestra parte entendemos que ese tipo de prevenciones y posibles sanciones (que no descartan las penales, pero que no les cabe regularlas) están en las reglas del gobierno corporativo de las sociedades, y por ello las reflexiones que siguen.

II. LOS EJES DIRIMENTES DEL *CORPORATE GOVERNANCE*. LA INFLUENCIA DE LA ESG

Una definición que se ha aceptado internacionalmente y que puede verse en documentos fundacionales de la OCDE ⁽¹⁴⁾ permite perfilar al sistema de

⁽¹²⁾ PAOLANTONIO, Martín, en *Derecho Penal y Mercado Financiero: Ley N.º 26.733*; editorial Abeledo Perrot, año 2012, p. 21.

⁽¹³⁾ BACIGALUPO, Enrique, en “*Compliance y Derecho Penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y empresas*”, ed. Hammurabi, año 2012, p. 21.

⁽¹⁴⁾ Citados por HAIDEMPERGHER, Laura Lavia, en DCCyE 1/02/2013, cita *on line* AR/DOC/5804/2012.

gobierno corporativo como “el conjunto de relaciones entre la gerencia de una compañía, sus directorio, sus accionistas y otros interesados. El gobierno institucional adicionalmente provee la estructura a través de la cual los objetivos de la compañía son establecidos, y los medios para que puedan ser alcanzados y para monitorear su desarrollo”. Como señala Alegria, se trata de ciertas reglas de conducta para mejorar la administración de las empresas emisoras ⁽¹⁵⁾, para lo cual es crucial la protección de la confianza del inversor y la transparencia de la actuación de los agentes que operan en el mercado de valores, respecto de lo cual tampoco es ajeno el tema de la imputación penal a las empresas.

En tiempos más recientes se ha generalizado un concepto analógico, y también complementario, identificado como ESG (sigla referida a las cuestiones de gobernanza societaria, identificadas en idioma inglés como *Environmental, Social and Corporate Governance*), a partir del cual las decisiones de las empresas ya no pueden considerar solamente las ganancias para sus propietarios e inversores, sino que deben ponderar también elementos como el medio ambiente y el entorno social.

Pero veamos cómo se puede arribar a ese objetivo, considerando que las sociedades mercantiles tienen una organización corporativa que nace en el mismo momento de su constitución, y que les permiten, por un lado, desarrollar la actividad tendiente a la consecución del objeto y, al propio tiempo, equilibrar los factores de poder internos, tensionados cada vez que desde las competencias orgánicas se van tomando decisiones y ejecutándolas en el plano negocial.

No es sencillo, cabe admitirlo, describir tal multifacético haz de intereses que palpitan dentro de cada sociedad. Toda una dinámica compleja y evanescente se despliega en esa confluencia que la ley quiere equilibrar y que la moderna evolución que analizamos va imponiendo que se incardine en una evolución dentro de una comunidad.

En efecto, esa organización básica de las sociedades, que la ley positiva ha predispuerto, se exhibe insuficiente y determina que otras reglas las deban complementar para que puedan funcionar armónicamente. Esas disposiciones han sido concebidas también para que las formas societarias no se conviertan en sistemas cuestionables o en herramientas de abuso.

Tales reglas han aparecido de diversas maneras; algunas son convencionales (piénsese en los ya difundidos esquemas estatutarios cuya extensión o casuística a menudo abruma incluso al letrado, o en los reglamentos de funcionamiento del directorio, o en los pactos de sindicación de acciones donde los socios prevén aspectos que a la ley le han parecido secundarios o librados precisamente a la autonomía de la voluntad de ciertos accionistas con vocación al dominio o al control); otras reglamentarias (los códigos de buen gobierno para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones); otras normativas (en Argentina el decreto delegado 677 del año 2001 y luego la ley 26.831, y

⁽¹⁵⁾ ALEGRIA, Héctor, en “Corporate Governance”, en Rev. La Ley 2007-E, p. 1364.

en EEUU la denominada Sarbanes - Oxley Act) ⁽¹⁶⁾. Y, a su vez, en el marco de estas últimas, algunas de índole imperativa y otras solo indicativas del rumbo apetecido.

Si se quiere algo más elocuente todavía de los añadidos efectuados a las normas básicas de sociedades piénsese en el reglamento más nutrido de que se tenga memoria dirigido a regular aspectos funcionales, informativos, contables y de muy diverso linaje que pueden verse en la res. gral. 7/2015 de la IGJ y que, más recientemente, y con destacado acierto han sido fuertemente elastizados o flexibilizados ⁽¹⁷⁾

Como se aprecia, las directivas se multiplican y no solo en el ámbito de las cotizantes (en los que el motivo se enfoca en la tutela del inversor o ahorrista), sino en el propio de las sociedades cerradas (la mencionada resolución 7 del año 2015 de la IGJ apuntaba esencialmente a ese ámbito). Mencionemos de paso, que tal aspiración de extender ciertos principios del *corporate governance* a las sociedades no cotizantes, sobre todos a las de capital relevante, es un elemento que se viene propiciando desde la doctrina ya hace tiempo ⁽¹⁸⁾, bien que con la prudencia que reclama la notoria diferencia de tamaño, estructura y modelo de gestión, que exige un análisis particularizado, caso por caso ⁽¹⁹⁾. En todo caso la aplicación de las leyes de mercados de capitales ofrecen un campo propicio para su extensión a todo el derecho societario como se ha señalado con agudeza ⁽²⁰⁾, de la mano de la idea de que los mecanismos legales generales son apropiados pero no suficientemente eficaces ⁽²¹⁾ (la regulación es técnicamente adecuada, se dice, pero no lo son los mecanismos de cumplimiento y ejecución).

No obstante, como han sostenido dos destacados profesores españoles (de la Universidad de Alcalá), la extensión de los principios de gobierno corporativo a la sociedad no cotizada es una de las tendencias más novedosas del moderno derecho de sociedades, que abarca la casi totalidad de los países desarrollados ⁽²²⁾.

⁽¹⁶⁾ En rigor, la “Public Accounting Reform and Investor Protection Act”, de julio de 2002.

⁽¹⁷⁾ Resolución General 15 de la Inspección General de Justicia del 15 de julio de 2024 (BO 16/7/2024).

⁽¹⁸⁾ GARCIA MANDALONIZ, Marta, en Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada para impulsar el acceso al crédito, la captación de capital y la emisión de deuda, en Gobierno corporativo de sociedades no cotizada, ed. Marcial Pons, Madrid, año 2014.

⁽¹⁹⁾ SCHNEIDER, Lorena R., en *Gobierno corporativo sin mercado de capitales*, Rev. La Ley 2015-A, p. 579.

⁽²⁰⁾ OLIVERA GARCIA, Ricardo, en *El gobierno Corporativo en la nueva ley uruguaya de mercado de valores* publicado en “Derecho Económico y Empresarial”, Estudios en homenaje a Héctor Alegria (Montalbán-Gebhardt coordinadores), editorial La Ley, Buenos Aires, año 2011, T* II, pp.1788/91.

⁽²¹⁾ HAIDEMPERGHER, Laura L., ob. cit.

⁽²²⁾ HIERRO ANIBARRO, Santiago y ZABALETA DÍAZ, Marta, en *Un lustro de gobierno corporativo en sociedades cerradas*, en Estudios de Derecho Comercial (homenaje

Por fin debe agregarse que su extensión al ámbito de las entidades financieras ha sido reclamado también con buenas razones. ⁽²³⁾

a) Los principios del corporate governance en sus albores

Aún antes de la crisis de 1929 en EEUU, precisamente en los albores de esa década de infausta terminación, apareció la necesidad de otorgar algún tipo de respuesta a las sociedades de capital disperso, hipótesis que, como germen del problema, exhibían la disociación entre la propiedad del capital y el control de la compañía, con la consiguiente libertad de los administradores que —en los hechos— pasaron a ocupar un espacio de poder en el ente que naturalmente estaba reservado a los inversores o capitalistas.

Se trataba pues de reformular las relaciones de poder entre los órganos de las sociedades cotizantes (accionistas y administradores), poniendo en el centro de tales tensiones (y en pos de la tutela de sus derechos) a los terceros inversores que dirigen sus capitales a las acciones y obligaciones emitidas por las sociedades que hacen oferta pública de tales valores.

Asomaba pues, hace casi un siglo, el problema que hoy identificamos como el origen de las reflexiones académicas sobre el gobierno corporativo de las sociedades, denominación que parece ser la traducción más plausible del denominado *corporate governance* correspondiente al idioma inglés y que se traduce al castellano como “buen gobierno corporativo”, tal como lo denominaban los precursores “informes” Olivencia y Aldama (los apellidos de los entonces directores del órgano de control de sociedades), en el Reino de España.

b) Los intereses en pugna

Pero hay más elementos que permiten visualizar que las regulaciones legales, que han buscado equilibrios entre los múltiples intereses en juego en el desenvolvimiento societario, no han resultado por sí solas satisfactorias, porque no han resuelto eficientemente las tensiones entre dichos intereses. La doctrina sajona ha identificado dichas tensiones con la denominación inglesa *agency problems*, que podría explicarse como los aspectos o intereses que un sujeto integrante de un órgano social puede afectar con su conducta, siendo que —por el contrario— debiera esperarse un beneficio dirigido a tales intereses, o para los titulares o beneficiarios de ellos.

El concepto “agencia” o “problema de agencia” (en una traducción lisa y llana) alude a que la gestión de asuntos ajenos no siempre redundan en los hechos en provecho de ese tercero a favor de quien se gestiona. Ocurre frecuentemente que el buen criterio del administrador choca con el interés del dueño o que, los intereses del administrador aparecen en tensión con los de ese dueño,

al Prof. José A. Ferro Astray, (Olivera García Director), ed. La ley, Montevideo, Uruguay. Año 2020, T* I, p. 459.

⁽²³⁾ LANÚS OCAMPO, María Cecilia, en DCCyE agosto de 2011; cita *on line* AR/DOC/2648/2011.

sin que ello alcance el *standard* legal del conflicto de intereses contemplado, por ejemplo, en el art. 272 de la ley 19.550 (LGS).

Como lo ha expresado Olivera García, las sociedades comerciales acumulan un doble riesgo: el derivado de la propia actividad del ente y el riesgo producido por la actuación de los administradores, a lo cual el autor denomina “costos de agencia” ⁽²⁴⁾.

Un breve repaso de tales potenciales colisiones, o intereses en riesgo de choque, ayuda a visualizar el problema, (i) el interés de los administradores (en pos de su remuneración, por ejemplo) con el de los accionistas, o socios, o inversores); (ii) el enfrentamiento de criterios y expectativas de los socios mayoritarios frente a los minoritarios; (iii) los accionistas o socios con los acreedores de la sociedad.

Fácil se echa de ver, con esta nómina —insuficiente, pues podemos imaginar otras potenciales tensiones— que la dinámica de los negocios, de los intereses (legítimamente) creados, de los roles y expectativas de cada protagonista puede gestar dificultades de gestión, a las cuales se ha ido buscándole respuestas, especialmente preventivas, para “atajar” la configuración de riesgos en el desenvolvimiento empresarial y evitar la afectación de la actividad empresaria con su potencial desmedro sobre sus ganancias y valor accionario.

Parece entonces adecuado intentar realizar un diagnóstico de los problemas que exhibe la organización societaria para generar cambios que propendan a su superación, para lo cual será preciso un esfuerzo de interdependencia y de síntesis que conjugue el aporte del derecho de sociedades y del “derecho de mercado de valores”, toda vez que en el plano doctrinal no se le ha concedido aún la necesaria atención ⁽²⁵⁾. En esa tarea quizás sobresalga en nuestro medio la necesidad de encarar una distinción normativamente más nítida de la sociedad que realiza oferta pública respecto de la sociedad cerrada. Los autores coinciden en que hallar adecuados parámetros para la tipología de las cotizantes es imperativo ⁽²⁶⁾, resultando inaplazable lograr una correcta caracterización conceptual de las cotizadas, haciendo especial hincapié en sus elementos diferenciadores y en su régimen jurídico que, en el derecho comparado, ofrece una pluralidad de modelos ⁽²⁷⁾. Se ha dicho, en tal sentido, que sería un error

⁽²⁴⁾ OLIVERA GARCÍA, Ricardo, en *El gobierno corporativo en la nueva ley uruguaya de Mercado de Valores*, en “Derecho Económico Empresarial”, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria, Ed. La Ley, 2011, T ° II, p. 1751 y sigtes.

⁽²⁵⁾ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, en Estrategias regulatorias y autonormativas en la modernización del gobierno de las sociedades cotizadas: una aproximación crítica, en “Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada”, editorial Comares, año 2006, pp.13 y sigtes.

⁽²⁶⁾ EMBID IRUJO, Miguel, en “Hacia una mejor regulación legal de la sociedad cotizada”, en “Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada”, pp.13 y sigtes.; editorial Comares, 2006.

⁽²⁷⁾ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, en ob. cit.

trasladar inflexiblemente estructuras pensadas para sociedades cotizantes a otras estructuras donde son distintos los problemas o conflictos de agencia ⁽²⁸⁾.

III. LA TRANSPARENCIA COMO NÚCLEO DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Los sistemas de gobierno corporativo, original y naturalmente direccionados a las sociedades cotizantes (de sus acciones o de su deuda), han accedido a una pretenciosa y, a veces teóricamente impecable, virtud: la transparencia.

La transparencia, a través del *disclosed* (o apertura ostensible de datos e información relevante), es apreciada por la doctrina como un modo eficaz de reducir los problemas de agencia, cuya descripción hicimos *supra*. Si ninguno de los actores guarda para sí la información relevante, el resto puede amoldar sus intereses y conductas y adoptar decisiones de las que será el único responsable. Es preciso, en esa senda, arrojar luz sobre los negocios sociales, sus alternativas y proyecciones. Si esa proposición es válida, se resuelven —o se pueden atemperar— en gran medida las tensiones, al menos entre accionistas y administradores (quizás las más inquietantes).

Ese es el núcleo sobre el que pivotean ahora los artículos 99 y ss. de la ley argentina 26.831, a través de los que se instala un cuidadoso régimen informativo. Ello no obstante nos permite adelantar nuestro parecer acerca de una mayor severidad en las sanciones que puede sufrir quien vulnere las reglas de transparencia, las cuales la ley de 2012, en el art. 117 divide entre (i) el abuso de información privilegiada y (ii) la figura más vituperable de la manipulación y engaño dirigida a inducir a error a los participantes del mercado. La sanción o consecuencia de tales imposturas se limita, en efecto, a la pérdida ocasionada al inversor entre el precio de compra o venta (art. 122) y, en su caso, la indemnización no excederá el diferencial de precio positivo obtenido o la pérdida evitada en la transacción objeto de la violación (art. 126 ley 26.831). Estas indemnizaciones —elementales, por cierto— se complementan con las sanciones sí más contundentes del art. 132 de dicha ley.

Cuando en nuestro país se legisló, por fin, seriamente sobre la oferta pública de títulos valores, la transparencia fue erigida en un ícono que concitaba la aceptación generalizada. La ley 17.811 (de la década del sesenta), cuando nada hacía pensar en los escándalos financieros de escala mayúscula como los que asolaron los mercados mundiales en los albores del Siglo XXI, aportaba un sistema, celebrado como dijimos, y que de hecho operó con eficiencia desde que no registra nuestro modesto mercado de capitales ninguno de los delirantes episodios de los casos “Enron”, “Xerox”, “Vivendi”, etc. que ensombrecieron los mercados mundiales y le restaron gran parte de su prestigio.

⁽²⁸⁾ SCHNEIDER, Lorena R., en ob. cit.; NICHOLSON, Ignacio, en *Las reformas sobre gobierno corporativo a seis años de su sanción*, La Ley, cita on line 0003/013290.

Pero a la escasa magnitud de nuestro mercado (Paolantonio refiere a tal cualidad como “el enanismo de nuestro mercado”) ⁽²⁹⁾ debe añadirse que no se había inaugurado ese colosal y a la vez dañoso obrar de agentes que operaron frente a gigantescos e infrecuentes excedentes financieros, creando instrumentos sin respaldo o, peor, con respaldo ficticio, que terminaron tan grotescamente en los inicios de esta centuria, configurando fraudes descomunales con sofisticados modos de atraer inversores.

Fue preciso pues, ahondar en los mecanismos originales —ajustados, a las nuevas capacidades de los sujetos que buscan ventajas indebidas en los mercados financieros— para seguir mostrando un afiatado sistema preventivo, cosa que ha sido un importante logro institucional.

La transparencia —ya se dijo— es un instrumento regulador. Es una carga que pesa sobre la sociedad que efectúa oferta pública de sus títulos valores. Y dentro de dicho ente “cotizante”, la obligación debe cumplirse por parte de los administradores sociales que, de un modo preestablecido por las reglamentaciones, suministrarán a los operadores de los mercados donde concrete la referida oferta pública, información suficiente y, razonable para que un inversor responsable pueda adoptar decisiones en el plano de dicha inversión, esto es manteniendo o saliendo de la posición o tenencia de los valores que tenga en cartera sin que esa libertad sufra presión o mengua.

La transparencia no se confunde entonces con el derecho de información que prevén las leyes societarias, cuyas disposiciones tienen en miras más al socio que al inversor o al mercado.

En España esa dicotomía es tan nítida que ambos conceptos (transparencia y derecho de información) fueron objeto de dos instrumentos legales diversos, sancionados con un breve lapso entre uno y otro: la ley 44 del año 2002 reguló la transparencia en las sociedades cotizadas; y la ley 26 del año 2003 reglamentó aspectos de la información societaria. La ley 19/2013 (o LTAiIBG) mantuvo la diversidad conceptual entre transparencia y derecho a la información.

La distinción se ha ido desdibujando, por más que pueda sostenerse o explicársela conceptualmente. Ello porque hay una progresiva dilatación del ámbito y eficacia de la transparencia, al punto que su propio cumplimiento debe ser objeto de información ⁽³⁰⁾.

Queda así debidamente fundada la convicción de que el sistema de gobierno corporativo es un complejo de relaciones más extenso que la regulación de la actuación de los administradores conferida en la ley societaria. Abarca otras obligaciones y cargas no previstas en la ley sino en reglamentaciones

⁽²⁹⁾ PAOLANTONIO, Martín, en *Reforma del Mercado de Capitales*, Rev. La Ley 2012-F, p. 1196.

⁽³⁰⁾ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, en *Información y transparencia de las sociedades cotizadas en “Régimen jurídico español de la sociedad cotizada”*, ed. Comares, año 2006, pp.50/51.

vinculadas a la conexión de la sociedad con el mercado y las garantías institucionales que se quiere conceder al inversor en pos de un elemento crucial: la estrategia de creación de valor que erige al mercado como el juez más exigente de la idoneidad del buen gobierno societario.

Aparece aquí una segunda herramienta sobre la que los modos de gobierno societario han tratado de dar respuesta a las tensiones descriptas. Me refiero al uso del “mercado” como un modo de presionar hacia el buen gobierno que, desde estas teorías, deben necesariamente redundar en buenas cotizaciones y rendimientos para el inversor. Así pues, tales beneficios económicos constituirán un barómetro del buen manejo de los negocios, bien que, cumpliendo la ley y los reglamentos, a partir de lo todo lo cual los administradores sociales tendrán ante sí la presión y el desafío del éxito de sus administrados. Si, por el contrario, los desmanejos administrativos y las desviaciones acerca del cumplimiento de leyes y reglamentos redundan en escasas ganancias o en una valorización insuficiente, el contrapeso del “voto con los pies” (o sea aquella metáfora que recuerda al inversor que decide marcharse, vender y hacer así que caiga el valor de la acción) y la pérdida de *bonus* (es decir premios a la eficiencia del administrador o a la obtención de resultados exitosos preestablecidos) hará los correctivos sobre los administradores torpes o negligentes, indicándoles los cambios o directamente induciendo a su reemplazo.

La idea implica dar un salto con impacto económico general, es decir utilizado como herramienta de política económica de suerte que un inversor —en igualdad de condiciones— pagará más una acción en el mercado cuando la emisora sea una sociedad bien gobernada.

¿Cómo se logra entonces que con herramientas del mercado se aporte mayor valor a las acciones? ¿Y cómo se incardina esa prioritaria y legítima pretensión con los principios de la mencionada ESG?

Un primer elemento —lamentablemente no disponible fácilmente, sobre todo en mercados poco desarrollados como el nuestro— es lograr la conformación de un “mercado de control societario”, el que podemos definir como el que tiene como mercancía excluyente, el mecanismo de toma de control de sociedades cotizantes, de suerte que inversores de magnitud puedan concurrir con otros en la competencia por el acceso al control de las sociedades que cotizan sus acciones en bolsas ⁽³¹⁾.

Este abordaje de mercado supone ingresar con un operador o inversor a través, o por, el órgano de gobierno societario, desplazar el sistema y las personas en la administración preexistente y asumirla para manejar mejor la compañía y hacer crecer su valor.

El planteo —en términos teóricos, por cierto— es atractivo; máxime en tiempos de excedentes financieros que están a la búsqueda de maximizar

⁽³¹⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras*. Estudios sobre OPA, Madrid, 1999, p. 25.

resultados a través de oportunidades de negocios, esta vez acaso motivadas por empresas, que mal manejadas tengan una potencial suba de valor sobre la base de un buen gobierno exhibible ante los mercados y sus operadores.

IV. LAS OFERTAS PÚBLICAS DE COMPRA (OPA) COMO MÉTODO DE MERCADO

Una herramienta como la descrita en los párrafos anteriores, con un claro linaje “mercadista” necesita para funcionar claras directivas respecto de ofertas públicas de adquisición (OPA) que asuman un claro rigor reglamentario, de suerte que el ofertante tenga posibilidad de tentar a los tenedores de acciones con un valor mayor de sus tenencias en relación a las del mercado (valor hipotéticamente menguado por el desmanejo administrativo que se quiere castigar en la teoría). Este riesgo supone en esta concepción una amenaza que tiende a limitar y a presionar a los administradores que perderán, naturalmente, el manejo de los negocios al paso de que se configure el cambio de manos del control accionario.

El derogado decreto 677 del año 2001 tuvo, en nuestro medio, una mirada de escasa dedicación a este instrumento, motivada quizás por la ya apuntada exigua dimensión de nuestro mercado por la ausencia consecuente de un mercado del control de cotizantes. O como destaca Rodrigo Luchinsky, por el hecho de que en la Argentina se aprecia un obstáculo estructural dado por la propiedad altamente concentrada de la mayoría de las empresas, por fuera e incluso por dentro de la oferta pública ⁽³²⁾, lo cual torna infrecuente el cambio en el control de las sociedades, más visible en las sociedades de capital disperso.

Las ofertas públicas de adquisición del control conllevan un elemento crucial, no reflejado en el valor de cotización del papel (o título valor) que conforma el conjunto del objeto de la oferta: me refiero al valor inmaterial (o plus valor) que se conoce como “prima de control” y que implica un mayor precio para la acción, dada que su tenencia por el adquiriente en un conjunto no ponderado hasta su oferta, significa adquirir el control de la compañía cotizante. Llamamos pues “prima de control” al mayor valor de un título accionario respecto del valor de cotización del mercado.

La cuestión reclamaba una ordenación institucional cuidadosa. Debíó reglamentarse, en efecto, cómo debe procederse para obtener el control a través de este medio público, con el objeto de garantizar la transparencia, proteger al inversor de la correcta fijación del precio, tratándolo equitativamente de suerte que la prima de control se reparta entre todos y no sea de provecho, en cambio, de unos pocos bien avisados.

⁽³²⁾ LUCHINSKY, Rodrigo *El sistema de gobierno societario*, editorial Lexis-Nexis, p. 217.

Era nítido u obvio el interés del Estado en la cuestión, ya que regulado este mecanismo contractual puede aportar una ayuda al buen funcionamiento del mercado, evitando los abusos de sus operadores; para un buen gobierno corporativo es de suma utilidad que se configure un ágil sistema bursátil donde quede garantizada la libertad del accionista /inversor.

En la Argentina, el régimen de transparencia de la oferta pública instaurada, como llevamos dicho en el ya referido dec. 677/2001, optó por una de las variantes o sistemas conocidos sobre la OPA.

La ley 26.831 derogó esa disposición aportando un instrumento mucho más logrado que el precursor decreto delegado de 2001.

El vigente art. 87 del referido cuerpo legal sancionada en 2012, obliga también a quién pretenda adquirir a título oneroso, por sí solo o actuando con otros concertadamente, no ya el control de la sociedad sino “una participación significativa en los términos que defina la reglamentación”⁽³³⁾ a dirigir su oferta (obligatoria para el pretendiente y su grupo) a todos los otros titulares de valores negociables. Naturalmente que tal obligación de concretar una oferta de compra se extiende al caso en el que se aspire a la adquisición o toma de control, incluso a través de una reorganización societaria, fusión o escisión.

El art. 91 alude ahora a las participaciones residuales que determinan la exigibilidad de una OPA cuando una sociedad emisora quede sometida a un control *casi* total. Ese concepto legal se cuantifica en el 95% o más del capital social (art. 92, inc. a).

Por fin se organiza en los arts. 97 y 98 de la ley 26.831 un sistema de adquisición de las propias acciones de la emisora que decide su retiro (voluntario, por cierto) del régimen de la oferta pública, hipótesis en la que debe aplicar para la compra solo los importes de sus ganancias realizadas y líquidas y siempre que aún de ese modo no se comprometa en algún grado su solvencia económica.

El enfoque, en algún caso compulsivo para los minoritarios ha preocupado en ciertas hipótesis, pero es auspicioso que, dentro de los sistemas conocidos se haya optado por el descripto. Para las reglas norteamericanas, en cambio, el *take over* no tiene una compulsión a la persecución del control como ocurre en la Unión Europea. El control se puede obtener incluso sin pasar por el *take over*, lo cual genera la razonable crítica del direccionamiento arbitrario de la prima de control (por ejemplo, pagándola solo a un grupo poderoso que negocia con firmeza y elementos cognoscitivos y financieros mayores que el común) y la consiguiente ruptura del principio de equidad.

Quizás podría propugnarse en nuestro medio una regla similar a la europea que impone la OPA no solo ante la adquisición del control por parte de

⁽³³⁾ Desaparece de la ley, como se ve, el 35% que antes era objeto de especial mención en el dec. 677/2001, estableciéndose ahora el más amplio concepto de participación significativa, sujeto a reglamentación.

un sujeto, sino también cuando la toma de este se obtiene como producto de pactos para-sociales, reconociéndole así al minoritario un derecho de salida en tales hipótesis asimilables al control *casi* total. El art. 87 de la ley 26.831, en esa senda, obliga a realizar la OPA también cuando se produce un cambio de control merced a un cambio de control por reorganización societaria, fusión o escisión ⁽³⁴⁾.

En suma: el sistema constituye una herramienta “de mercado” para obtener como una suerte de acecho extrasocietario sobre los administradores (un monitoreo, al decir de García de Enterría) y, de tal modo, aportar mayor valor, bien que guardando escrupuloso apego a la regla interpretativa (general, por cierto) acerca de que las restricciones limitativas de la libertad contractual que surgen de este, deben ser consideradas con máxima restricción.

Es destacable, a esta altura, ponderar la introducción por la ley 26.831 de un criterio relativo al “precio equitativo” de la OPA (que incluso deber ser objeto de dictamen por el directorio de la emisora), el cual conforme a la reglamentación del art. 86 de dicho cuerpo legal tiene como “condición indispensable para iniciar el procedimiento de una OPA, la fijación inicial del precio equitativo con suficiente explicación de los criterios aplicados para su determinación” ⁽³⁵⁾. La reglamentación realizada por la CNV sobre el particular ha hecho un valioso aporte a la viabilidad de tales operaciones ⁽³⁶⁾.

V. LA ESG Y LAS EXIGENCIAS REGLAMENTARIAS

Ciertamente y desde que las reglas de gobierno corporativo son exigibles, las operaciones y prácticas legales de mercado descriptas deben contener, en forma simultánea un sistema proactivo que se centre en tareas especialmente delicadas, y que —entre otras— deben contemplar: *a)* las que se basan en reforzar la tutela de las minorías, *b)* la estructuración de un más cuidado sistema relativo a los deberes de los administradores de diligencia, de secreto, de lealtad y fidelidad y de respeto a los demás órganos y su competencia, *c)* la inclusión de una apropiada regulación respecto a los directores independientes, emergentes, por ejemplo, de listados —hoy ausentes— basados en la trayectoria, idoneidad y comprobada confiabilidad de los candidatos y *d)* un adecuado sistema de remuneración de administradores que evite una tensión adicional entre sus derechos y el desenvolvimiento de los negocios sociales.

Existen, ciertamente, otras propuestas instrumentales que pueden propender al mismo y apreciado objetivo de defensa del inversor, previniendo la “expropiación del accionista”. Pero no se advierte que, por ejemplo, sean tan

⁽³⁴⁾ SALVOCHEA, Ramiro, en *Mercados y buen gobierno corporativo (la revolución del corporate governance)*, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2016, p. 607.

⁽³⁵⁾ Dec. 1023/2013.

⁽³⁶⁾ Comisión Nacional de Valores, Resol. Gral. 779/2018.

auspiciables en el grado actual de madurez de nuestra regulación y costumbres judiciales, postulaciones como las que apuntan a la promoción de la participación de los minoritarios en los procesos de decisión y control de la compañía, previendo más incisivos sistemas de representación de las minorías en el órgano de administración o colocando en la espera de competencia de la asamblea materias relevantes (v.gr. disposición de activos sustanciales) neutralizando con obligaciones de abstención a quienes puedan tener en su seno conflictos de interés ⁽³⁷⁾.

Nos hallamos aquí en el núcleo de la reflexión jurídica relativa al gobierno corporativo en tanto sistema de mejoramiento de la dirección y control de los entes societarios, el cual centra su estudio en el fenómeno que emerge ante la división entre los derechos de propiedad de los socios y la gestión de las sociedades cotizantes.

Y esa reflexión no es solo académica pues se dirige a morigerar efectos no deseados de una libertad contractual en materia societaria que, a no dudarlo, debe ser especialmente custodiada como derecho de los inversores y palanca de desarrollo, pero a la vez preservada para que no se convierta en un sistema que provoque mayor desigualdad en las naciones y en la población. El Norte de estos estudios, en efecto, debe ser "...mejorar la ética y las prácticas societarias...." ⁽³⁸⁾.

El Profesor Héctor José Miguens ha realizado una exhaustiva investigación de las numerosas organizaciones internacionales que han postulado estos principios e incluso los ha vinculado con la responsabilidad empresarial "como auténtica una cultura de la organización, la dignidad humana y los derechos humanos que de tal modo son puntos de referencia crucial. Para el autor, aun en estas cuestiones, las vertientes religiosas insisten en la aceptabilidad o legitimidad de la actividad empresarial, pero evitando la avaricia y la codicia. Para este destacado autor, estos postulados deviene de un principio: la ética debe estar en el centro de las actividades humanas aún en lo estrictamente negocial ⁽³⁹⁾.

1. El mercado de acciones y la protección de las minorías. La revitalización de las asambleas

Para un mercado de capitales que puede considerarse debidamente enmarcado en los señalados requerimientos éticos, hay un elemento crucial

⁽³⁷⁾ PAZ ARES, Cándido, en *El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor*; en Revista de Derecho Mercantil, N.º 251, enero - marzo 2004, Madrid, p. 52.

⁽³⁸⁾ VÍTOLO, Daniel R., en *Sociedades Comerciales, los administradores y los socios, gobierno corporativo*, Ed. Rubinzal - Culzoni, año 2004, p. 49.

⁽³⁹⁾ MIGUENS, Héctor José, en "Aportaciones de la ética empresarial al *Corporate Governance*", en *Buen gobierno corporativo*, Vázquez Palma (ed.) y Vargas Almonacid (coord.); ed. Ibáñez, Bogotá Colombia, año 2023, pp.93 y sgtes.

llamado a tutelar el derecho de las minorías. Me refiero al deber de información. Sin ella las minorías resultarán desamparadas.

Proteger al socio minoritario supone conceder fuerza al órgano donde este puede hacer valer su gravitación y sus derechos. En España existe incluso una iniciativa concreta, desde el Informe Aldama (año 2002) sobre gobierno corporativo de sociedades cotizantes, de vitalización y reafirmación del poder de las Juntas Generales ⁽⁴⁰⁾. Esa moderna tendencia incluye en forma invariable entre sus objetivos declarados el de potenciar el funcionamiento del órgano de gobierno y, a través suyo las facultades decisorias de los accionistas. García de Enterría enrola en esa línea a autores de la talla de Gaudencio Esteban Velasco y Carmen Alonso Ledesma, así como a relevantes estudios en el ámbito español y de las propias instituciones legislativas de la Unión Europea donde destaca la recomendación de la “Comisión General de Codificación” que textualmente reza que “...es muy deseable, como objetivo a medio y largo plazo, contemplar el establecimiento de una verdadera democracia de cara a los accionistas en la UE...”, protegiendo y facilitando el ejercicio de sus derechos dentro del marco del gobierno corporativo.

Existen alternativas para la potenciación de las asambleas que incluso hemos mencionado en estudios anteriores ⁽⁴¹⁾. En este trabajo queremos enfatizar nuestra convicción de que, si los códigos de buen gobierno apuntan a tutelar al accionista, facilitar sus derechos (o su ejercicio) y ampliar el mercado de capitales y su eficiencia, su vigor debe exhibirse claramente al tiempo de las deliberaciones y decisiones del órgano de gobierno societario.

Coherentemente con ello —y sobre la base de ese postulado de un apropiado ejercicio de los derechos de los socios en las asambleas— se ha dicho que la junta en el derecho español, y la asamblea en el derecho argentino, están infrautilizadas a pesar de que no es dudoso que ese es el órgano donde se ejerce el control de la gestión de los administradores ⁽⁴²⁾.

Veamos:

A) *Las asociaciones de accionistas*. Este instrumento asociativo, dirigido en principio a los “microaccionistas” (o pequeños inversores) tiene como propósito agrupar a accionistas diversos para defender sus derechos y ayudar a ejercerlos, teniendo como función esencial la de representación, esto es la de ejercer en nombre del titular de la acción los derechos informativos y de participación en el proceso de toma de decisiones de la asamblea. Esos derechos, en efecto, son en la práctica los más inaccesibles para el microac-

⁽⁴⁰⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, en *Los Órganos de Gobiernos*, Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada, ed. Comares, Granada, 2006, p. 105 y sgtes.

⁽⁴¹⁾ GEBHARDT, Marcelo, en *Derecho económico empresarial*, Estudios en homenaje a Héctor Alegria, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2011.

⁽⁴²⁾ EMPARANZA, Alberto, en *La misión del reglamento de la junta de accionistas en el “corporate governance”*, en *Sociedades Comerciales*, dirigida por José M. Embid Irujo y Daniel R. Vítolo, ed. Rubinzal - Culzoni, año 2004, p. 211.

cionista que claudica de sus prerrogativas y termina en la apatía que hemos señalado.

No se trata de pactos parasociales o sindicato de accionistas, los cuales apuntan a otros objetivos (el bloqueo, el control) y que merecerían por tal razón, una regulación legal o administrativa específica como ocurre en ciertos países de la Unión Europea (Italia y Francia, por ejemplo, donde se los reconoce en los propios códigos de buen gobierno). Por esa vía podría requerírseles ciertos elementos para ser reconocidos, a saber: (i) que surgen un número mínimo de asociados; (ii) que su participación se conceda como tal siempre que el conjunto de los representados sea exiguo (v.gr. el 0,5% del capital; en Italia el tope es el 0,1%); (iii) que se registren en la emisora y en la CNV; (iv) que tenga objeto exclusivo de especialización en defensa de los accionistas.

La iniciativa de fomentar a las asociaciones de estos microinversores debiera apuntar hacia una fisonomía propia que los distinga de los “clubes” que, a menudo, favorecen las propias emisoras para nuclear y dominar accionistas dispersos. También debiera evitarse que se constituyan en clanes de inversiones, caracterizados por dar asesoramiento profesional. Se trataría de auspiciar un asociacionismo para facilitar el contacto y amistad entre los accionistas dispersos.

Esta propuesta aparece en el Informe Conthe (España, 2005) y puede verse en su Anexo II, punto 3. A nosotros nos deja cierto regusto agradable con reminiscencias del cooperativismo que merece atención del legislador ya que apunta a sistemas de solidaridad que morigeran ciertos y señalados efectos negativos del capitalismo.

La ley 26.831 ha efectuado sobre este tema un aporte valioso en su art. 69, relativo a los accionistas que deseen solicitar en forma pública el otorgamiento de poderes a su favor. Ha regulado además sobre los intermediarios (porque los accionistas —es decir los interesados directos— que tomen estas iniciativas deben ser de alguna relevancia: más del 2% del capital social), y los ha sometido a cierto plausible rigor en materia informativa ⁽⁴³⁾.

La idea de incentivar a los accionistas dispersos, proponiéndoles ciertos cursos de acción y asunción de la carga de representación, debiera ser un modo que merezca auspicio. No es difícil imaginar que ciertos inversores grandes —por cierto— que incluso aspiren, ulteriormente, a formular una OPA, puedan hacer campaña de captación de votos a ejercer en la asamblea, v. gr. para imponer un director por clase de accionistas que de otro modo no sea sino los votos suficientes —no podría imponerlo—.

Debe decirse que esta práctica existe, de hecho, en EEUU. Una empresa visible en Internet realiza esta tarea que incluye regalos y beneficios y debe añadirse todavía que esa actividad es menos inquietante que otras emprendidas, con el mismo fin, por los administradores que, en rigor, buscará protegerse

⁽⁴³⁾ SALVOCHEA, Ramiro, en ob. cit., p. 605.

obteniendo aprobación de su gestión u otros beneficios (remuneraciones, por ejemplo).

La cuestión entonces merecía pues regulación para que esto que ya fue detectado como una oportunidad de negocios por terceros, no termine siendo un germen que afecte la democracia interna societaria que se visualiza como motor del mayor valor de los títulos.

Se ha dicho, por fin, que la utilidad de las reglas del buen gobierno corporativo fomenta la participación de los pequeños y medianos inversores en el mercado de capitales, el cual, de tal guisa obtiene estabilidad y competitividad ⁽⁴⁴⁾.

B) Facilitación del ejercicio del voto y participación del accionista. La utilización de la tecnología de información y comunicación de última generación es un modo eficiente de acceso del accionista o inversor al núcleo de las decisiones que más acá o más allá lo afectarán positiva o negativamente. En esa senda, el art. 61 de la ley 28.831 abre la posibilidad de que las asambleas se puedan realizar “a distancia”, delegando en la CNV la reglamentación respectiva.

Es posible imaginar así un modo sencillo de emisión del voto en la asamblea por parte de sujetos ausentes (v.gr. inversores del exterior) y, como mínimo aumentar la información disponible en soporte electrónico, aún para los no concurrentes.

La reglamentación (decreto 1023 del año 2013) no se hizo esperar y desde entonces se permite que, siempre que el estatuto lo prevea y que el procedimiento sea aprobado por la CNV se realicen asambleas “no presenciales” (para algunos accionistas, por cierto), siempre que se garantice un adecuado sistema de “sonido, imágenes y palabras asegurando la igualdad de trato de los participantes”.

C) Incentivos para los accionistas institucionales. Nos referimos en este punto a fondos de inversión, bancos e instituciones de ahorro, que se exhiben frecuentemente desinteresados de los vaivenes del control societario. Son accionistas apáticos que, como ninguno quizás, toman decisiones solo con vistas a la rentabilidad de la inversión y el mayor o menor valor de la inversión. No se involucran en el gobierno societario, dando un mensaje nocivo de desinterés.

Puede ser propicio entonces generar incentivos a la participación de estos inversores institucionales en las asambleas y, en algunos casos (v.gr. respecto de los Fondos de Inversión) generar por vía reglamentaria la obligatoriedad de su presencia en las asambleas o, en defecto de ella la indispensable carga de explicar la abstención. Una suerte de *complain* or *explain* acerca del voto y sentido de este que, por fin, será objeto de información a los cuotapartistas o inversores en el Fondo.

⁽⁴⁴⁾ ABDALA, Martín en Las reglas del buen gobierno corporativo en el derecho argentino en Buen Gobierno Corporativo, p. 147.

Obsérvese que por este medio, indirectamente, accionistas minoritarios o que actúan aisladamente (v.gr. pequeños inversores) pueden ser implícitamente guiados por estos inversores profesionalizados y capaces de decidir con mejores elementos que los pequeños inversionistas.

La implicación activa de los inversores institucionales constituye entonces un eficiente mecanismo de vigilancia, por fuera del mercado que merece auspicio aún sin la necesaria reforma legislativa que apuntará a mejorar el sistema a favor del inversor ⁽⁴⁵⁾.

2. *Deberes de administradores*

Como es sabido la LGS ha optado tan solo por establecer un *standard* básico para dirigir o regular lo que son los deberes de los directores (y de los administradores societarios en general).

La doctrina y jurisprudencia nacionales han podido brindar una importante contribución a la delineación de los deberes fiduciarios que son requeridos a administradores y representantes a la luz del cartabón jurídico del art. 59 de la ley 19.550 (LGS) dirigido a que estos actúen con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sería —en la ley española— la obligada referencia al “ordenado empresario”.

Una mirada completa a la elaboración dada a esta base conceptual puede verse en la ya clásica obra de Gagliardo, cuya exhaustividad y profundidad justifica una remisión general ⁽⁴⁶⁾.

Ahora bien, la insuficiencia del *standard* legal es de tal evidencia que las normas del gobierno corporativo —hoy comprendidas en la ley 26.831— han debido complementarlo, bien que en el reducido marco de las sociedades involucradas (art. 1º de la ley citada). Otro tanto ocurría en la ya varias veces mencionada ley española del año 2003 y poco después lo hicieron las legislaciones alemana e italiana. La alarma suscitada con las crisis del principio de siglo indujo a pensar, desde EE.UU. (Vítolo, lo caracteriza como el “despertar del sueño americano” en vistas a la sobrerreacción que su juicio, ante la emergencia, implicó la “Sarbanes — Oxley Act.”, de 2002), que al regular fuerte y detalladamente los deberes de los administradores, que en la situación pre-existente poco tenía previsto sobre deberes fiduciarios de los administradores, existía una relación de causa-efecto respecto de los abusos y escándalos ya mencionados.

¿Cuáles son, cabe preguntarse, las cuestiones pendientes de abordaje según el pensamiento hasta aquí desenvuelto?

⁽⁴⁵⁾ PAZ ARES, Cándido, ob. cit., pp. 52/53.

⁽⁴⁶⁾ GAGLIARDO; Mariano en *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, editorial Abeledo-Perrot, 2001.

Pues bien: de seguido se hace una reseña de esos deberes fiduciarios susceptibles de regulación.

a) Deber de diligencia

En la ley 19.550 (art. 59) aparece esta carga dirigida a administradores y a representantes sociales, con el agregado del ya referido patrón de conducta que remite “el buen hombre de negocios” como paradigma del dirigente honesto, cuidadoso y dedicado. La prudencia y el escrúpulo en el desempeño de los negocios parecen el núcleo de esta directiva, destinada a ser el prisma a través del canal se juzgará la conducta del administrador en caso de verificarse daño al patrimonio societario.

Las elaboraciones de los autores y el avance en otras legislaciones permiten, empero, desarrollar ese mandato para la actuación, puntualizado que el sujeto debe encarar lealmente (*i*) el cumplimiento de las leyes, reglamento y el estatuto social; (*ii*) perseguir como objetivo en su función el incremento del patrimonio y de valor de la sociedad y (*iii*) procurar la conservación de la actividad empresarial y su permanencia en el mercado, no solo de los productos o servicios que suministre sino también en el mercado de valores donde haga oferta de sus acciones o de su deuda; y (*iv*) mantener el atractivo e interés de la empresa para el mercado de capitales.

La precedente reseña tiene como pretensión constituir tan solo un resumen de la puntillosa estipulación de directrices estratégicas de la compañía, acompañado de un control eficaz de su dirección que a la vez permita hacer efectiva la responsabilidad de los administradores hacia la sociedad y sus accionistas ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ VÍTOLO, Daniel R. en ob. cit., donde, en su p. 26 transcribe las recomendaciones efectuadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el desarrollo Económicos) de mayo de 1999, cuya elocuencia y detalle justifica ponerlo aquí a disposición del lector:

“...A. Los miembros del consejo deben desempeñar su labor contando con una información completa, de buena fe, con la diligencia y cuidado debidos y mirando siempre por los mejores intereses de la empresa y de sus accionistas. B. Cuando las decisiones del consejo pudiesen afectar a los distintos grupos de accionistas de forma dispar, el consejo debe actuar con todos los accionistas de forma justa. C. El consejo debe asegurar el cumplimiento con la ley, teniendo en cuenta en todo momento los intereses de los grupos de interés social. D. El consejo debe realizar ciertas funciones claves, a saber; 1. La revisión y dirección de la estrategia corporativa, los planes de acción principales, la política de riesgo, los presupuestos anuales y los planes de negocio; el establecimiento de los objetivos sobre los resultados; el control y seguimiento de la implantación de los resultados corporativos, y la supervisión de los principales gastos, adquisiciones y enajenaciones de capital. 2. La selección, retribución, control y, cuando se haga necesario, sustitución de los directivos clave y la supervisión del plan de sucesión. 3. La revisión de la remuneración de los directivos clave y de los miembros del consejo, asegurándose que el proceso de designación de los consejeros sea formal y transparente. 4. La supervisión y el arbitraje de los posibles conflictos de interés entre la dirección, los miembros del consejo y los accionistas, incluidos el uso fraudulento de activos corporativos y el abuso en transacciones entre partes interesadas, 5. Garantizar la integridad de los sistemas de

Hay mucho por hacer entonces en estas latitudes no obstante que, para las sociedades cotizantes, se ha abierto ya un importante sendero (ver los deberes impuestos a los administradores en el art. 99 y ss. de la ley 26.831 y la centralidad que le concede al directorio en el desarrollo de estos aspectos la Resol. Gral. CNV 797/2019). Pero nada, salvo la norma básica del art. 59 ya varias veces citada, se ha dicho para el resto de las sociedades.

No puede olvidarse, en efecto, que el deber de diligencia exige de los administradores una inversión personal de tiempo y esfuerzo, que resulten suficientes en la gestión de la empresa ⁽⁴⁸⁾ y ese dato o elemento no es un atributo exclusivo o aplicable solo a los cotizantes sino también a las sociedades cerradas, razón por la cual existe cierta necesidad de abordar el tema con la seriedad del caso. Bien se ha dicho sobre el particular que varias de las normas del gobierno corporativo rebasan los límites de la oferta pública y se derraman sobre todo el sistema societario ⁽⁴⁹⁾.

b) Deber de lealtad

Es posible definir esta pauta de actuación ineludible de la actuación de los administradores como la que se concreta en la necesidad de anteponer el interés social (o el interés de la empresa) al de los administradores, lo cual se conecta especialmente con la necesidad de aquellos de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad ⁽⁵⁰⁾.

Ya en el año 1998 en España el informe Olivencia (por el ilustre apellidado del entonces titular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores —CNMV—) se señalaba el “... carácter altamente abstracto o genérico... del *standard*” del administrador leal en la ley, hacía recomendable explicitar las reglas del funcionamiento interno que, con detalle, estimule a los directivos a

contabilidad y de los estados financieros de la sociedad, incluida una auditoría independiente, y la implantación de los debidos sistemas de control, en particular, control del riesgo, control financiero y cumplimiento de la ley. 6. La supervisión de la efectividad de las prácticas de gobierno de acuerdo con los cuales opera, realizando cambios a medida a medida que se hagan necesarios. 7. La supervisión del proceso de comunicación y la política de información. E. El consejo debe ser capaz de ejercer un juicio objetivo sobre asuntos corporativos con independencia, en particular, de la dirección. 1. Los consejos deben designar un número suficiente de consejeros no ejecutivos capaces de ejercer un juicio independiente en asuntos donde haya, potencialmente, conflictos de intereses. Parte de estas responsabilidades clave son la información financiera, la designación y la remuneración de directivos clave de los miembros del consejo. 2. Los miembros del consejo deben dedicarles el tiempo suficiente a sus responsabilidades. F. Los miembros del consejo deben tener acceso a una información precisa y relevante, de forma regular, con el fin de llevar a cabo sus responsabilidades”.

⁽⁴⁸⁾ JUSTE MENCÍA, Javier e IGARTÚA ARREGUI, Fernando, en *Los Administradores y sus “defensores”*.

⁽⁴⁹⁾ OLIVERA GARCÍA, Ricardo, ob. cit., p. 1791.

⁽⁵⁰⁾ IGARTÚA ARREGUI, Fernando y JUSTE MENCÍA, Javier en ob. cit., p. 134.

tomar conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y facilitar la valoración de su actuación.

Siempre en España, al “Código Olivencia”, en 2003 siguió un nuevo informe sobre buenas prácticas en el gobierno societario, esta vez conocido por el nombre de otro Titular de la CNMV (“Informe Aldama”, por D. Enrique de Aldama y Miñón) propiciando una recepción en la ley de un detallado esquema que amplíe y puntualice el contenido preciso del genérico deber de lealtad ⁽⁵¹⁾.

Y fue la Ley de Transparencia sancionada en 2003 la que produjo en España, en términos normativos, la tipificación de los deberes de lealtad, proporcionándonos un desarrollo imprescindible para el criterio que proponíamos desde estas líneas.

De la mano de los autores ya citados (Igartúa Arregui y Juste Mencía) podemos afirmar que la ley española no fue una seguidora fiel de las recomendaciones del Informe Aldama, pero a despecho de tal actitud del legislador la ley dio una respuesta esperable (quizás perfectible) sobre estos aspectos que también en la ley argentina se encuentran demasiado laxos. Veamos, como sea, cuál es la enumeración de los deberes, comprendidos, según la Ley de Transparencia española, en el deber genérico de lealtad: (i) la prohibición de usar el nombre de la sociedad, o de la condición de administrador de ella en determinadas operaciones; (ii) la proscripción, también, del aprovechamiento de oportunidades de negocio en beneficio propio sin que —antes— los órganos sociales hayan desechado la opción (actividad o conducta) en la que no debió

⁽⁵¹⁾ Puede leerse, en el Capítulo III., ap. 22 la siguiente especificación de los deberes de lealtad: “Deberían contemplarse, al menos, los siguientes deberes de lealtad de los administradores:” ... i. Evitar los conflictos de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad, comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración. ii. No desempeñar cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo. iii. No utilizar, con fines privados, información no pública de la sociedad. iv. No hacer uso indebido de activos de la sociedad ni tampoco valerse de su posición en esta última para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial. En todo caso, de las relaciones económicas o comerciales entre el consejero y la sociedad deberá conocer el Consejo de Administración. v. No aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de consejero. vi. Mantener secretos, aún después de su cese, cuantos datos e informaciones reciba en el desempeño de su cargo, no pudiendo utilizarlos en beneficio propio, ni facilitarlos a terceros, sin perjuicio de las obligaciones de transparencia e información que impongan la legislación mercantil y de los mercados de valores. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto se extenderá a los administradores de esta. vii. Abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecten, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular. viii. Notificar a la sociedad los cambios significativos en su situación profesional, los que afecten al carácter o condición en cuya virtud hubiera sido designado como consejero, o los que puedan entrañar un conflicto de interés. ix. Informará la sociedad de las acciones de esta, opciones sobre acciones o derivados referidos al valor de la acción, de que sea titular; directamente o a través de sociedades en las que tenga una participación significativa, así como de las modificaciones que sobrevengan en dicha participación accionarial o derechos relacionados, con independencia del cumplimiento de la normativa del mercado de valores. x. Informar a la sociedad de todas las reclamaciones judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que por su importancia pudieran incidir gravemente en la reputación de la sociedad.

gravitar siquiera quien ulteriormente aprovechó la ocasión; (iii) la obtención, en caso de conflicto de interés, de la actuación del administrador (el tema pierde interés en nuestro ámbito en vista del tratamiento expreso que la ley 19.550 —arts. 272 y ccdtes.— ha establecido); (iv) prohibición de actuación en competencia de las actividades de la sociedad (tema que trata nuestro art. 273); (v) deber de reserva o secreto, que se extiende incluso a época posterior al cese en el cargo del administrador, y que se refiere a las conductas de comunicación y divulgación de datos, salvo aquellos relativos a informaciones permitidas por las leyes y, naturalmente, cuando la información obedece al requerimiento de órganos de control (en las cotizantes argentinas el tema lo regula el art. 102 de la ley 26.831).

El art. 78 de la citada ley argentina aporta un breve catálogo de lo que, especialmente, se considera deber de lealtad con que deben actuar los directores, a saber:

i) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer unos de cualquier información confidencial, con fines privados.

ii) La prohibición de aprovechar o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción o por omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad.

iii) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las haya concedido.

iv) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad.

c) Deber de fidelidad

Ingresar en el desarrollo de esta cuestión conduce a asumir posiciones frente a un dilema acerca de si el interés social se identifica o no con el interés de la sociedad.

En la alternativa de la identidad, que parece la más plausible (esto es considerar el interés social como interés de la sociedad), el administrador recibe, implícitamente, el deber de atender en su actuación al interés de todos los implicados en la empresa de la que es titular la sociedad: socios (mayoritarios y minoritarios), trabajadores, acreedores, proveedores como así también al medio ambiente y al entorno social (traducido en la responsabilidad social empresarial).

Esta respuesta, que por su generalidad puede parecer de escasa entidad en el análisis, adquiere importancia desde que implica descartar la tesis contraria consistente en empujar al administrador a la obtención de la maximización del valor de las acciones. El interés social aparecería allí en una dimensión casi grotesca de lo material, ignorando lo que significa la empresa para los intereses de la comunidad de la que se sirve y en cuyo medio prospera.

Luchinsky, a quien citamos ya varias veces, aporta una creativa conjunción entre los dos extremos y define al interés social —a estos fines— como

la “maximización del valor residual de la empresa y distribución equitativa de sus resultados”,⁽⁵²⁾ de suerte que el deber de fidelidad quedaría respetado si el administrador apuntara a esos objetivos, con diligencia y lealtad.

Frente a tales disquisiciones, nos ha parecido valioso traer a colación la opinión, inspirada en nobles reflexiones críticas contra el entonces vigente art. 8º, inc. a, p. 1 del dec. 677/2001, que descalificaba la posibilidad de que un administrador, solo guiado por la necesidad de ganancia de los socios desatienda “...la degradación del aparato productivo, del empleo, del medio ambiente o (genere) perjuicios para los acreedores y terceros en general...”.⁽⁵³⁾

Esta reflexión sobre el deber de fidelidad no puede cerrarse sin una referencia al cuidadoso tratamiento dado ahora en el art. 117 de la ley 26.831 a la prohibición de uso en beneficio propio o de terceros, de información “privilegiada”, esto es aquella de índole reservada y que solo se adquiere en ejercicio de las funciones contempladas en el desempeño que le fue confiado o requerido. Otro tanto debe decirse sobre las reglas sancionatorias de la manipulación y engaño dirigidos al mercado (inc. “6” del citado art. 117).

Para concluir parece oportuno definir el deber de fidelidad del administrador como aquel que lo obliga a orientar su actuación a la tutela de la sociedad excluyendo los intereses propios o los de terceros⁽⁵⁴⁾.

d) Deberes de secreto y de neutralidad

Bajo el título “Deber de guardar reserva” el art. 102 de la ley 26.831 prohíbe a los administradores de las cotizantes, así como a funcionarios públicos, directivos y empleados de calificadoras de riesgo, de órganos de control público o privado, de entidades autorreguladas y cajas de valores, etc., la obtención de revelar información obtenida en el ejercicio de sus tareas, mientras esta no tenga carácter público.

Pero quizás el más novedoso tema que ha justificado también una escrupulosa regulación es el deber de neutralidad dirigido a los directores de la cotizante eventualmente afectada por una Oferta Pública de Adquisición de sus acciones, una vez que ella ha sido publicada.

El apartado XXVII.6 de la Resolución General CNV 401/02 ya había reglamentado la cuestión de un modo puntilloso, de suerte que la sociedad, durante el trámite de la OPA quedará en estado de cierta inmovilidad en cuanto a sus negocios, y a disposición de ofertantes que deben lograr, en cualquier

⁽⁵²⁾ LUCHINSKY, Rodrigo, en *El Sistema de Gobierno Societario*, Lexis- Nexis, 2006, p. 32.

⁽⁵³⁾ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. en “*El Gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela...*” p. 125 en “*Sociedades Comerciales*”, dirigido por Embid Irujo y Vítolo, editorial. Rubinzal - Culzoni, 2004.

⁽⁵⁴⁾ SÁNCHEZ CALERO - CALERO GUILARTE, en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, ed. 29º, Thomson - Aranzandi, 2006, p. 476.

caso, un trato claramente igualitario en el que el administrador debe lucirse por su equidistancia con los usualmente intereses en pugna que se desatan en esas ocasiones.

3. *Remuneración de los administradores*

El art. 261 de ley 19.550 contiene pautas que pueden sistematizarse fácilmente pero que la práctica ha circunscripto, en una costumbre que, por profundizada que esté, no deja de ser curiosa.

En efecto: en la realidad societaria argentina la retribución la fija la asamblea ex post facto, esto es, concluida la labor del directorio en un período determinado y con vistas a los resultados del “ejercicio”.

Se ha olvidado pues el principio general en función del cual la retribución del directorio es un ámbito de decisión fundacional reservado —potestativamente, es cierto— al estatuto.

La comentada costumbre permite manipulaciones por parte de los socios y hace, a menudo, recrudecer las tensiones que puntualizamos al comienzo, como por caso, entre directores expectantes por ver bien pagada una labor exitosa (en ciertos casos) y socios que quieren desplazarlos o, en casos en que, siendo exigua la ganancia del ejercicio la retribución directamente no exista, generando al administrador un interés —que puede ser manipulado— de gestar utilidades ficticias.

No era ya satisfactorio el sistema y urgía —se dijo— abordar un cambio ⁽⁵⁵⁾.

Sería, en efecto, una visión alejada de la realidad la que no pondere que, como la ha apuntado Luchinsky, la retribución del órgano de administración tiene como función principal alinear los intereses de sus integrantes con la de los otros inversores en la empresa ⁽⁵⁶⁾.

El art. 75 de la ley 26.831 ha aportado cierta claridad en este tema estableciendo lo siguiente:

“Las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones podrán remunerar a sus directores con funciones ejecutivas o técnico-administrativas, así como a los gerentes, con opciones de compra de acciones de la propia sociedad, cumpliendo con los procedimientos y requisitos que a tales efectos establezca la Comisión Nacional de Valores. En estos casos, la asamblea deberá fijar el precio de las opciones y de las acciones a la que estas den derecho y el valor a computar a los fines de la remuneración a los efectos de los límites del art. 261 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones. Salvo disposición contraria del estatuto, la sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus directores para la cobertura de riesgos inherentes al ejercicio de sus funciones”.

⁽⁵⁵⁾ MATTA Y TREJO, Guillermo, en *Derechos Patrimoniales* en Estudios en homenaje al Prof. Efraín Hugo Richard, editorial Ad-Hoc, año 2001, p. 620.

⁽⁵⁶⁾ LUCHINSKY, Rodrigo, en ob. cit., p. 58.

A su vez, el dec. 1023/2013 del PEN, al reglamentar el transcripto art. 75, obliga a las sociedades emisoras, individualmente, a informar a la CNV las remuneraciones por todo concepto, de sus directores, administradores, gerentes, síndicos y consejeros de vigilancia. Esa imposición informativa se encuentra en línea con la obligatoriedad de incluir en la memoria anual del directorio (art. 66 de la LGS) “las modalidades de remuneración del directorio y la política de remuneración de los cuadros gerenciales de la sociedad y cualquier otro sistema remuneratorio de los directores y gerentes...” (art. 60, inc. C, ap. IV, de la ley 26.831).

Finalmente, del Código de Gobierno Societario sancionado en junio de este año 2019⁽⁵⁷⁾, ha determinado la necesaria conformación de un Comité de Remuneraciones (compuesto por tres directores independientes o, al menos, no ejecutivos) que sirva como elemento de retención de talentos de la compañía, pero que a la vez asegure suficientemente la competencia del órgano administrador, bien que preservando los valores éticos e integridad.

4. *Directores independientes y comité de auditoría*

Una definición apropiada de esta figura es la que considera director independiente a aquel que fue designado por mérito de sus condiciones personales y profesionales, en razón de lo cual puede desempeñarse sin condicionamiento alguno originado en sus relaciones con la sociedad, sus accionistas u otros directivos. En esa línea, pero con un cuidadoso detalle, la reglamentación vigente ha determinado cuándo un director pierde su calidad de independiente, así como ha regulado las condiciones para ser tal⁽⁵⁸⁾.

¿Ahora bien, qué respuesta debiera aportarse para que esta crucial figura del director independiente brinde el esperado aporte de neutralidad y seriedad en la conducción? Bien se ha dicho sobre el particular que la reforma de las estructuras de los órganos de administración fue una importante respuesta a los escándalos corporativos, lo cual llevó, por ejemplo a la legislación norteamericana a establecer imperativamente que las sociedades cotizantes adopten directorios con mayoría de directores independientes; mientras que en Gran Bretaña y en Australia esa directiva no aparece de modo imperioso, pero sí a través de principios de buen gobierno⁽⁵⁹⁾.

Entendemos que, aunque la presencia de administradores no condicionados *ab-initio* (directores independientes) no resulte dirimente, su voz y voto tendrán un valor notable, a veces disuasorio para las mayorías accionarias que suelen presionar a sus directores vinculados (o dominicales como los denomina la costumbre —e incluso, la reglamentación española—, dando así a en-

⁽⁵⁷⁾ Resol. Gral. CNV 797/19, Cap. 3, apartado D.

⁽⁵⁸⁾ Comisión Nacional de Valores, Resol. Gral. 730/2018.

⁽⁵⁹⁾ SALVOCHEA, Ramiro, en ob. cit., pp. 535/6.

tender que su actuación obedece a ciertos “dominios” de sus designantes que controlan la sociedad).

Puede, en este punto, imaginarse que esos directores independientes suscitarán la expectativa que en la práctica despierta la actitud —y voto, en su caso— de los miembros del Comité de Auditoría (actualmente, y de modo obligatorio, integrado por mayoría de directores independientes, a la luz del art. 109 de la ley 26.831). Así pues, el cargo generaría prestigio y constituiría una referencia para los socios menores y para los inversores, máxime si se les requiere (y así lo propondría) que cuando se enfrenten a los “dominicales” con su voto, tengan el deber de fundar o motivar adecuadamente el propio, de tal suerte que pueda considerarse la importancia de su oposición.

El código de gobierno societario (CGS) sancionado en junio de 2019 (Resolución General de la CNV n° 797), prevé que al menos dos de los miembros del directorio deberán ser independientes.

Por su parte, recordemos que dichos directores están llamados a conformar obligatoriamente el comité de auditoría del directorio (art. 109 de la ley 26.831)

El flamante CGS, aporta también directivas referidas al modo de designación o, si se prefiere (para ser más estrictos), el ámbito desde o donde se los elige los directores independientes. En el capítulo 3, ap. C del referido CGS se establece que la asamblea cuente con un “Comité de Nominaciones”, presidido por un director independiente. Su parecer resultará naturalmente orientativo para la emisión del voto de los accionistas; al igual que “la opinión no vinculante” que debe emitir el directorio respecto del perfil que debieran tener los eventuales candidatos a ocupar un cargo en el órgano administrador.

Añade el CGS pautas de sumo interés relativas a la política —o principios, como textualmente los denomina— que eviten “el pensamiento de grupo y la toma de decisiones por individuos o grupos dominantes dentro del directorio”. Al propio tiempo procura que la compañía cuente con procedimientos formales para la designación de los directores, en el marco de un “plan de sucesión”.

Valoramos encomiásticamente estas novedades. La propuesta puede, acaso, sonar ingenua; pero constituye un gran avance para los empresarios que buscan cumplir con seriedad la reglamentación, pensada para aportar mayor valor a sus empresas (sobre la base de que ese es su designio legítimo en el que coincide con administradores, inversores y la comunidad económica en general).

VI. EL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LA RESOLUCIÓN GENERAL CNV 797/2019

Como anticipamos, una decisión de la CNV, cambió el panorama del *corporate governance* en la Argentina.

El avance es encomiable y el tono de la regulación alumbrada es también muy plausible. En sus “considerandos” la CNV quiere otorgarle una dimensión

educativa que instruya a las empresas y sus responsables sobre el beneficio y la importancia de una buena gobernanza dentro de las emisoras que incluso puedan servir de guía para inversores con perfil global.

El conjunto de temas abordados es muy relevante y de variados alcances. Seguidamente daremos una breve síntesis de algunas de las nuevas pautas impuestas en la RG 797 de la CNV.

a) La emisora debe explicar siempre, aplique o no la recomendación del CGS.

La variación fue importante: se abandonó el viejo criterio de “cumpla o explique” (*comply or explain*) por otro que explícitamente establece que “aplique o no, explique”.

Parece un juego de palabras, pero, como dijimos, el cambio es de relevancia. El anterior modelo exigía un compromiso de cumplimiento; más si este no se satisfacía (por razones posiblemente valederas) debía darse fundamentos sólidos. El rumbo del CGS actual marca una mayor severidad: la sociedad debe siempre explicar. El más sencillo modo de explicar el nuevo paradigma puede resumirse en la necesidad de implementar la mejor práctica y explicar por qué es la más apropiada y, si no se la concreta, explicar también. En otros términos: la adopción de una práctica concreta o una buena explicación son consideradas, una y otra, cumplir. La exposición fundada y sustentable es pues el claro norte de la nueva regulación en materia de gobierno corporativo.

b) Reporte, en vez de respuesta a cuestionarios.

En los albores reglamentarios del gobierno corporativo de la Argentina se exigía la incorporación en la memoria anual de respuestas a un cuestionario predeterminado, ⁽⁶⁰⁾ mientras que el actual CGS impone un reporte: las compañías deben informar si aplican los principios y prácticas del CGS y explicar (siempre explicar, insisto, so riesgo de aburrir) de qué modo lo hacen. En su defecto (es decir, al optar deliberadamente por no cumplir tal o cual directiva), las compañías deben explicar: (i) cómo cumple el principio a través de otra práctica, o (ii) cómo estiman que habrán de incorporar en el futuro aquellas prácticas u otra que, en su caso, cumpla con el principio de que se trate (art. 1º, apart. 1 de la RG CNV 797).

c) El directorio en el centro del cumplimiento de las reglas del CGS.

Expresamente el CGS puntualiza que se hace foco en el rol fundamental que cumple el directorio dentro de las compañías y busca impulsar y potenciar el nivel de profesionalismo de sus integrantes.

Los deberes genéricos de los directores (a los que nos hemos referido *supra*) aparecen razonablemente agravados en la nueva reglamentación. EL CGS espera un órgano profesional y capacitado para asegurar el éxito de la compañía. Le impone determinar y promover los valores corporativos y garantizar los más altos estándares de ética e integridad en función del interés de la sociedad. Le añade la carga de una fuerte implicación con la actividad de las gerencias, sobre

⁽⁶⁰⁾ Comisión Nacional de Valores, Resol Gral. 493/2006.

las cuales debe ejercer permanente control de la gestión de la empresa. Difícil será tratar de eludir responsabilidades o descargarlas en los cuadros subalternos.

Debe el directorio asegurar un *ambiente de control* compuesto por controles internos desarrollados por las gerencias, la auditoría interna, la gestión de riesgos, el cumplimiento regulatorio y la auditoría externa.

d) El presidente del directorio ve agravada también su responsabilidad.

La reglamentación le impone, en efecto, la responsabilidad del buen funcionamiento del directorio. A ese fin contará con una “secretaría corporativa” que deberá tener conocimiento legal o financiero del negocio y la industria donde opera la compañía. Esa secretaría “sirve de punto focal para la comunicación del directorio con las gerencias y los accionistas; el CGS le asigna el carácter de persona de alto rango en la compañía”.

El CGS le encarga además la aprobación de un plan para la sucesión del gerente general. Pone a su vez en su cabeza liderar los procesos y las estructuras que garanticen el compromiso, objetividad y competencia de sus colegas en el órgano de administración.

e) El CGS regula con cuidadosa precaución el delicado tema de la actuación de los accionistas y de “partes relacionadas”.

Le impone a la sociedad promover la participación activa de los accionistas y a la vez tener en cuenta los criterios de sus “partes interesadas”, entendidas por tales, por ejemplo, a los consumidores, los empleados, la comunidad, el estado, proveedores, etc.

f) El nuevo sistema contiene importantes definiciones sobre las figuras que regula.

Perfila con claridad diversos conceptos como, por ejemplo, lo que es un conflicto de interés, un director ejecutivo, un director no ejecutivo, un inversor activista, etc. Un catálogo de gran valor educativo.

g) El apartado F del Capítulo 3 del CGS determina que el directorio debe concebir un Código de ética y conducta.

De tal suerte las nuevas reglas buscan promover una cultura de ética, integridad y cumplimiento de normas, destinada a prevenir o detectar faltas corporativas e incluso personales de los terceros, socios, empleados, etc.

Debe contra cada compañía, en ese sentido, con un Programa de ética e Integridad que prevea la capacitación, el seguimiento de los problemas detectados y, entre otros muchos aspectos del desarrollo de los negocios, debe prever una política destinada a tratar los conflictos de intereses, con especial foco en las transacciones con partes relacionadas.

VII. CONCLUSIÓN

El mercado de capitales, debidamente influido por las reglas del buen gobierno corporativo, constituye un instrumento eficaz que empieza a perfilarse como un buen incentivo a las inversiones a la luz de las novedades analizadas. De tal suerte,

se postulan directivas para que no se defraude la confianza de la conducción de la empresa en los órganos de administración societaria, ahora conducidos por reglas éticas y transparentes; y se disipa también los denominados “aires populistas” que dieron un marco a la sanción —hace más de seis años— a la ley 26.831.

Estoy convencido de que aplicar los cánones del gobierno corporativo a nuestra realidad es un modo eficiente de generar límites a los administradores (una suerte de camisa de fuerza) que los obligue a enderezar sus conductas y a maximizar su esfuerzo por lograr la obtención de los fines sociales (no los individuales de socios, administradores y/o altos ejecutivos), con el propósito de generar confianza en los inversores institucionales (a quien se los incentivará para obrar activamente) y en los individuales (ahorristas o las propias empresas, con sus excedentes financieros) y propender a conductas cuidadosas de los intereses de la sociedad donde se inserta la sociedad.

Es que no puede olvidarse que el punto clave de los estudios y reflexiones académicas destinados a la mejora del sistema de gobierno corporativo es el que concierne al control y supervisión de la actividad del órgano de administración de la sociedad, evitando y procurando prevenir el comportamiento torpe y desleal de quienes desempeñan esa función orgánica del ente. Este propósito será inaplazable cada vez que se compruebe la disociación entre propiedad accionarial y gestión de los negocios. La vía será la autorregulación (idea que parece presidir el nuevo CGS) y, la más de las veces, la reglamentación normativa (legal o administrativa) ya que el legislador no puede tener aquí una mirada desde la lejanía, sino que su protagonismo es imprescindible; bien que evitando los excesos como se ha señalado al tiempo de la sanción de la ley 26.831.

Se trata de una cuestión central: propender a una adecuada distribución del poder intrasocietario, controlando su ejercicio; acoger los códigos como el modernamente sancionado en la Argentina en 2019 (que complementa la ley, haciendo el sistema más eficiente y por ello más atractivo) para alinear los intereses de los accionistas con la labor de los administradores; generar sistemas de incentivos que persuadan que esos códigos éticos (como el mencionado CGS), aportan más valor, asumiendo una visión negocial del fenómeno societario que busca la eficiencia; permitiendo que, sin perjuicio del sistema sancionatorio legal/judicial, exista otro —más rápido y visible— en donde el que sanciona es el mercado cuando se desvaloriza una empresa por la infidelidad o impericia de los llamados a ejercer la administración. Pero como hemos referido insistentemente, los valores éticos y de responsabilidad social serán siempre centrales.

BIBLIOGRAFÍA

ABDALA, Martín: *Las reglas del buen gobierno corporativo en el derecho argentino*, en “Buen Gobierno Corporativo”, Vázquez Palma (ed.) y Vargas Almonacid (coord.), editorial Ibañez, Bogotá, Colombia.

- ALEGRIA, Héctor: “Corporate Governance” en Revista La Ley 2007-E, p. 1364.
- BACIGALUPO, Enrique: “Compliance y Derecho Penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y empresas”, editorial Hammurabi, 2012, p. 21.
- ELESPE, Douglas, Cfr. elDial.com. DC2346, 2017, setiembre 6.
- EMBED IRUJO, Miguel: “Hacia una mejor regulación legal de la sociedad cotizada”, Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada, editorial Comares, año 2006, pp. 13 y ss.
- EMPARANZA, Alberto: “La misión del reglamento de la junta de accionistas”, en el “corporate governance”, en *Sociedades Comerciales*, Directores Embid Irujo, José M. y Vítolo, Daniel, editorial Rubinzal - Culzoni, año 2004.
- FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M.: “El gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela...”, *Sociedades Comerciales*, dir. Embid Irujo y Vítolo, editorial Rubinzal - Culzoni, año 2004, p. 125.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: “Estrategias regulatorias y autonormativas en la modernización del gobierno de las sociedades cotizadas: una aproximación crítica”, “Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada”, editorial Comares, año 2006 pp. 13 y ss.
- FMI - Fondo Monetario Internacional, *Perspectivas Económicas Mundiales*, año 2024.
- GAGLIARDO; Mariano: “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, editorial Abeledo - Perrot, año 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: “Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras”. Estudios sobre OPA, Madrid, 1999, p. 25.
- _____: “Los órganos de gobiernos”, Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada, editorial Comares, Granada, año 2006 pp. 105 y ss.
- GARCIA MANDALONIZ, Marta: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada para impulsar el acceso al crédito, la captación de capital y la emisión de deuda”, en Gobierno corporativo de sociedades no cotizadas, editorial Marcial Pons, Madrid, año 2014.
- GARRIDO, José M.: *El Mercado de valores argentino*, Buenos Aires, La Ley, año 2019, p. 45.
- GEBHARDT, Marcelo: “Derecho Económico Empresarial”, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2011, p.43.
- HAIDEMPERGHER, Laura: DCCyE, cita *on line* AR/DOC/5804/2012
_____: *Op. cit.*
- HIERRO ANIBARRO, Santiago y ZABALETA DÍAZ, Marta: “Un lustro de gobierno corporativo en sociedades cerradas”, en Estudios de Derecho Comercial (homenaje al Prof. José A. Ferro Astray, director Olivera García, editorial La Ley, Montevideo, Uruguay, año 2020, T* I., p. 459.

- IGARTÚA ARREGUI, Fernando y JUSTE MENCÍA: Obra citada p. 134.
- JUSTE MENCÍA, Javier e IGARTÚA ARREGUI, Fernando en *Los administradores y sus “defensores”*.
- LANÚS OCAMPO, María Cecilia DCCyE, cita *on line* AR/DOC/2648/2011, agosto de 2011.
- LUCHINSKY, Rodrigo: “El sistema de gobierno societario”, editorial Lexis Nexis, pp. 32, 58, 217.
- MATTA Y TREJO, Guillermo: “Derechos Patrimoniales”, Estudios en homenaje al Prof. Efraín Hugo Richard, editorial Ad-Hoc, año 2001, p. 620.
- MIGUENS, Héctor José: “Aportaciones de la ética empresarial al Corporate Governance”, en “Buen gobierno corporativo”, Vázquez Palma (ed) y Vargas Almonacid (coord.); editorial Ibañez, Bogota, Colombia, año 2023, pp. 93 y ss.
- NICHOLSON, Ignacio: “Las reformas sobre gobierno corporativo a seis años de su sanción”, La Ley, cita *on line* 0003/013290.
- OLIVERA GARCIA, Ricardo: “El gobierno corporativo en la nueva ley uruguaya de mercado de valores”, publicado en Derecho Económico y Empresarial, Estudios en homenaje a Dr. Héctor Alegria, coordinadores Montalbán-Gebhardt, editorial La Ley, Buenos Aires, T* II, pp. 1788/91.
- _____: “El gobierno corporativo en la nueva ley uruguaya de mercado de valores”, Derecho Económico y Empresarial, Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria, editorial La Ley, año 2011, T* II, pp. 1751 y ss.
- _____: *Op. cit.* p. 1791.
- OECD - Organisation for economic co-operation and development; *Principles of Corporate Governance*, 2015, Edition.
- PAOLANTONIO, Martín: “Reforma del Mercado de Capitales”, Revista La Ley 2012-F, p. 1196.
- _____: “Derecho Penal y Mercado Financiero: Ley N.º 26.733”, editorial Abeledo - Perrot, año 2012, p. 21.
- PAZ ARES, Cándido: “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, Revista de Derecho Mercantil, N° 251, enero - marzo 2004, p. 52.
- _____: Obra citada, pp. 52/53.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS: Mercado de capitales - Argentina, disponible en <pwc.com.ar/20/assets/document/mercado-capitales-pwc-argentina.pdf>
- SALVOCHEA, Ramiro: “Mercados y buen gobierno corporativo (la revolución del corporate governance)”, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2016, p. 607.
- _____: *Op. cit.*, p. 605.
- _____: *Op. cit.*, p. 535/6.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: *Información y transparencia de las sociedades cotizadas*, Régimen Jurídico español de la sociedad cotizada, editorial Comares, 2006, pp. 50/51.

SÁNCHEZ CALERO—CALERO GUILARTE, en “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. I, edición 29°, editorial Thomson - Aranzandi, año 2006, p. 476.

SCHNEIDER, Lorena: “La importancia de un buen gobierno corporativo”, Microjuris 6/8/2013, MJ-DOC_6382-AR

_____: “Gobierno corporativo sin mercado de capitales”, Revista La Ley 2015-A, p. 579.

_____: Obra citada

VÍTOLO, Daniel R.: “Sociedades Comerciales, los administradores y los socios, gobierno corporativo”, editorial Rubinzal - Culzoni, año 2004, p. 49.

_____: Ob. Citada, OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), mayo de 1999, p. 26.

WORLD BANK: *Report on the Observance of Standards and Codes (ROSC), Corporate Governance Country Assessment - Argentina*, 2021.

AQUELLOS POLVOS TRAEN ESTOS LODOS

CONSIDERACIONES SOBRE LA COEXISTENCIA SIMULTÁNEA DE DOS DERECHOS DE LAS SOCIEDADES, CON ALGUNAS REFERENCIAS PARA ENTENDER LA DOCTRINA LIBERTARIA EN MATERIA DE DERECHO CORPORATIVO

POR RICARDO AUGUSTO NISSEN *

Resumen

Esta investigación apunta a demostrar que el abandono de principios y valores con los que se legisló otrora en el país, enderezados a que las sociedades constituyan genuinos vehículos de generación de empleo y riqueza al servicio de la comunidad y del interés público, derivó hacia esquemas, lamentablemente incluidos en las leyes vigentes y receptados también en la jurisprudencia, situación que ha tornado a las sociedades en instrumentos al servicio de individuos o corporaciones, despojados de control y aptos para perjudicar a terceros, desvirtuando su enorme potencial.

Palabras clave

Interés público - Tutela - Esquemas libertarios - Derechos de terceros.

THOSE DUSTS BRING THESE MUD

Abstract

This research aims to demonstrate that the abandonment of principles and values once enacted in the country, aimed at ensuring that corporations constitute genuine vehicles for generating employment and wealth at the service of the community and the public interest, has led to schemes, unfortunately included in current laws and also accepted in jurisprudence, a situation that has turned corporations into instruments at the service of individuals or corporations, stripped of control and capable of harming third parties, distorting their enormous potential.

Keywords

Public interest — Guardianship — Libertarian schemes — Third party rights.

* Abogado; profesor titular de Derecho Comercial, UBA; ex inspector general de Justicia (2003/2205; 2020/2023).

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, en reemplazo de nuestros entrañables Código Civil y Código de Comercio, tuve una contradictoria sensación, pues por un lado me enorgullecía el haber participado en esta importantísima reforma de la legislación de nuestro derecho privado, integrando una subcomisión dedicada a modificar y ampliar la normativa prevista en el derogado Código Civil respecto de las personas jurídicas, pero por el otro me preocupó profundamente el cambio de mentalidad que, en materia de sociedades, adoptó la subcomisión designada para adecuar la ley 19.550 al nuevo ordenamiento unificado, comisión que estuvo integrada por los profesores Efraín Hugo Richard y Horacio Roitman —ambos de la Ciudad de Córdoba— y Rafael Manovil, abogado referente de los grandes estudios jurídicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los cuales hace ya muchos años, han abandonado la noción de que el contrato de sociedad es un acuerdo para emprender negocios entre un grupo de personas y distribuirse entre ellos las ganancias obtenidas, como surge claramente de la definición del artículo 1º de la ley 19.550, *sino que, para quienes así sostienen, solo constituye un instrumento o una herramienta adecuada para la planificación económica de la vida de las personas humanas*, cualquiera fuere el ámbito en que se desarrolla ⁽¹⁾, lo cual constituye, a mi juicio, un criterio totalmente alejado de nuestra Ley General de Sociedades.

Todos quienes nos dedicamos profesional o académicamente al derecho societario éramos concientes, allá por el año 2015, que el derecho corporativo nacional, casi desde la sanción del primer Código de Comercio Nacional, en el año 1862, debía ser necesariamente reformado y actualizado, pues, como es sabido por todos, los permanentes cambios que exhibe el tráfico mercantil, en todas sus ramas, torna vetusta o inaplicable, en muy breve período de tiempo, cualquier figura o institución que se encontraba aparentemente consolidada. Precisamente, la aspiración de modificar y actualizar la figura del contrato de sociedad estaba plenamente justificada, pues con excepción de alguna que otra reforma aislada y parcial —como la ley 24.547, de nominatividad obligatoria de las acciones, que data del año 1996—, no había existido una modificación integral de la ley 19.550, siendo la última de ellas efectuada en el año 1983 (ley 22.903), que si bien incluyó numerosos aciertos, como la incorporación del artículo 54 tercer párrafo, incorporando a nuestro ordenamiento legal el principio general de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades, la misma exhibió —por el contrario— algunas no menos notorias incongruencias, como lo fue incluir en la ley de sociedades un Capítulo III,

⁽¹⁾ CNCom., Sala C, junio 22 de 2022 en los autos “Inspección General de Justicia contra Veritran Holding LTD sobre Organismos externos”; ídem, RICHARD Efraín Hugo y FUSHIMI, Jorge F., “Las sociedades vehículo como relaciones de organización”, publicado en La Ley, ejemplar del 29 de mayo de 2024,

referido a los contratos de colaboración empresarial, que la propia ley 19.550, en esta nueva versión, se preocupó muy bien de aclarar que los mismos “no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho” (art. 367). Si ello era así, no se entienden las razones de legislar a dichos contratos no societarios en una ley dedicada exclusivamente al funcionamiento de las por entonces sociedades comerciales, incongruencia esta a la cual puso fin, y con todo acierto la unificación del derecho civil y comercial del año 2015.

2. EL PANORAMA DOCTRINARIO E IDEOLÓGICO SOBRE EL SENTIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES

Si bien la necesidad de reformas a la ley 19.550 era reclamada por todo el universo profesional y académico dedicado al derecho corporativo, no existía consenso sobre la necesidad y el contenido de esas reformas, pues sobre el particular existen, al menos hoy en día —y desde hace muchos años— dos corrientes fundamentales:

La primera de esas corrientes se basa en la necesidad de que cualquier ley que trate sobre la constitución y funcionamiento de las personas jurídicas —sociedades, asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, cooperativas etc.— debe tener en cuenta, fundamentalmente, el interés público que debe inspirar todo propósito de incorporar nuevos sujetos de derecho —de naturaleza artificial— al tráfico mercantil nacional. Para quienes así piensan, resulta necesario afianzar el principio de la especialidad que caracteriza a las personas jurídicas, la existencia de una relación necesaria entre el objeto social y el capital de la sociedad, la necesidad de preservar el patrimonio de la entidad respecto de la actuación de su órgano de administración, así como el respeto del ejercicio de los derechos de los socios o accionistas y fundamentalmente, custodiando los derechos de los terceros, ya fuesen estos terceros acreedores de la sociedad y acreedores particulares de los socios. Todo ello debe estar imprescindiblemente garantizado por un fuerte control estatal en la constitución, en el funcionamiento interno y externo de la persona jurídica y en la severa y firme fiscalización en la disolución y en la liquidación del sujeto de derecho de segundo grado. Este es, precisamente, el modelo estructurado en las legislaciones decimonónicas en el mundo y, respecto de nuestro país, el criterio adoptado por el Código de Comercio de 1862, mantenido por la reforma de 1889, y al cual adhirió la ley casi cuarenta y cinco años después la ley 11.645 del año 1932, que, como es de conocimiento de todos, incorporó a nuestra legislación societaria a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta acertada manera de ver las cosas constituye la columna vertebral de la ley 19.550 del año 1972, que basó su redacción en tres pilares fundamentales: *la fiscalización estatal permanente respecto de las sociedades anónimas, la minuciosa reglamentación de los derechos y de los socios y los terceros, y la importancia fundamental, que, a todos esos efectos, los integrantes de la comisión reformadora, otorgaron a la preparación de los estados contables.*

La segunda corriente de pensamiento, por el contrario, se basa en las ventajas que, fuera del contrato social y en forma totalmente extrasocietaria, trae aparejada la existencia y actuación de una sociedad en el mercado, *que no solo puede ser utilizada para hacer los negocios lícitos de la forma prevista por el artículo 1º de la ley 19.550*, sino absolutamente para cualquier cosa. Esta óptica es casi contemporánea a la incorporación de la sociedad anónima en la legislación comparada, y por ello no sorprende que, ya en el siglo diecinueve, se hayan presentado casos de simulación y fraude cometidas en y a través de la existencia y actuación de sociedades, como bien lo explica Mosset Iturraspe, en su magnífico libro dedicado a la simulación de los actos jurídicos ⁽²⁾. Para comprender esta manera de ver las cosas, debe necesariamente partirse de la base que la existencia de sujetos artificiales de derecho, con personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes constituye, a la par que los efectos de un contrato tipificado y lícito, un excelente instrumento de simulación, apta para cualquier tipo de negocios o actuaciones pergeñadas en perjuicio de terceros.

Si bien a nadie, en su sano juicio, se le hubiere ocurrido sostener en eventos académicos durante los siglos diecinueve y veinte, la tesis de que el esquema previsto legalmente para el funcionamiento de las sociedades pudiese ser utilizada para cualquier actuación del ser humano, porque nada bueno cabe esperar de quienes defienden determinados puntos de vista que solo favorecen a su interés personal, y que nada bien le hacen a la salud moral de la Nación, recuerdo que, hasta hace pocos años, cuando se trataba el tema de las sociedades off shore en los numerosos congresos y jornadas de derecho societario llevados a cabo en nuestro país, solo se las defendía en conversaciones privadas y frente a interlocutores seleccionados, pero sus defensores jamás lo hacían en público, porque existía un consenso general de que esa operatoria simulatoria afectaba gravemente el interés público y los intereses de terceros. Solo se mencionaba —bien que muy aisladamente— y aprovechando el gravísimo error de Vélez Sarsfield incurrido al redactar el artículo 957 del hoy derogado Código Civil, que la constitución de sociedades simuladas no constituían delito cuando su causa era lícita, lo cual chocaba frontalmente con la imposibilidad casi absoluta de brindar un ejemplo creíble del concepto de la simulación lícita, expresión que, como sucede con “las sociedades de un solo socio”, constituye una expresión encierra una contradicción en sus propios términos.

La simulación “de” o “en” sociedades no es un fenómeno nuevo en el derecho nacional ni comparado. El primer ejemplo que nos brinda la literatura jurídica se produjo en el caso “The Moulin Rouge Attractions Limited”, que trataba de una sociedad que se había constituido en Londres, pero que, para eludir determinadas exigencias previstas por la ley gala de sociedades de 1867, por desarrollar todo su objeto en Francia, fue catalogada como francesa por los

⁽²⁾ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios”, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1974, tomo II, pp. 114 y siguientes.

tribunales de Francia, con el argumento de que el directorio y el capital social había sido obtenido en este país y que solo se recurrió al *solicitors* inglés para dar a la sociedad la forma externa de una sociedad británica⁽³⁾, cuya legislación societaria era más conveniente para sus fundadores parisinos.

Como nos ilustra Carlos Malagarriga, este fallo trascendió los límites de Francia y obligó a la inclusión de este supuesto fraude interjurisdiccional en los respectivos ordenamientos legales. Así, en Italia, el Código de Comercio Italiano de 1882 pasó a contemplar, con respecto a las sociedades constituidas fuera del país, y que tienen en Italia un centro permanente de negocios, tres hipótesis diferentes: a) Sociedades extranjeras que tienen en Italia una sede secundaria o una representación; b) Sociedades extranjeras que establecen en Italia su sede principal y c) Sociedades que se dicen extranjeras, pero que tienen en Italia el objeto único o principal de su tráfico. A las primeras el Código se contentó con imponerles la publicación de sus estatutos, sus balances y el nombre de sus representantes. A las segundas, no se les negó su nacionalidad de origen, pero las sujetó a todas las normas de orden público establecidas en la legislación local y respecto de las terceras, “les sacó la máscara”, conforme la expresión de Cesare Vivante —quien calificó a esa división como “el más completo y perfecto” de los códigos adoptados en Europa sobre el punto— y las consideró como sociedades italianas sometidas totalmente al régimen de las sociedades nacionales, como si hubieran sido constituidas en Italia⁽⁴⁾.

Como no podía ser de otro modo, la doctrina del caso del “Moulin Rouge Attraction Limited” llegó a nuestras costas estando en preparación la reforma integral del Código de Comercio de 1862, que fuera finalmente sancionada en el año 1889, incluyéndose en este nuevo ordenamiento, y a los fines de preveer esas simulaciones, una norma especial contenida en el artículo 286, que establecía que “[l]as sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su principal comercio en la República, serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales, sujetas a las disposiciones de este Código”. Este texto fue modificado pocos años después por la ley 3.528 del 30 de Septiembre de 1897, el que pasó a estar redactado de la siguiente manera: “Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República, con la mayor parte de sus capitales levantados en esta o que tengan en la misma su directorio central y la asamblea de socios, serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones de este Código”, resultando, a mi juicio, muy superior la redacción original de dicha norma, en especial en cuanto somete a la referida sociedad externa a la legislación local, “para todos sus efectos”, fórmula que

⁽³⁾ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, “Código de Comercio y Leyes Complementarias”, Buenos Aires, Ed. Depalma, tomo I, 1964, página 305. Ver asimismo Aztiria, Enrique, “La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia Interamericana” página 141.

⁽⁴⁾ MALAGARRIGA, Carlos, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, tomo I, Buenos Aires, TEA Editora, 1951 página 633.

es incluso muy superior a la prevista por el actual artículo 124 de la ley 19.550, que prevé idéntica situación ⁽⁵⁾.

Otro clarísimo supuesto de simulación societaria, que se presenta con habitualidad en la República Argentina, lo constituye la constitución de sociedades para albergar en su patrimonio bienes registrales de su “dueño” o “controlante absoluto”; entidades que se conocen como “sociedades destinadas a preservar el patrimonio familiar”, tal como fueron denominadas por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fallo del 11 de Mayo de 2023, dictado en el caso “Lavorano María Alejandra contra Gonzalo First SA sobre ordinario”, o “sociedades baúl”, como también se las conoce en el ambiente contable. Obviamente, dichas sociedades no desarrollan actividad alguna, y su única finalidad es evitar la ejecución de los “bienes sociales” por deudas contraídas por su verdadero y real titular, que, por lo general, es la persona que utiliza los mismos en su vida personal. A diferencia del tratamiento que a las mismas le otorgó la Cámara Comercial en el referido fallo, que las contempló como algo natural en el mundo de los negocios, existe jurisprudencia que —con todo acierto— las ha incluido en el texto del último párrafo del artículo 54 de la ley 19.550 ⁽⁶⁾, pues tal manera de proceder implica sin dudas “un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros”, que en el caso, constituye una flagrante violación a lo dispuesto por los artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial de la Nación, en perjuicio de los acreedores particulares del socio simulante.

Ahora bien, el fallo de los tribunales franceses en el caso del “Moulin Rouge Attractions Limited” del siglo diecinueve ni la inclusión del fraude interjurisdiccional en los códigos decimonónicos pusieron fin a este tipo de maniobras, así como tampoco la ley 19.550 puso fin —con la derogación del artículo 373 del Código de Comercio— a la arraigada costumbre de muchos ar-

⁽⁵⁾ El actual y vigente artículo 124 de la ley 19.550, bajo el título “Sociedad con domicilio o principal objeto en la República”, establece textualmente que “[l]a sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto está destinado a cumplirse en la misma, será considerada sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento”.

⁽⁶⁾ CNCNCom., Sala D, Mayo 21 de 1999 en autos “Sanatorio Humboldt SA sobre quiebra contra Daripor SA sobre ordinario”; ídem, Sala B, Diciembre 6 de 2002 en autos “Ipomea SRL sobre quiebra, Incidente d extensión de quiebra”; ídem, Sala C, Mayo 21 de 1979 en autos “Macoa SA y otras”; ídem, Sala C, Mayo 10 de 1995 en autos “Vasco Ferrari contra Arlinton SA sobre sumario”; ídem, Sala C, Agosto 23 de 2006, en autos “Laffont Jorge Rodolfo y otro contra Yosemite SA y otro sobre sumario”; ídem, Sala E, Diciembre 15 de 2000, en autos “Mondine María Elena contra López Vicente Oscar contra sumario”; ídem, Cám. Primera en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Marzo 11 de 1999 en autos “Caacupe SA, tercería de dominio en autos Sar Sar Chia Salvador y otros contra Ángel Falanga sobre ejecución de honorarios”; ídem, Resolución IGJ n° 260/2006, Marzo 16 de 2006 en el expediente “Western Lauzen SA”; ídem, Resolución IGJ N° 299/2006 en el expediente “Raimond Corporation SA sobre denuncia”; ídem, Resolución IGJ N° 51/2006, Enero 9 de 2006 en el expediente “Biasider SA sobre denuncia”; ídem, Resolución IGJ N° 1848/2003 en el expediente “Fundación de Investigaciones Científicas y Asistenciales” etc.

gentinos de fortuna de inscribir sus bienes registrables a nombre de una sociedad en comandita por acciones durante la vigencia del referido Código de 1889 (vigente en materia de sociedades hasta el año 1972), sin vocación empresaria alguna ⁽⁷⁾, pues cuando las maniobras fraudulentas son combatidas por el Estado, estas no desaparecen sino que se transforman en otra cosa a los fines de sortear las trabas legales impuestas a su funcionamiento. En los casos que nos ocupa, el *solicitor* inglés de la aludida sociedad inglesa fue reemplazada eficazmente por el registrador de lugares como Delaware o Florida, en los EEUU, Panamá, Islas Vírgenes Británicas, Países Bajos, Liechtenstein o Luxemburgo, entre otros cientos de “paraísos” o “guaridas” fiscales que existen en el mundo, y nuestra viejas sociedades en comandita por acciones mutaron por las nunca bien ponderadas “sociedades *off shore*”, a las que, en el año 2017 se le sumó las “sociedades por acciones simplificadas” (SAS), otro grosero instrumento de fraude que el gobierno liberal de los años 2015 a 2019 nos vendió a los argentinos como los instrumentos societarios preferidos por los emprendedores.

3. UNA PENOSA DERIVA DE LA REDACCIÓN ORIGINARIA DE LA LEY DE SOCIEDADES

Así como hemos sostenido que, en términos generales, los redactores de la ley 19.550 se preocuparon muy bien en poner freno a las maniobras de utilización de las sociedades para concretar cualquier tipo de perjuicios a socios o terceros, disponiendo una intensa labor de fiscalización de las sociedades anónimas nacionales, y un detallado reglamento respecto del ejercicio de los derechos sociales por los integrantes de la sociedad, la ley 19.550 contiene también, en su extenso articulado algunas figuras que, pensadas por el legislador para ser utilizadas con fines lícitos y buena fe, ellas fueron totalmente desnaturalizadas en la práctica por aquellos individuos a los que he calificado en otros trabajos como “los restacueros de siempre”. Así, a mero título de ejemplo, el artículo 3º de la ley 19.550 —creado para albergar algunas modalidades de contratos asociativos que excedían los alcances de una típica sociedad comercial—, consagró la híbrida figura de las “asociaciones bajo forma de so-

⁽⁷⁾ Recordemos que el artículo 373 del CCom, disponía que “[e]n la sociedad en comandita, no es necesario que se inscriba en el registro de comercio el nombre del socio comanditario; pero se requiere esencialmente que se declare en el registro la suma cierta del total de los capitales puestos en comandita”, lo cual llevó a interpretar, durante la primera mitad del siglo veinte y hasta el año 1972, que el nombre de los accionistas (comanditarios) se omita en la escritura constitutiva. Esta equivocada interpretación, alentada por el notariado en general, llevó al extremo de que los terceros no tenían posibilidad alguna de conocer la identidad de los titulares de acciones de dicha compañía, que, por lo general, representaban el 90 por ciento o más del capital social de la misma. Solo tenían conocimiento de los datos de identificación de un personaje, llamado gestor, elegido por los accionistas, cuyos datos este gestor se reservaba para sí al momento de ejercer sus derechos sociales. Con otras palabras, los socios comanditarios no solo respondían ante terceros por su aporte, sino que, además, podían permanecer ocultos en el tráfico mercantil. Un verdadero disparate que la ley 19.550 aniquiló a ese tipo social.

ciudad”, que fueron utilizadas en la práctica para darles un ropaje jurídico a los clubes de campo —por entonces conocidos como “country clubes” en las décadas del cincuenta y sesenta del siglo pasado— y dentro de los cuales se han visualizado las peores prácticas societarias y engendrado cientos de pleitos, en los cuales las personas que pretendieron adquirir un lote de terreno, dentro de lo que hoy es conocido como “conjuntos inmobiliarios”, para vivir cerca de la ciudad donde trabajan, pero aprovechando los fines de semana practicando deportes o estando más en contacto con la naturaleza, constituyen un sector de la población que se ha convertido en víctimas de todo tipo de atropellos por parte de los administradores del emprendimiento, que fueron, por lo general, los antiguos dueños del terreno donde se instaló posteriormente el club de campo, valiéndose para ello de la titularidad de acciones de cinco votos, con las cuales se garantizan el control de la “asociación bajo forma de sociedad”, hasta tanto los propietarios de lotes y titulares de una sola acción con derecho a un solo voto, puedan reunir las mayorías necesarias para predominar en las asambleas y designar administradores a sus propios candidatos, lo cual, al menos hasta el presente, casi nunca acontece. Puede afirmarse entonces que los conflictos societarios que se producen en el seno de los clubes de campo constituyen un semillero de pleitos que los jueces, tanto nacionales como provinciales, no pudieron ponerle nunca ponerle fin.

La existencia, en pleno siglo veintiuno, de las acciones con derecho a más de un voto, constituye una figura que en la legislación societaria comparada casi ha desaparecido y que la ley 19.550 consagra en su artículo 216, aunque solo para las sociedades anónimas que no cotizan en bolsa. Se presta por lo general para todo tipo de situaciones de abuso, y su cuya concreción solo depende —salvo la excepción de las sociedades cotizantes— de la exclusiva voluntad de los fundadores o de quienes han decidido incorporarlas al estatuto. Asimismo, la emisión de acciones con prima, que constituye otra figura incorporada a la ley 19.550 en el año 1972, carece también de fundamento lógico, que en la práctica se utiliza para evitar el control permanente del Estado en el funcionamiento de la sociedad anónima, pues en los hechos, el monto de la prima de las nuevas acciones emitidas como consecuencia del aumento del capital social no ingresa al patrimonio de los antiguos accionistas que no han suscrito dicho incremento, sino a la propia sociedad, integrando una reserva especial, susceptible de posterior distribución entre todos los accionistas.

Resulta indudable que, estas dos últimas figuras —acciones de voto plural y emisión de acciones con prima—, más allá de las intenciones del legislador de 1972, constituyen, hoy por hoy “actuaciones societarias” cuya utilización ha sido totalmente desvirtuada en la realidad y que su eliminación de la ley 19.550 se justifica sobradamente, llamando la atención que ambas han permanecido incólumes con las reformas efectuadas a esta normativa por las leyes 22.903 y 26.994, pero, por los antecedentes de la ley 19.550, mal

puede afirmarse que la incorporación de la prima de emisión o las acciones privilegiadas en el voto hayan sido, por aquel entonces, un logro quienes, en la actualidad, 52 años después de la sanción de dicha ley, yo identifico como libertarios societarios, pues por aquel entonces, quienes sostenían la posibilidad de utilizar el esquema societario para cualquier negocio, solo les preocupaba que la nueva legislación en ciernes, elaborada pacientemente por una comisión de notables juristas durante los últimos años de la década del sesenta del siglo pasado, incorpore su anhelada “sociedad de un solo socio”⁽⁸⁾ y el no menos promocionado “contrato de sindicación de acciones”⁽⁹⁾, manteniendo asimismo vigente las normas que el Código de Comercio de 1889 consagrara en materia de sociedades en comandita por acciones, nada de lo cual pudieron obtener en el año 1972, año en que se sancionó la ley 19.550, que cobró vigencia un año después.

La necesidad de proteger a los terceros del deficiente o irregular funcionamiento de las compañías mercantiles, en especial las sociedades anónimas, que inspiró en la ley 19.550 el agravamiento de los controles estatales durante toda la existencia de la sociedad fue mantenida por la ley 22.903 del año 1982, sobre la cual ya nos hemos referido, con lo cual se puso fin a ciertas maniobras tendientes a desvirtuar ciertos derechos inderogables de los mismos, como por ejemplo, el derecho de impugnar las decisiones sociales y el ejercicio del voto acumulativo (arts. 251 y 263 LGS), manteniendo el verdadero control que puede ejercerse sobre los órganos sociales, que es el estatal, a través de un Organismo Especializado —como la Inspección General de Justicia o la Comisión Nacional de Valores— y suprimiendo, con todo acierto, la fiscalización obligatoria en las sociedades anónimas cerradas, en donde la actuación del síndico formaba parte del problema y no de la solución en torno a la protección de *todos* los accionistas. Lamentablemente, esta filosofía protectora de los accionistas, del interés público y nacional, así como del sector más vulnerable del negocio societario culminó con esta reforma a la ley 19.550 en el año 1982, *pues a partir de los años ochenta del siglo pasado comenzó a insistirse con la tesis contraria, otorgándose prioridad a los intereses del empresario o del cliente sobre los intereses de los terceros a la sociedad*. Como habrá advertido el lector, siempre destaco las épocas en los que cada hecho que describo ha tenido su gestación, pues no es mera casualidad que el cambio de mentalidad en el fuero judicial y en los grandes estudios jurídicos y contables se haya producido durante el fenómeno conocido como el “menemismo”, pues la irrupción del liberalismo económico al gobierno de Carlos Saúl Menem, en el año 1989 sedujo rápidamente a los magistrados integrantes del fuero comercial de la

⁽⁸⁾ YADAROLA, Mauricio, “El negocio jurídico indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista”, publicado en la Revista Jurídica de Córdoba, julio-septiembre de 1947, p. 373; idem, Satanovsky, Marcos, “Tratado de Derecho Comercial”. Ed. Tea, t. III, p. 328.

⁽⁹⁾ BOMCHIL, Miguel, “Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas”, pp. 15 y 34.

Ciudad de Buenos Aires, caracterizado en su mayor parte por su cerril antipe-ronismo y su apego a la doctrina económica del Ingeniero Álvaro Alsogaray, cuyas ideas solo eran compartidas por la clase adinerada y por los grandes empresarios de nuestro país.

No fue casualidad entonces que a partir de la década del 90, comenzaron los cambios en la jurisprudencia mercantil, lo cual fue anticipado por la doctrina del fallo “Pereda contra Pampagro SA sobre sumario”, dictado por la Sala D de la Cámara Comercial el 22 de Agosto de 1989, conforme al cual la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento del capital social constituye una cuestión no justiciable, reservada a la esfera de la política empresarial, como principio y a salvo de los casos de arbitrariedad extrema o de irrazonabilidad dañosa del cual resulten perjuicios para terceros, debe quedar reservado exclusivamente a los órganos societarios naturales que tienen competencia en la materia. Tal manera de pensar, que se convirtió en un clásico dogma durante los primeros años de la última década del siglo veinte, fue utilizado exclusivamente por los tribunales comerciales capitalinos, pero mereció un rápido certificado de defunción que se firmó fundamentalmente en el 5º Congreso Nacional de Derecho Societario, celebrado en la Ciudad de Huerta Grande durante el año 1992, donde los pocos jueces asistentes ni siquiera se animaron a defender semejante tesis, que carecía de doctrina nacional o extranjera que la sostenga. Según mi manera de ver las cosas, mediante la creación de dogmas, clisés o muletillas, como la que hemos transcrito, la Cámara Comercial intentó sortear la prohibición que por aquel entonces el Código de Comercio por entonces vigente, prescribía en el artículo III de su Título Preliminar, que “[s]e prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial en que conocen”. Debe repararse que jamás esos dogmas tuvieron por finalidad proteger a la clase más vulnerable del negocio societario sino solo a los grupos de control y a los administradores sociales y de paso, mediante ese artilugio judicial, desalentar la promoción de demandas sociales previstas en la ley 19.550, pues así como el fallo “Pereda contra Pampagro SA” quiso poner fin a las demandas promovidas por socios o accionistas cuya participación societaria había sido licuada por una maniobra del grupo controlante consistente en el aumento del capital social, años más tarde y por medio de otro dogma de idéntica finalidad, se resolvió que “la suspensión provisoria de las decisiones asambleas prevista en el artículo 252 de la ley 19.550 era inaplicable para los acuerdos que habían aprobado los estados contables de la sociedad”, y con ello, también ponían fin a la labor de los jueces de resolver una medida cautelar con fundamentos de naturaleza contable, que es, por lo general un tema inexplorado por los magistrados mercantiles, y al cual les resulta muy complicado dirimir, cuando no cuentan en autos con una pericia contable.

4. LOS LIBERTARIOS DEL DERECHO DE SOCIEDADES

Hecha esta introducción, es necesario ilustrar, para quien no lo sabe con exactitud, que el pensamiento libertario en materia de sociedades comerciales se nutre no solo de empresarios inescrupulosos, sino y fundamentalmente de profesionales de la abogacía, notariado, o de las ciencias económicas, que anteponen su lucro personal al interés común de los argentinos y que siempre están buscando los resquicios o lagunas legales para enriquecer ilícitamente su patrimonio personal. Generalmente, los podemos encontrar en los estudios profesionales de carácter internacional, que salvo en aisladísimos casos, no toman como clientes al sector más vulnerable de la población, sino a quienes tienen plata para gastar y fuertes honorarios para pagar. Como Inspector General de Justicia —cargo que ejercido en dos ocasiones— los conozco demasiado bien. Son —esta gente— los inventores de las “cadenas ininterrumpidas” de beneficiarios o destinatarios finales de los resultados económicos del ente; de la desvirtuación del instituto de las “sociedades vehículo”; de la permanente utilización de testaferros de papel, etc. etc. Son también los inventores de las denominadas “Delaware argentinas”, siempre dispuestos a calificarse como “emprendedores” para gozar de los inadmisibles beneficios de la ley 27.349 de sociedades por acciones simplificadas (SAS), sancionada en el año 2017 por instancias del por entonces presidente de los argentinos, el Ingeniero Mauricio Macri, a los fines de disimular su intensa actividad dentro de la operatoria off shore y la amplia repercusión que provocó en nuestro país la investigación de los *Panamá Papers* en el año 2016, que tanto afectó su investidura presidencial y el supuesto prestigio de la mayor parte de sus colaboradores más allegados.

Los cultores de lo que yo llamo “los libertarios del derecho societario” seducen a muchos de sus seguidores con la permanente prédica de una supuesta e imprescindible libertad para hacer negocios en la Argentina y en el mundo, y por ello odian la fiscalización estatal de las personas jurídicas en general y de las sociedades anónimas en particular. Sus entusiastas seguidores —también y por lo general— han estudiado en prestigiosas y confesionales universidades privadas y ocupan cargos en todos los gobiernos de corte liberal, como lo prueba la existencia de los mismos apellidos durante la dictadura cívico militar de los años 1976-1983, del “menemato” (1989-1999); de De la Rúa (1999-2001), Mauricio Macri (2015-2019) y de este gobierno que estamos viviendo desde el año 2023, donde todo se traduce en la distribución de la riqueza entre el mismo sector de gente y el paralelo empobrecimiento de las clases más vulnerables en lo que se refiere al ejercicio de sus derechos y de su nivel económico. Esta cultura, “del primero yo”, ha adquirido también mucha raigambre en el Poder Judicial de la Nación, cuya colonización constituye fenómeno que comenzó a advertirse con nitidez durante la última dictadura cívico militar y se consolidó definitivamente en los gobiernos liberales (recordemos la deplorable actuación y triste fama de la denominada “Corte de los Milagros” del gobierno de Carlos

Menem, la posterior y eficaz labor del exilado *Pepín Rodríguez Simón* respecto de la composición del poder judicial durante el gobierno de Macri y la total ineficacia del Consejo de la Magistratura en esta misma época), todo lo cual facilitó la propagación de una serie de doctrinas, siempre basadas en el supuesto ejercicio de una imaginaria libertad contractual, que llevó al endiosamiento de las sociedades provenientes de guaridas fiscales, en especial del Estado de Delaware (EE.UU.), para muchos el paraíso terrenal de las sociedades, donde todo se compra y se falsea, *siempre en homenaje a la necesidad evitar la potencialidad de los riesgos asumidos por los empresarios, que son, precisamente los grandes protegidos por esta corriente de opinión que va a total contrapelo de la filosofía que inspiró la ley 19.550.*

Oportuno es también sostener que esta línea de pensamiento no se agota en el derecho societario, sino que sus cultores son acérrimos enemigos de las acciones de extensión de la quiebra, la declaración de ineficacia de actos dolosos realizados por el quebrado y de las acciones de responsabilidad contra los directores de las sociedades fallida, corriente que se extendió al Poder Judicial, que adoptó al respecto una conducta totalmente negativa. También están en la vereda de enfrente respecto de otros temas muy vinculados al comercio, predicando sin ambages la total constitucionalidad del procedimiento de secuestro prendario y se han exhibido, como no podía ser de otra manera, en favor de los principios de abstracción literalidad y autonomía, propios del derecho cambiario y que fueron ideados para afectar el derecho de defensa del deudor, sacrificando su derecho de defensa a favor de la celeridad de los procesos ejecutivos.

Puede afirmarse que, salvo algunas disposiciones aisladas de los Códigos Civil y Comercial del siglo diecinueve, los aciertos legislativos del derecho societario libertario comenzaron en la década del 60, con las modificaciones al decreto ley 15.348 de prenda con registro y con la sanción de los decretos 5.965/63 y 4.776 del año 1963, cuya incorporación a la legislación nacional vino de la mano de la banca internacional, en épocas que en la Argentina se vivía una democracia absolutamente ficticia y que las corrientes proclamadas por el denominado liberalismo económico brillaba con todo su esplendor. Durante esas épocas (1955/1963: 1966/1973: 1976/1983; 1989/2001; 2015/2019 y desde el año 2023), los cultores de la irresponsabilidad de los empresarios y administradores societarios, festejaron la total inactividad fiscalizadora de la Inspección General de Justicia durante los períodos 1989/1998 y 2015 a 2019, así como la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) a la legislación corporativa en el año 2017 y la reforma a la ley 19.550 efectuada por la ley 26.994. Asimismo, otro hito importante en la consagración legislativa de estas ideas libertarias la encontraron con la sanción de la ley 24.441, que reguló íntegramente el contrato de fideicomiso, sancionada el 22 de diciembre de 1994, aunque —bueno es aclararlo— no todos fueron mieles en su evolución, porque las sucesivas leyes de nominativización de las acciones, dictadas desde el año 1974 (leyes 20.643 del año 1974; 23.299, del año 1985 y

ley 24.587 del año 1995) pusieron un importante límite a las interminables maniobras concretadas a través de la emisión de acciones al portador, que ya habían sido denunciadas en el Mensaje remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en el año 1894, que acompañó al proyecto de ley sobre los derechos y atribuciones de la Inspección General de Sociedades por Acciones, en el cual se describió, en forma muy elocuente, la situación que en todo el país exhibía el funcionamiento de las sociedades anónimas, exponiéndose en dicho documento que “ha presenciado el país el funcionamiento de sociedades sin capital ni crédito, incapacitadas en especulaciones violatorias de sus propios estatutos y de las leyes primordiales del orden público, viciadas hasta por administraciones desmoralizadas, todo ello en perjuicio de los intereses generales del país y mengua de su crédito...”⁽¹⁰⁾.

5. INTENTOS REFORMISTAS Y SUS FRACASOS

Esta corriente de opinión, al menos en materia del derecho de sociedades, había comenzado a ser expuesta públicamente en los años cuarenta del siglo veinte, a través del jurista de la Provincia de Córdoba, el Dr. Mauricio Yadarola, quien se refirió a la viabilidad de legislar sobre las sociedades de un solo socio o las sociedades unipersonales, ya fueran estas constituidas originalmente o así devenidas como consecuencia del fallecimiento de los restantes accionistas. Para llegar a sostener ideológicamente esta manera de pensar, se partió de la base que, en muchos casos, la realidad exhibía que, a pesar de haberse constituido la sociedad con varios socios (el Código de Comercio exigía para las sociedades anónimas un mínimo de diez accionistas), en la realidad sustancial era uno solo de ellos quien revestía el carácter de verdadero accionista y los demás integrantes revestían el carácter de meros testaferros. Si así son las cosas, se preguntaba Mauricio Yadarola, debía entonces partirse de aquella realidad y legislar directamente el fenómeno societario admitiendo legislativamente a las sociedades de un solo socio. “No cabe —concluía Yadarola— distingo alguno al respecto: sea en el acto de la creación o por una posterior concentración, el hecho de que el verdadero interesado y propietario del valor de las acciones sea un solo individuo, no impide el nacimiento de la sociedad anónima ni autoriza la disolución y liquidación de la misma”.

Esta tesis, que parte de la validez de un acto simulado, y basada también en otro concepto que presenta serias fisuras en torno a su legalidad, como lo es el acto jurídico indirecto, no podía ni puede ser compartido, pues con ello se violaba el régimen de responsabilidad ilimitada del comerciante individual por las obligaciones contraídas en el ejercicio de su comercio. Por otro lado, si

⁽¹⁰⁾ Ver libro *Centenario de la Inspección General de Justicia*, editado por el Ministerio de Justicia de la Nación en oportunidad del centenario de la creación en el año 1893 del Organismo de control, pp. 14 y 15.

se parte de la base de que la sociedad es, por definición de la Real Academia Española, “una agrupación natural o pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de los individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida”, mal puede utilizarse la palabra sociedad si no existe agrupación de personas, de manera tal que hablar de sociedad de una sola persona es tanto como referirse a condominio de un solo propietario o aplicar el régimen de la sociedad conyugal a una persona soltera. Se trata, en definitiva, de una construcción, muy cómoda para alcanzar ciertos objetivos —casi todos ilícitos— en pugna totalmente con la naturaleza misma de las cosas, lo que la torna inadmisibles, pues dentro de la libertad de pensamiento puede admitirse cualquier opinión, pero sostener que las palabras que se encuentran en el diccionario del idioma español, pueden tener otra significación en el mundo jurídico, como ha sido predicado alguna vez, constituye una absurda afirmación que me resulta inaceptable.

No obstante la contundencia de estos últimos argumentos, y dado que en otros países más industrializados, la posibilidad de constituir una sociedad de un solo socio ha sido receptado legislativamente, cierta doctrina nacional —obviamente compartida por los libertarios corporativos— insistió en la necesidad de no quedar afuera del mundo y algunos proyectos de reformas a la ley 19.550 que fueron elaborados durante los años 1991 a 1993, que nunca fueron sancionados normativamente y cuya discusión se limitó al ámbito académico y nunca trascendió al ámbito parlamentario. Estos frustrados proyectos de ley reflejaron por primera vez en la historia del derecho societario argentino una ideología totalmente proclive a la libertad contractual y contraria a la noción del orden público societario, aprovechando los aires privatizadores que se respiraron durante la presidencia de Carlos Menem, exhibiendo dichos trabajos una notoria disminución en la responsabilidad de los socios y de los administradores sociales, una marcada resistencia a las facultades del registrador mercantil y al control estatal permanente sobre las sociedades anónimas ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Me remito a los siguientes proyectos de modificación de la ley 19.550: 1) El Proyecto del año 1991, integrado por una comisión de juristas (Edgardo Marcelo Alberti, Sergio Lepera, Horacio Fargosi), Ana Isabel Piaggi y Héctor Mairal, elaborado durante el menemismo, el cual exhibió como idea centra evitar la intervención estatal en la constitución y funcionamiento de las sociedades, en especial, simplificando los controles estatales al funcionamiento de la sociedad; En concreto y en forma muy resumida, dicho proyecto proponía la eliminación de toda la jurisprudencia de la IGJ y limitaba el control externo a las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, incorporaba a las sociedades unipersonales y permitió los aportes en moneda extranjera, todo muy a tono del liberalismo que se respiraba por aquellas épocas; 2) El Proyecto de Reformas del año 1993, esto es, en pleno auge del liberalismo económico, las privatizaciones de cualquier modo y a cualquier precio y evitando toda injerencia del Estado en el funcionamiento de la sociedad. Esta comisión estuvo integrada por los mismos juristas que integraron el proyecto de reformas del año 1991, a los que se sumaron los juristas Efraín Hugo Richard y Miguel Araya, profesores de las Universidades de Córdoba y Rosario, respectivamente, motivado ello por las críticas recibidas de su proyecto antecedente, que no incluía especialistas del interior del país. Dicho proyecto incluyó —en forma por demás resumida—, la incorporación de la unipersonalidad constitutiva solo para

Lo verdaderamente curioso fue que dichas ideas pretendieron florecer en un ambiente societario —como el que se respiraba en el mundo por aquellos años— en los cuales la operatoria societaria *off shore* campeaba en todo su esplendor y nuestros registros mercantiles se inundaron de sociedades provenientes de los lugares para recónditos y desconocidos del planeta. Estas circunstancias fácticas y el tenor de muchas de las pretendidas reformas en aquellos proyectos, algunos directamente transcritas de legislaciones extranjeras y de países tan ajenos a nuestra tradición jurídica, con Nueva Zelanda, los tornaron indigeribles para la mayor parte de la doctrina nacional que calificó al proyecto de 1993 como notoriamente extranjerizante y ajeno a las tradiciones jurídicas argentinas, resultando cuanto menos incoherente que, por un lado se predicaba, con esos proyectos, una absoluta libertad para llevar adelante cualquier actuación societaria, y por el otro los argentinos, sufrieran, por aquel entonces *el flagelo de las sociedades off shore, que como fueran definidas por la doctrina, eran sociedades constituidas en paraísos fiscales o países con requisito de baja tributación, que tienen como único objeto, desarrollar actividades fuera de la jurisdicción constitutiva, donde —a la sazón— tienen prohibido realizar actividad económica o empresarial alguna* ⁽¹²⁾.

Por tales tazonos, los aludidos proyectos libertarios de 1991 y 1993 pasaron rápidamente al olvido, lo que no sucedió con el proyecto de reformas a la ley de sociedades elaborado en el año 2004 por juristas de la talla de Jaime Anaya, Raúl Aníbal Etcheverry, Julio Otaegui y Salvador Darío Bergel, muchísimo más profunda que aquellos intentos de cambio de los primeros años de la década del noventa del siglo pasado, en el cual, si bien se admitió la unipersonalidad societaria, se preservó el espíritu de legislador del año 1972 en lo referido al control estatal de las sociedades anóni-

las SRL; creo y amplió los denominados contratos asociativos, dando prioridad absoluta a la libertad contractual; prescribió que las sociedades solo adquirirían la personalidad jurídica con su inscripción en el Registro Público de Comercio; modificó sustancialmente el régimen de las sociedades irregulares y de hecho, previendo su invocación entre los socios y frente a terceros, a los cuales la existencia de la misma se le hubiera hecho conocer; incorporó un nuevo tipo social denominada “Sociedad Anónima Simplificada”, transcribiendo las normas de la legislación de Nueva Zelanda y acotó los problemas de nulidad por atipicidad o por cláusulas esenciales tipificantes o no tipificantes, las cuales podían ser subsanadas hasta la sentencia de nulidad etc.; 3) El Proyecto de Reformas a la ley 19.550, del año 2004, a cargo de una comisión integrada por juristas de la talla de Jaime Anaya, Salvador Darío Bergel, Julio Otaegui y Raúl Aníbal Etcheverry, que admitió las sociedades unipersonales, bajo el tipo de SA o de SRL, previéndose en todos los casos su constitución por escritura pública, pero prohibiendo a una sociedad unipersonal formar parte de una sociedad de estas mismas características; se permitió la constitución de sociedades comerciales para todo tipo de sociedad, cualquiera fuere su objeto; se modificaron algunos aspectos de las sociedades irregulares y de hecho, pero se mantuvo la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, y en materia de inscripción de sociedades, se ratificó el control de legalidad por parte por parte del registrador mercantil, entre otras modificaciones de suma trascendencia.

⁽¹²⁾ VITOLO, Daniel Roque, “Colección Leyes Nacionales. Sociedades”, Ed. Ad Hoc, marzo de 2017, p. 177.

mas y no se restringió la responsabilidad de los socios de las sociedades de hecho, el cual constituye otro de los grandes anhelos de los “libertarios societarios”, pues, según esta particular manera de ver las cosas, *cuanto menos responsabilidad exista por parte de los empresarios y administradores sociales y cuanto más dificultades encuentren los acreedores sociales para percibir sus créditos, mucho mejor para fomentar la realización de los negocios en la República Argentina.*

El proyecto de reformas a la ley 19.550, elaborado en el año 2004, si bien presentaba una superior factura técnica que los anteriores, tampoco tuvo tratamiento legislativo y la incorporación de las sociedades unipersonales a la legislación societaria recién se concretó en el año 2015, cuando fue necesario adaptar la ley 19.550 a la normativa prevista por el Código Civil y Comercial. En dicha oportunidad se sancionó en nuestro ordenamiento positivo la existencia de las sociedades de un solo socio, aunque admitiendo la ley 26.994 que tal posibilidad era solo reservada a las sociedades anónimas. Sin embargo, a diez años de sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación, el éxito de su incorporación de las sociedades de un solo socio a la legislación nacional ha sido prácticamente nula, *pues no ha solucionado absolutamente ningún problema ni ha mejorado el funcionamiento de las sociedades locales, como durante tantos años predicó la ideología libertaria.*

6. INACEPTABLES CRITERIOS Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JUDICIAL

Va quedando claro, conforme lo expuesto en estas líneas, que las ideas fuerza de quienes admiten fundamentalmente a las sociedades como un negocio jurídico indirecto —de muy discutible licitud— y no con la finalidad prevista por el artículo 1º de la ley 19.550 están asentadas en las siguientes ideas fuerza:

a) La sociedad no es un contrato ni su funcionamiento debe necesariamente ajustarse a la definición del artículo 1º de la ley 19.550, pues se trata de un esquema de organización apta para realizar cualquier actividad humana, comercial o privada ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Así fue admitida, como hemos visto, por el absurdo fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, del 2 de junio de 2022, en los autos “Inspección General de Justicia contra Veritran Ltd. sobre Organismos Externos”, en el cual, entre otros disparates, fue sostenido que “[r]esulta improcedente rechazar la inscripción de una sociedad extranjera por parte de la IGJ, por cuanto este Organismo prefiere que la sociedad local participada sea integrada por personas humanas en vez de serlo por una sociedad extranjera constituida por ellos, para lo cual proporcionó fundamentos que no solo no coadyuvan al cumplimiento de los estándares internacionales, sino que los contradice, enrolando a la República Argentina en posiciones que perjudican su integración con la comunidad internacional que ampliamente acepta esas herramientas”.

b) El objeto social puede ser plural, compuesto por todo tipo de actividades sin interrelación alguna ⁽¹⁴⁾.

c) No existe ni debe existir relación alguna entre el capital y el objeto social.

d) La infracapitalización societaria, como fenómeno que puede afectar la vigencia del contrato de sociedad, debe ser apreciada con suma restricción ⁽¹⁵⁾.

e) La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades debe ser apreciada con criterio restrictivo ⁽¹⁶⁾, limitada a casos excepcionales y en ningún caso invocable por el Organismo de Control ⁽¹⁷⁾.

f) Por ser solo un esquema de organización, la causa final del contrato de sociedad no lo constituye la distribución de ganancias entre los socios, sino contar con un sistema organizativo válido para cualquier emprendimiento y cualquier actuación ⁽¹⁸⁾.

g) La inscripción de sociedades en el registro mercantil local no es procedimiento que implique el análisis legal del acto sometido a registración ante un organismo estatal dedicado al control de legalidad o a la fiscalización del nuevo sujeto de derecho. Para esta tesis libertaria, dicha toma de razón puede hacerse en forma digital, a través de un teléfono celular y —como hipótesis ideal— el acto debe estar inscripto dentro de las 24 horas desde que el documento fue remitido.

⁽¹⁴⁾ Ver artículo 61 de la Resolución General IGJ N° 7/2015 en su actual redacción (Resolución General N° 7/2015), conforme al cual “[e]l objeto social puede estar conformado por un conjunto de categorías de actos jurídicos y será indicado de modo preciso y determinado. No será exigible que dichas categorías de actos jurídicos sean conexas o guarden relación entre ellas”.

⁽¹⁵⁾ CNCom., Sala D, marzo 16 de 2009, en autos “Conix SA sobre quiebra contra Edsixer SA y otros sobre ordinario”; ídem, Sala A, junio 28 de 2022, en autos “Colegio de Familia SRL sobre quiebra contra Besio Nilda y otros sobre ordinario” etc.

⁽¹⁶⁾ CNCom., Sala E, Marzo 5 de 2008, en autos “London Supply SACIFI contra Alimar SA y otros sobre ordinario”; ídem, Sala E, septiembre 24 de 2007 en autos “Lippay Víctor Elías contra Contacto Gráfico SRL sobre ordinario”; ídem, Sala A, Diciembre 9 de 2008 en autos “Trialmet SA contra Destéfano y Feuer Constructora SRL sobre ordinario”; ídem, Sala E, noviembre 19 de 2008 en autos “Ogden Entertainment Services Inc. Contra Eijo Néstor Edgardo y otro sobre Incidente de embargo”; ídem, Sala C, octubre 10 de 2008 en autos “Consejo Federal del Notariado Latino contra Paucy SRL y otros sobre ordinario”; ídem, Sala C, Mayo 8 de 2009 en autos “Lake Tahoe SA sobre concurso preventivo, Incidente de revisión por Textil Iberá SA”; ídem, Sala D, junio 17 de 2009 en autos “Plan San Isidro SA contra Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires — Hospital Italiano”; ídem, CNCom., Sala C, Abril 23 de 2009, en autos “I. L.J. contra Textil Iglesias SAIC y Cía. sobre ordinario”; ídem, Sala E, Julio 29 de 2009 en autos “Gasulla Eduardo y otro contra Alto de los Polvorines SA y otros sobre sumario”; ídem, CNCom., Sala A, agosto 29 de 2014 en autos “Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbilt Management Group Ltda. y otros sobre ordinario”; ídem, CNCom., Sala F, noviembre 27 de 2018, en autos “Trejo Saravia Isela Guadalupe y otros contra Viajes Falabella SA y otros sobre ordinario”; ídem, Sala D, diciembre 7 de 2021, en autos “Molinos Cerribal SA contra Alprosil SA y otros sobre extensión de quiebra” etc.

⁽¹⁷⁾ CNCom., Sala C, Julio 15 de 2021, en autos “Inspección General de Justicia contra Boswill SA sobre Organismos Externos”.

⁽¹⁸⁾ RICHARD, Efraín Hugo y FUSHIMI Jorge F., “Las sociedades vehículo como relaciones de organización”, publicado en La Ley, ejemplar del 29 de mayo de 2024.

h) La publicación de edictos respecto de la celebración de actos societarios debe ser eliminada.

i) La responsabilidad de los socios de las sociedades irregulares o de hecho —incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550— debe ser necesariamente limitada, descartándose cualquier tipo de responsabilidad solidaria e ilimitada, como estaba previsto en el artículo 23 de la ley 19.550, en su versión vigente hasta el año 2015.

j) La irregularidad societaria implica una tipicidad de segundo grado y pueden ser sujetos del proceso de transformación ⁽¹⁹⁾.

k) La memoria del ejercicio no es un capítulo esencial de los estados contables y de su inexistencia o insuficiencia no se sigue necesariamente la nulidad de estos ⁽²⁰⁾.

l) La intervención judicial, en cualquiera de sus formas, debe ser considerado un instituto rodeado de características singulares y una medida cautelar de excepción, a la cual solo puede recurrirse una vez agotadas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial proveniente de acciones y omisiones. Ello, toda vez que el criterio para su adopción es restrictivo (art. 114 de la ley 19.550), pues la intervención judicial no puede significar una injustificada intromisión en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor al que se quiere evitar ⁽²¹⁾.

m) La solución del artículo 124 de la ley 19.550 es inaplicable a las sociedades extranjeras inscriptas en los términos del artículo 123 de dicha ley, esto es, cuando se inscriben en los registros públicos locales para participar en sociedades locales ⁽²²⁾.

n) La sociedad extranjera que pretende ejercer en la República Argentina actos comprendidos en su objeto social, a través de una sucursal, establecimiento, representación permanente o participando en sociedades locales, puede inscribirse en cualquier Registro Público de la República Argentina, aun cuando su actividad en el país se lleve a cabo en una provincia o jurisdicción diferente de la jurisdicción del registro mercantil en el cual se llevó a cabo dicha registración, en la cual la sociedad extranjera no ha celebrado jamás un acto comprendido en su objeto social.

⁽¹⁹⁾ Resolución General IGI N° 5/25; Richard Soledad, “El Régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reformas”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, tomo XXIV n° 296, Julio de 2012.

⁽²⁰⁾ CNCom., Sala D, diciembre 29 de 2004 en autos “Parodi Juan C, contra Instituto Cardiovascular de Buenos Aires SA”, publicado en DJ. 2005-1-984; ídem, Sala B, noviembre 7 de 2011, en autos “Raviele Fernando Esteban y otros contra Martínez Jorge Eduardo y otros sobre ordinario”; ídem, Sala B, septiembre 23 de 2011 en autos “Del Campo Muñoz María Sonsoles contra Estancia Campo Garay sobre medida precautoria”; ídem, Sala B, octubre 7 de 1997 en autos “Marocco Oscar Enrique contra Lamartine SA sobre medida precautoria” etc.

⁽²¹⁾ CNCom., Sala B, diciembre 4 de 1988 en autos “Marocco Oscar Enrisque contra Lamartine SA sobre medidas precautorias”, entre cientos de fallos en el mismo sentido.

⁽²²⁾ RAMAYO Raúl Alberto, “La sociedad extranjera y el orden público internacional”, publicado en *El Derecho*, 202-303.

o) El artículo 124 de la ley 19.550 requiere una declaración judicial a dictarse luego de un proceso contencioso en el fuero mercantil ⁽²³⁾.

p) El aumento del capital social constituye una decisión asamblearia que no puede ser objeto de impugnación judicial ⁽²⁴⁾.

q) La decisión de la asamblea o reunión de socios que aprueba los estados contables de una sociedad no puede ser objeto de suspensión judicial en los términos del artículo 252 LGS ⁽²⁵⁾.

r) Todas las medidas cautelares societarias deben ser otorgadas con criterio restrictivo y solo cuando se encuentra afectado el interés social, que predomina sobre el interés particular de los accionistas ⁽²⁶⁾.

s) La emisión de acciones con prima y su monto son decisiones que están exclusivamente reservadas a la libre voluntad de los accionistas y no requieren ninguna actuación de los órganos de la sociedad en lo que respecta a determinación de la cuantía de esta ⁽²⁷⁾.

t) Resulta válido el otorgamiento por la sociedad de poderes generales de administración a favor de terceros.

u) La acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 279 de la ley 19.550 requiere la invocación de una concreta lesión al patrimonio personal del accionista actor y no del daño que padece indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de igual naturaleza que el sufrido por los demás socios ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ CNCom., Sala C, diciembre 27 de 2002, en autos “Great Brands Inc. Sobre concurso preventivo”.

⁽²⁴⁾ CNCom., Sala D, agosto 22 de 1989 en autos “Pereda Rafael contra Pampagro SA”; ídem, Sala C, marzo 3 de 1990, en autos “Gowland Marcelo y otro contra I.T.A. SA sobre sumario”; ídem, CNCom., Sala E, junio 23 de 1995 en autos “N.L. SA contra Bull Argentina SA y otro”; ídem, Sala B, octubre 5 de 1992 en autos “Bellini Ricardo contra S.I.S.A. Servicios Internacionales SA sobre sumario”; etc. etc.

⁽²⁵⁾ CNCom., Sala D, abril 29 de 2005, en autos CNCom., Sala E, octubre 31 de 1985, en autos “Angueira Guillermo E. contra Juan B. Justo SA”; ídem, Sala E, abril 10 de 1992 en autos “Kichik Martha contra Rafael Kichik y Cía. SACIF”; ídem, Sala A, mayo 26 de 2011 en autos “De Miguel Micaela Nora contra Audit SA de Mandatos y Servicios, CIyF”; ídem, Sala E, septiembre 28 de 2011, en autos “Fernández Horacio Enrique contra Colorificio Cerámico Bonnet Argentino SA sobre ordinario”; “Tittarello Enrique Américo contra Nextrade Management Group SA sobre medida precautoria”; etc.

⁽²⁶⁾ CNCom., Sala A, Octubre 22 de 2010 en autos “Serafica Martini Mario contra Instituto Cardiovascular Integral SA y otros sobre ordinario”; ídem, Sala A, abril 23 de 1998 en autos “Camuzzi Argentina SA contra Sodigas Sur SA sobre medida precautoria”; ídem, Sala A, Mayo 23 de 1996 en autos “Capozzolo Juan Horacio contra Aachen SA y otros sobre sumario”; ídem, Sala B, septiembre 15 de 2004, en autos “Thorp Mario y otros contra Edificadora MB SA sobre sumarisimo”; ídem Sala C, Diciembre 29 de 2010 en autos “Biedma Cristian contra Biedma Carlos Ignacio sobre medida precautoria” etc.

⁽²⁷⁾ Fundamentos de la Resolución General IGJ N° 15/2024, modificatoria de la Resolución General IGJ N° 7/2015, denominada “Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia”.

⁽²⁸⁾ CNCom., Sala B. Febrero 1° de 1993 en autos “De la Cuesta Daniel Alejandro contra Anchubidart Eduardo Alberto”; ídem, Sala E, Marzo 11 de 1991, en autos “López González

Como habrá advertido el lector con suma facilidad, la coincidencia total de las premisas liberales antes enumeradas —bien que efectuadas con carácter enunciativo—, coinciden y en su mayor parte han sido inspiradas por la jurisprudencia de los tribunales nacionales en lo comercial, que, como hemos ya advertido, y desde principios de la década del ochenta del siglo pasado, se encuentra invariablemente del lado de la clase empresaria y dirigencial, para los cuales es necesario crearle a este sector de la población una armadura que está constituida por la doctrina de determinados fallos cuya doctrina es reiterada hasta el cansancio, a través del procedimiento creado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y que consiste en la redacción de dogmas, escritos en forma breve y categórica, y que a juicio de este tribunal resultan suficientes para decidir no solo una medida cautelar societaria, sino para el dictado de las sentencias definitivas que ponen fin al pleito judicial promovido por el accionista impugnante.

Este inadmisibles coctel de colonización del poder judicial, elaboración jurisprudencial a través de clisés que siempre favorecen a la clase dirigente y adinerada, endiosamiento de la libertad individual para hacer cualquier tipo de negocios, el aprovechamiento del esquema societario para planificar la vida personal de las personas humanas, etc. condujo a la reforma efectuada en el año 2015 por la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades, que, como hemos visto, cuyos autores intelectuales fueron tres juristas que han adherido a las tesis libertarias del derecho societario, los Dres. Rafael Manovil, Efraín Hugo Richard y Horacio Roitman, quienes incorporaron a nuestra legislación societaria soluciones manifiestamente incongruentes con la ideología inspiradora de la ley 19.550, que hoy exhibe, como consecuencia de la ley 26.994, gravísimas contradicciones que le han hecho perder, a nuestra ley 19.550, la brillantez que supo gozar durante muchos años.

En forma por demás resumida, las principales modificaciones efectuadas a la ley 19.550 por la ley 26.994 fueron las siguientes:

a) Incorporación de la unipersonalidad societaria, al permitir a las sociedades anónimas estar integradas por un solo socio.

b) Suprimió el control de legalidad a cargo del registrador mercantil en oportunidad de decidir la inscripción del contrato constitutivo de las sociedades no accionarias, modificando los artículos 5° y 6° de la ley 19.550. Sin embargo, como el ejercicio de este control no solo está previsto por la

Manuel contra Belgrano 602 SA y otros”; ídem, Sala A, Junio 27 de 2000 en autos “Frutos de Dupuy Graciela contra Carosi Augusto Matías sobre sumario”; ídem, Sala B, Octubre 20 de 1999 en autos “Rivas José contra Calvo y Rodríguez José Antonio y otros sobre sumario”; ídem, Sala A, Junio 10 de 1997 en autos “Saunier Gastón contra Peña de Prendes Marta Araceli y otros sobre sumario”; ídem, Sala E, Noviembre 22 de 1996 en autos “Belloto Héctor contra Laufgang Sergio G. sobre sumario”; ídem, Sala E, Mayo 16 de 1995 en autos “Peacan Nazar R. c/ Torres Astigueta SA sobre ordinario”; ídem, Sala A, Mayo 17 de 2002 en autos “Rodríguez Adriana M. contra Bóveda Carlos H y otro”; ídem, Sala A, Septiembre 30 de 2008 en autos “Argiz Alfredo Rubén contra Antena 2 de TV SA y otro sobre ordinario” etc.

ley 19.550, sino por otras no normativas legales vigentes, esta supresión nunca ha sido puesta en práctica, porque, además, el ejercicio del control de legalidad está previsto implícitamente en muchas otras normas de la ley 19.550, que no fueron modificadas.

c) Modificó totalmente el régimen de las sociedades irregulares y de hecho (arts. 21 a 26 de la ley 19.550), eliminando la responsabilidad ilimitada y solidaria de los integrantes de estas por las deudas sociales, que era tradicional en nuestro régimen legal societario y que era obvia consecuencia de su falta de interés de sus creadores en la inscripción de la sociedad en el registro público, para frustrar los derechos de terceros. Del mismo modo, creó un sistema de subsanación de las sociedades no constituidas regularmente, que resulta de imposible cumplimiento, pues si los socios no se ponen de acuerdo sobre el tipo social que adoptará el ente irregular, “el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientas”, lo cual constituye una solución absurda, otorgándole a un magistrado facultades que son incompatibles con sus facultades, que consiste fundamentalmente en resolver conflictos, pero jamás subrogarse en el derecho de los socios de elegir el tipo social que resulte más conveniente habida cuenta la naturaleza del emprendimiento encarado por la sociedad.

d) Admite la compra de bienes registrales por una sociedad no inscripta a través de un procedimiento no exento de dificultades, cuando la única solución posible que podría habilitar esa operación es la inscripción de la sociedad en el Registro Público y no la inscripción de esa adquisición en un registro inmobiliario, cuando los terceros no tienen oportunidad de conocer dicha sociedad como consecuencia de la actitud dolosamente omisiva incurrida por sus integrantes.

e) Permite a los cónyuges constituir cualquier tipo de sociedad, alentando de esta manera la consumación de todo tipo de fraudes.

f) Impuso la “transformación de pleno derecho” de las sociedades que habían adoptado un tipo social cuyos rasgos tipificantes lo constituía la existencia de dos categorías de socios, previendo expresamente que “[l]a reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita por acciones y de capital e industria en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses”, un verdadero absurdo, pues es inconcebible, y no solo desde el punto de vista jurídico, sino fáctico, que este único socio se vaya a dormir un día, como integrante de una sociedad en comandita simple o de capital e industria y además como administrador de la misma, y a la mañana siguiente, al despertarse, se haya convertido en único accionista de una sociedad anónima y único integrante de su directorio. Esta solución es más propia de aquella serie de culto de la televisión, exhibida en nuestro país principios de la década del 60 que se llamó “Dimensión Desconocida”.

g) Nada se legisló en materia de sociedades extranjeras, a pesar de la invasión de las sociedades *off shore* en el mundo y los nefastos efectos que produce su existencia y circulación. Tampoco se abordó el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, tan afectada por la ley 22.903 respecto de la versión original de la ley 19.550, continuando vigente uno de los más graves sinsentidos que exhibe la Ley General de Sociedades, en cuanto dispone en su artículo 160 tercer párrafo, que “[s]i un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará, además, el voto de otro”, cuya interpretación nunca ha sido posible efectuar, pues viola todo el sistema de mayorías previstas por la ley 19.550 (en su versión original) para la adopción de acuerdos sociales.

h) Se suprimió al régimen completo de las sociedades accidentales o en participación (arts. 361 a 366 de la ley 19.550), para evitar la aplicación a los socios de lo dispuesto por el artículo 363, que establecía lo siguiente: “Conocimiento de la existencia de los socios: Cuando el socio gestor hace conocer los nombres de los socios con su consentimiento, estos quedan obligados ilimitada y solidariamente hacia los terceros”. Lo que fue escandaloso fue la justificación de esa eliminación, que fue fundada en que, en la realidad sustancial, las sociedades accidentales o en participación no son sociedades, cuando ellas se encuentran legisladas como tales el derecho romano, siendo la esencia de estas en el hecho de que ellas permanecen ocultas para los terceros. Pero para los redactores de la ley 26.994, esa indivisibilidad provoca la inexistencia de una sociedad, lo cual no es criterio admisible, pues ni esa especial característica ni el hecho de no tener personalidad jurídica, constituyen óbices para negarles su naturaleza societaria.

La sanción de la ley 26.994 del año 2015 no puso fin a las expectativas de los libertarios societarios, pues cuatro años más tarde (2019) lograron convencer a dos senadores por entonces en funciones —los senadores Pinedo e Iturrez de Cappellini— para presentar al Senado de la Nación, un proyecto de reformas a la ley 19.550 en la cual volvía a insistirse con las mismas ideas que caracterizan su manera de pensar. Ese proyecto había sido elaborado por una comisión presidida por el profesor Rafael Mariano Manóvil, que tomó a su cargo, casi con exclusividad, la autoría de esa iniciativa legislativa, que retrocedía el régimen societario argentino a épocas anteriores a la Asamblea del año XIII. Entre las modificaciones propuestas, estaba, como no podía ser de otra manera, la liberación de todo control por el Estado a través de la neutralización absoluta de la Inspección General de Justicia, la consagración legislativa de todos los dogmas creados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, elaborados siempre a favor de la clase empresaria, de los sujetos controlantes y de los administradores sociales y siempre también en perjuicio de los sujetos vulnerables del negocio societario. El “Proyecto Manóvil” propugnaba asimismo la proyectada licitud de la constitución de sociedades infracapitalizadas o instrumentos de fraude, como escudo protector de empresarios y “emprendedores”; la entronización del “abuso de mayorías” por vía de la negación del

orden público societario; la relativización total de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades, todo ello enmarcado en una escenografía de “libertad” “modernidad”, “dinamismo” y “apertura”, como impropio sustento de un cuadro normativo que afectaba valores liminares de la República Argentina ⁽²⁹⁾.

Como por aquellas épocas también se festejaba la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) al ordenamiento legal societario patrio, lo cual ocurrió con la ley 27.349 del año 2017, los cultores del paradigma “contractual”, “privatista”, “neoliberal” o “globalizador” del derecho societario, según los identifica Favier Dubois ⁽³⁰⁾, decidieron tirar la casa por la ventana, tomando a su cargo la organización del XIX Congreso Nacional de Derecho Societario que se llevaría a cabo en la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, durante el mes de Septiembre de 2019, evento en el cual se llevaría a cabo un panegírico a favor de las SAS y del “Proyecto Manóvil”, con amplísima participación de quienes sostenían esas ideas libertarias. Fueron invitados especialmente profesores extranjeros, como el jurista de Colombia, el profesor Francisco Reyes Villamizar, siempre presente a los efectos de emitir juicios laudatorios a favor de las sociedades por acciones simplificadas y se organizaron también innumerables mesas redondas en las cuales no fueron invitados a participar quienes no compartían esos sueños de libertad. Pero para desgracia de sus organizadores, nada sucedió como ellos habían planeado, porque el día 11 de agosto de 2019 se habían realizado las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias a fines de determinar las candidaturas para los cargos nacionales en las elecciones presidenciales y legislativas de octubre de 2019 y el resultado había sido muy adverso a la reelección de Mauricio Macri como presidente de la Nación, con amplio éxito del Frente de Todos. Precisamente, la derrota de Macri puso en manto de dudas sobre la evolución posterior de las SAS en el derecho societario nacional, y como si ello no fuera poca cosa, una de las legisladoras que había presentado al Senado de la Nación el “Proyecto Manóvil” durante los primeros meses del año 2019, la escritora Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, procedió a retirar ese proyecto del Congreso de la Nación, lo que provocó una verdadera catástrofe en el ánimo de los organizadores del evento, los cuales y como se dice en el ambiente del fútbol, habían perdido el partido antes de salir a la cancha.

Los años posteriores demostraron acabadamente el total fracaso de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) y su mala prensa no fue producto de ideología alguna, sino de investigaciones judiciales por tribunales penales de

⁽²⁹⁾ MARTORELL, Ernesto E. y NISSEN, Ricardo Augusto, “El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades y la lesión de valores comunitarios fundamentales”, publicado en La Ley, ejemplar del 4 de septiembre de 2019; FAVIER DUBOIS Eduardo, “El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, publicado en Jurisprudencia Argentina, ejemplar del 1º de junio de 2022.

⁽³⁰⁾ FAVIER DUBOIS, Eduardo, trabajo citado en nota anterior.

todo el país, que acreditaron que las sociedades de este nuevo tipo social —un verdadero Caballo de Troya de la clandestinidad y la consecución de todo tipo de delitos económicos— se constituían masivamente para dedicarse a la emisión de facturas falsas y de todo tipo de operaciones vinculadas al narcotráfico y el lavado de dinero, a punto tal que era el molde societario utilizado por la tristemente célebre “Banda de los Monos” para sus incalificables negocios. Por su parte, la Inspección General de Justicia realizó una profunda investigación sobre la evolución de las sociedades por acciones simplificadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dio por resultado que el ochenta y nueve por ciento (89%) de las sociedades constituidas durante el período 2017 a 2019, habían desaparecido de su sede social sin la menor vocación de instalarse nuevamente en una nueva dirección, lo cual obligó a este Organismo a iniciar un importante número de demandas de nulidad, disolución y liquidación de estas compañías desaparecidas, ante la enorme cantidad de oficios recibidos de todo el país, recabando de la IGJ datos sobre su sede social, ante su muy pronta volatilización. Ese lamentable estado de situación, por aquello que “la realidad es la única verdad”, dejó fuera de la discusión a aquellos que cayeron en la trampa y creyeron que las SAS habían sido constituidas para los dotar a “los emprendedores”, de un modelo barato e informal para iniciar sus actividades industriales o comerciales, lo cual fue un argumento totalmente falso, pues la verdadera intención de los redactores de la ley 27.349 fue reemplazar a las sociedades off shore como titulares de patrimonios ajenos, que vinieron en la década del noventa del siglo pasado a reemplazar a las antiguas sociedades en comandita por acciones que durante los años cincuenta a setenta del siglo veinte se habían convertido en modelo ideal para la creación de sociedades simuladas, y así como la ley 19.550 puso fin a este tipo de maniobras, los “Panamá Papers” del año 2016 terminaron con las sociedades extranjeras provenientes de guaridas fiscales, muy utilizadas por los funcionarios del gobierno liberal del año 2015 y para cuyo reemplazo se crearon las nunca bien ponderadas sociedades por acciones simplificadas (SAS), cuya sola mención genera entre la gente de trabajo y de buena fe, el mismo gesto socarrón que despierta la referencia de la existencia de un fideicomiso en una operación determinada o la actuación, en la República Argentina, de una compañía provenientes de Estado de Delaware, en los Estados Unidos.

El propio texto del artículo 51 de la ley 27.349 revela la verdadera naturaleza y el proyectado destino de las sociedades por acciones simplificada, cuando dispone que al menos uno de los miembros del órgano de administración de las SAS deberá tener domicilio real en la República Argentina, requiriendo a los miembros extranjeros de deberán designar un representante en la República Argentina. Si partimos de la base que, tratándose de sociedades nacionales, el cuarto párrafo del artículo 256 de la ley 19.550, prescribe que la mayoría absoluta de los directores debe tener domicilio en la República, escapa a nuestro entendimiento como y de qué manera, una sociedad pensada

para favorecer nuevos emprendimientos empresarios en el país pueda tener un órgano de administración plural en la cual solo uno de sus integrantes resida en el país, pues esta disposición no parece referirse a un grupo de personas jóvenes, entusiasmados con un proyecto empresario a desarrollar en la República y para cuya concreción pide ayuda al Estado y en los cuales solo uno de sus integrantes resida en el país y los demás en el extranjero. Por el contrario, ello se ajusta más a la mentalidad de quienes ven a la sociedad como un instrumento o herramienta para cualquier cosa. y promovieron la reforma a la ley 19.550, para eliminar todo control de legalidad a cargo del encargado del Registro Público y de fiscalización por parte del Estado en lo que respecta al correcto y legal funcionamiento de los sujetos de derecho de segundo grado, fiscalización que a los libertarios no le importa en lo más mínimo. Tanta ha sido la influencia de esta corriente de opinión en los últimos años entre quienes integran mayoritariamente el Poder Judicial quienes, seducidos siempre por la infame *teoría del derrame*, han llegado a sostener que “[l]a potencialidad de los riesgos que en las sociedades constituidas en el extranjero —integradas por ciudadanos argentinos que revisten el carácter de beneficiarios finales”— y que advierte el Organismo de Control, no puede ser sorteada por la vía de “mecanismos preventivos” y que conduzcan al país al ostracismo, lo cual fatalmente ocurrirá si no se percibe que los capitales, que giran en un mundo sin fronteras, buscan una confiabilidad que se traduce en que los operadores experimentan la necesidad de prácticas uniformes y los inversores, por su parte, se inclinan por aquello que mejor conocen. Este disparate total fue resuelto por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso “Inspección General de Justicia contra Veritran Ltd. Sobre Organismos Externos”, del 2 de junio de 2022, y puede responder a dos causas diferentes: supina ignorancia o total inexperiencia de los magistrados mercantiles en torno al funcionamiento y actuación de las sociedades en el mundo o la necesidad de asegurar al “supuesto” inversor extranjero (aunque detrás del mismo se escondan los pícaros empresarios argentinos de siempre) una impunidad total para desarrollar sus prácticas societarias en la República Argentina.

Finalmente, el tercer canal de opinión en torno a los objetivos de toda legislación dedicada a la existencia de personas de existencia ideal lo encontramos en los proyectos de ley en los cuales las respectivas comisiones de redacción está integrada mayoritaria por personas que componen o han integrado el poder judicial, cuando la influencia de un magistrado o ex magistrado es decisiva merced a su destacados antecedentes profesionales o académicos o —finalmente— cuando la comisión legisladora respectiva se limita a incorporar precedentes jurisprudenciales en el texto de la proyectada ley. Lo expuesto ha dado en algunas oportunidades excelentes resultados, como la participación de Isaac Halperin en la ley 19.550 o de Guillermo Borda en la ley 17.711 —para citar alguno de los casos en que ello ha acontecido—, pero otras veces el resultado ha sido a mi juicio negativo, en especial cuando se trata de la mo-

dificación de las leyes procesales o cuando se pretende incorporar dogmas que por definición constituyen proposiciones “que se asientan por firmes y ciertas y como principio innegable de una ciencia”⁽³¹⁾ y que, en materia jurídica, por referirse el derecho a la vida misma, carecen por lo general de todo valor. El mejor ejemplo de esta manera de legislar la encontramos en el fallido proyecto de reforma a la ley 19.550, cuya redacción estuvo a cargo de una comisión dirigida por el Profesor Rafael Manóvil del año 2019, que pretendió incorporar a la ley una serie de clisés o muletillas elaboradas por la Cámara Nacional en lo Comercial desde la segunda mitad de la década del setenta del siglo pasado, pensadas siempre para facilitar las tareas de jueces en el ejercicio de la magistratura, que no siempre son especialistas en la materia y que —también por lo general— carecen de toda experiencia en el funcionamiento práctico de las corporaciones, cuyos intereses eran siempre beneficiados a través de esa manera de juzgar.

Desde la sanción del primer ordenamiento mercantil codificado, tanto en Europa (1804), como en nuestro país (1862), coexistieron las dos primeras tendencias, aunque con una diferencia muy importante: la tesis que defendía los intereses de las corporaciones —legítimos o no tanto— o de los redactores de las respectivas leyes, algunos de ellos muy inclinados a la redacción de las nuevas normas para incrementar sus intereses profesionales, se manifestaron tíbiamente, porque por aquellos tiempos —épocas decimonónicas— tales ilegítimas conductas no estaban naturalizadas, como acontece en los tiempos que corren. Al respecto es oportuno recordar que la Inspección General de Justicia fue creada en el año 1893 como un cuerpo de inspectores tendientes a fiscalizar el funcionamiento de las sociedades anónimas de la por entonces Capital Federal, muchas de ellas, como aconteció efectivamente, que fueron creadas a los fines de especular con la venta o cotización de las acciones y no por su exitosa actuación en el mercado.

La ley francesa de sociedades de 1867, caracterizada por el rigor fiscalizador a cargo del Estado, intentó ser violada a través de la actuación en Francia de sociedades constituidas en el exterior, como sucedió en el caso de la sociedad “Moulin Rouge Attraction”, en el cual se pretendió disfrazar de inglesa a una sociedad francesa, para aminorar su carga impositiva y evitar la aplicación de esa nueva legislación, todo lo cual terminó con una sentencia de los tribunales galos que resolvieron que dicha sociedad era francesa, por más que la misma hubiera sido registrada en Londres. Esta sentencia trascendió al mundo y en el año 1889, fue incorporado a nuestro Código de Comercio.

Como habrá advertido el lector, el actual fenómeno del fraude jurisdiccional a través de sociedades extranjeras falsas no es nuevo en el mundo.

⁽³¹⁾ Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

La idea de darle a las figuras societarias previstas en la ley 19.550 un fin totalmente contrario a los propósitos que sus fundadores o integrantes dejaron plasmado en el estatuto se presentó en forma casi inmediata en torno a las denominadas “habilitaciones” —luego llamadas en la ley 19.550 como “sociedades de capital e industria”—, que solo sirvieron para disfrazar al trabajador en relación de dependencia como socio aportante de trabajo, en expresa violación de normas laborales e previsionales, y si bien las mismas fueron incorporadas, con este último nombre a la ley 19.550, puede afirmarse que merced a la labor y la jurisprudencia del fuero laboral de la Capital Federal, ellas nacieron prácticamente muertas en el año 1972. Paralelamente, las sociedades en comandita por acciones se convirtieron, a mediados del siglo 20, en un tipo social ideal para todo tipo de fraudes, pues la gran mayoría de sociedades de esta clase se constituyeron para ocultar bienes registrales de propiedad de su verdadero titular, que siempre permaneció oculto, a los fines de eludir y frustrar las acciones iniciadas por los acreedores de este último, todo lo cual había sido favorecido por la deficiente redacción de los legisladores de 1889, cuando previeron —y lo plasmaron expresamente en el texto del Código de Comercio— que el nombre de los socios comanditarios podía ser omitida en el estatuto, los cuales eran representadas por un “socio gestor”, que era por lo general un insolvente. Fue tanto el ambiente de fraude y simulación en torno a la actuación de las sociedades en comandita por acciones, que durante las décadas del cincuenta y sesenta del siglo veinte se la denominó como “las épocas de la fiebre de las sociedades en comandita por acciones en la Argentina”, lo que se tradujo, en la práctica, que la mayoría de las estancias de la Provincia de Buenos Aires, estuvieran a nombre de una sociedad de este tipo. Por suerte para los intereses del país y bienestar del crédito, la ley 19.550 puso fin a esta corruptela —incomprensiblemente defendida por los círculos notariales—, que nunca supo honrar la tradición jurídica de nuestra legislación patria.

Pero es un hecho cierto que no admite refutación ni requiere comprobación, que las actuaciones ilegítimas que ofrece la práctica en todos los ámbitos del derecho, dando una “segunda versión” al claro texto de una ley —como es característica de la ley 19.550, redactada por los mejores especialistas en materia de sociedades en la segunda década del siglo pasado—, tienden a desaparecer por la redacción de nuevas leyes o interpretaciones de la autoridad de control. Lo que en realidad sucede es que, descubierta una maniobra pergeñada dentro del ámbito corporativo y aplicada la sanción correspondiente, que puede provenir también de una ejemplar sentencia judicial, los mismos “rastacueros de siempre” —así denomino yo y desde hace algún tiempo, a quienes se aprovechan de las lagunas que presenta la ley para interpretar esta a su propio provecho y beneficio exclusivo— encuentran algún antídoto, para volver a las andadas, sabiendo que la invalidez de este nuevo fundamento tardará años en llegar.

Intentaremos explicar lo expuesto mediante algunos ejemplos que no son de autoría exclusiva de mi intelecto, sino que responden a lo acontecido en la práctica de las sociedades en la República Argentina. En primer lugar, y a falta de toda norma en el Código de Comercio que reprimiera a los directores o a la propia sociedad por retener sin motivo alguno las ganancias del ejercicio, los redactores de la ley 19.550 previeron en los artículos 66 inciso 3° y 70 de dicha normativa, que el principio general en materia del destino de las ganancias obtenidas por la sociedad durante cada ejercicio debía ser aprobado por la asamblea ordinaria, debiendo mediar, en cada caso, una explicación concreta y categórica del directorio, expuesta en la memoria de los estados contables, sobre las razones, suficientemente fundadas, por las cuales se aconsejaba constituir reservas con todas o parte de las ganancias obtenidas. Mediante ello, el legislador societario pretendió impedir la acumulación de los resultados positivos de cada ejercicio en una cuenta del patrimonio neto que se denominaba por aquellas épocas como “reservas libres”, las cuales, retenidas por la sociedad sin fundamento alguno, implicaba una verdadera e ilegítima retención de los dividendos que debían abonarse a los accionistas, pues ello constituía un derecho inalienable de los accionistas y que implicaba la consecución de la causa final del contrato de sociedad. *¿Qué sucedió a partir de la vigencia de la ley 19.550, en el año 1973?* Muy simple: los accionistas controlantes, apoyados por los directores, contadores y abogados de la compañía continuaron como ni nada hubiere pasado y la expropiación sin motivo de los dividendos permaneció con una opción válida por varios años más, hasta que un señor llamado Luis Mihura promovió contra la sociedad “Mandataria Rural SA” allá por mediados de la década del setenta, una demanda de nulidad de sendas decisiones asamblearias que habían persistido en la práctica de retener la totalidad de las ganancias de la entidad durante un número sucesivo e ininterrumpido de años, obteniendo el dictado de una sentencia ejemplar por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fecha 26 de diciembre de 1979, la cual, con voto del magistrado Edgardo Marcelo Alberti, puso las cosas en su lugar y obligó a la distribución de las ganancias retenidas sin motivo ⁽³²⁾.

Este fallo obtuvo una positiva reacción en nuestra doctrina, pero a pesar de ello esa viciosa práctica permaneció vigente, reapareciendo pocos años después mediante el siempre útil artilugio de cambiarle de nombre a las cosas, y en consecuencia, en lugar de trasladar las ganancias a la cuenta de “reservas facultativas” o “reservas libres”, previstas en el último párrafo del artículo 70 de la ley 19.550, tomó carta de ciudadanía una nueva cuenta, producto exclusivo de lo que se conoce como “contabilidad creativa”, que intentó, merced a dicha maniobra, retener las parte o todas las ganancias del ejercicio y destinarlas a una cuenta de ese capítulo de los estados contables (“Estado de Evolución del

⁽³²⁾ Ver fallo publicado en El Derecho 89-468.

Patrimonio Neto”) que pasó a llamarse “resultados no asignados”, que no era una reserva y que, por ello, no era necesario brindar la menos explicación para impedir su distribución entre los socios. Afortunadamente ello fue advertido años después por la jurisprudencia de nuestros tribunales, que fulminó de nulidad a dicha maniobra ⁽³³⁾ que resultó de lamentar que debieron pasar 32 años (del año 1979 al año 2011) para que nuestros jueces adviertan que se trataba de un mismo artificio para violar la ley del dividendo, fundamental para la existencia de sociedades mercantiles.

Otro ejemplo de esta manera de proceder la advertimos en materia de simulación de sociedades, conforme a la cual el simulador, de nacionalidad argentino, se mantiene oculto y se disfraza de sociedad externa [constituida en lugares tales como Delaware o Florida (EE.UU.), Luxemburgo, Islas Vírgenes Británicas, Países Bajos o Liechtenstein, entre otras tantas guaridas fiscales] y a la cual se conoce en el mundo como “sociedad *off shore*”, para incorporarse al tráfico mercantil de la República Argentina, mediante la adquisición, por parte de dicha sociedad —supuestamente extranjera— de la mayoría de las acciones de una sociedad local. Esta maniobra fraudulenta se puede concretar de varias maneras: la primera, a través de la constitución de una sociedad local en la cual participa una sociedad *off shore* o, ya registrada la sociedad local, adquiriendo la compañía externa el paquete societario de control de una entidad en la cual ya participaba el simulante argentino, como titular del control de esta.

7. UNA CONCLUSIÓN DESALENTADORA

Este es el panorama actual del derecho societario nacional, que refleja un nivel medio de moralidad que deja muchísimo que desear, pues se han perdido los valores que hicieron de la Argentina un país en donde, hace más de un siglo, confluyeron cientos de miles de personas, venidas de todas partes del mundo en búsqueda de un futuro más promisorio y que se ganaron el respeto de toda la comunidad por su vocación de trabajo, el valor de su palabra y la buena fe en todas sus actuaciones, llegando al extremo de que un presidente involucrado en una maniobra fraudulenta de alcance internacional, se niega a ser investigado, contando con el apoyo de los grandes medios de comunicación que intentan silenciar y naturalizar esas actuaciones delictuales, como si nada pasara en la República Argentina.

⁽³³⁾ CNCom., Sala E, agosto 15 de 2011, en los autos “Sucesión de Francisco Javier Loyola contra Automotores El Triángulo SA sobre ordinario”; ídem, Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza, octubre 28 de 2011, en autos “Miró de Martín Vera Nélida Susana contra Tecnicagua SA y otros sobre cuestiones derivadas de la Ley de Sociedades”; ídem, CNCom., Sala B, Diciembre 7 de 2011 en autos “Guthmann Annabel Silvia contra Atalaya SA y otros sobre medida precautoria” y fundamentalmente, CNCom., Saña B, septiembre 28 de 2012 en autos “Isabella Pascual contra Frymond SA y otros sobre ordinario”, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- AZTIRIA, Enrique, “La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia Interamericana”.
- BOMCHIL, Miguel, “Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas”, pp. 15 y 34.
- FAVIER DUBOIS Eduardo, “El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 1º de junio de 2022.
- FUSHIMI, Jorge F. “Las sociedades vehículo como relaciones de organización”, publicado en *La Ley*, ejemplar del 29 de mayo de 2024.
- MALAGARRIGA, Carlos, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, tomo I, Buenos Aires, TEA Editora, 1951 p. 633.
- MARTORELL Ernesto E., “El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades y la lesión de valores comunitarios fundamentales”, publicado en *La Ley*, ejemplar del 4 de septiembre de 2019.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios”, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1974, tomo II.
- NISSEN, Ricardo Augusto, “El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades y la lesión de valores comunitarios fundamentales”, publicado en *La Ley*, ejemplar del 4 de septiembre de 2019.
- RICHARD, Efraín Hugo, “Las sociedades vehículo como relaciones de organización”, publicado en *La Ley*, ejemplar del 29 de mayo de 2024.
- SATANOVSKY, Marcos, “Tratado de Derecho Comercial”. Ed. Tea, tomo III p. 328.
- VITOLO, Daniel Roque, “Colección Leyes Nacionales. Sociedades”, Ed. Ad Hoc, marzo de 2017, p. 177.
- YADAROLA, Mauricio, “El negocio jurídico indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista”, publicado en la *Revista Jurídica de Córdoba*, julio-septiembre de 1947, p. 373; ídem.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, “Código de Comercio y Leyes Complementarias”, Buenos Aires, Ed. Depalma, tomo I, 1964, p. 305.

EL CAPITAL SOCIAL Y LA FUNCIÓN PRECONCURSAL DEL DERECHO SOCIETARIO

POR RICARDO OLIVERA GARCÍA *

Resumen

El artículo pretende analizar la función preconcursal del derecho societario, invocada por parte de la doctrina, a partir de la función cumplida por el capital social. Acuden, con ese objeto, a los institutos de disolución por pérdidas y de infracapitalización. Se busca demostrar que ninguno de ambos institutos resulta idóneo para cumplir la función preconcursal que se les pretende asignar. El análisis debe orientarse, en cambio, hacia la profundización del establecimiento de un razonable “fiel de la balanza” entre los derechos de socios o accionistas y acreedores sobre los activos sociales, función que el concepto de capital ha dejado de cumplir. Para lograr este equilibrio, que asegure una razonable protección de los acreedores frente a la insolvencia, se propone acudir a un nuevo concepto: el de “utilidad social distribuible”. Este concepto determina la necesidad de mantener el valor de la sociedad, como estructura jurídica de una empresa en marcha, admitiendo solamente la disposición a favor de los accionistas de aquellos activos sociales cuya distribución no impida mantener el valor de la sociedad en el tiempo.

Palabras clave

Función preconcursal. Disolución por pérdidas. Infracapitalización. Utilidad social distribuible

SHARE CAPITAL AND THE PRE-INSOLVENCY FUNCTION OF COMPANY LAW

Abstract

The article seeks to analyze the pre-insolvency function of corporate law, as invoked by certain strands of legal scholarship, through the lens of the role traditionally

* Catedrático de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay (1978-2021), así como en la Universidad Católica del Uruguay y en la Universidad de Montevideo (fundador de estas dos últimas cátedras). Académico de número fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay (académico presidente 2019-2025). Académico correspondiente de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Decano emérito de la Universidad de Montevideo.

attributed to share capital. To this end, it examines the doctrines of dissolution due to losses and undercapitalization. The aim is to demonstrate that neither of these doctrines is suitable for fulfilling the pre-insolvency function that some have sought to assign to them. Instead, the analysis should be oriented toward deepening the establishment of a reasonable "balance point" between the rights of shareholders and creditors over corporate assets—a function that the concept of capital has ceased to perform. In order to achieve such equilibrium, ensuring a fair level of creditor protection against insolvency, the article proposes recourse to a new concept: that of distributable social utility. This concept entails the necessity of preserving the value of the corporation as the legal structure of a going concern, permitting distributions to shareholders only with respect to those assets whose allocation does not impair the preservation of the company's value over time.

Keywords

Pre-insolvency function. Dissolution for loss. Under-capitalisation. Distributable social utility.

INTRODUCCIÓN

Los mundos académicos contruidos respectivamente en torno del derecho societario y del derecho concursal han venido sufriendo un progresivo y sostenido distanciamiento. La aparición de legislaciones especiales, escindidas de los códigos de comercio decimonónicos, de cátedras independientes en las facultades de derecho, de publicaciones especializadas y de eventos académicos propios e independientes, en cada una de estas disciplinas, han determinado un alejamiento entre los estudios societarios y concursales, que amenaza con profundizarse con el paso del tiempo.

No pretende nuestra afirmación transformarse en un alegato en contra de la aparición de áreas especializadas dentro del vasto mundo del derecho comercial. Si algo nos enseñaron maestros históricos como Ascarelli, Garrigues o Galgano es que, la característica más relevante de la materia comercial es su constante y permanente dinamismo, su necesaria adaptación al ritmo inexorable de los tiempos y de la evolución de la realidad económica y social. Esto ha determinado que, en el mundo jurídico empresarial, presenciemos el desarrollo exponencial de disciplinas que antes solo merecían una mención lateral u ocasional.

No obstante, retornando a la temática societaria y concursal, pilares históricos de la materia comercial, estas se encuentran alcanzadas por un objetivo común: aumentar o preservar en el tiempo el valor de las estructuras empresariales que subyacen tras las formas societarias, tanto cuando estas se encuentran *in bonis*, como cuando deben afrontar situaciones de crisis. El concepto de interés social, al cual han convergido las diferentes concepciones doctrinarias, determina que la preservación del valor de la sociedad se transforme en el interés común de todos los sujetos involucrados con la vida de las sociedades

comerciales; cuando estas se encuentran *in bonis*, con la finalidad de asegurar y maximizar el lucro de sus accionistas en el tiempo y, ante las crisis empresariales, fenómeno normal e inevitable de toda economía de mercado, para preservar el crédito y maximizar su recuperación por los acreedores sociales.

Esta convergencia es producto de la evolución ocurrida tanto en el derecho societario como en el concursal. En el primero, superando la contienda entre las concepciones contractualistas e institucionalista, las cuales han venido coincidiendo en el entendimiento común de que el interés social se encuentra alineado con la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los socios o accionistas (actuales, futuros y eventuales) como para los terceros (*stakeholders*) ⁽¹⁾. En el segundo, a través del reconocimiento de la función solutoria del derecho concursal, cuya función es procurar la mejor satisfacción de los acreedores, a quienes corresponde, ante el estado de insolvencia del deudor, la decisión última sobre la opción más adecuada para optimizar el valor de la sociedad en crisis, con el objetivo de lograr la mejor satisfacción de sus derechos de crédito, objetivo también alineado con la preservación del valor social ⁽²⁾.

El derecho societario y el concursal coinciden además en establecer las reglas de juego que ordenan el funcionamiento empresarial, estableciendo los riesgos inherentes a las decisiones que adoptan día a día los operadores económicos. Es un error común afirmar que el ámbito de aplicación del derecho concursal se circunscribe a las empresas en crisis o en estado de insolvencia. Esto no es así, las reglas y efectos que la ley establece como consecuencia de la insolvencia son esenciales para la toma de decisiones de las empresas, durante toda su vida, tanto cuando estas otorgan crédito como cuando lo reciben.

Asumiendo, como expresamos antes, que el fracaso y la crisis son consecuencias naturales de la adopción de las necesarias decisiones de riesgo que impone toda actividad empresarial, las soluciones que el derecho adopta son elementos esenciales a la hora de adoptar decisiones de inversión. De este modo, tanto las regulaciones societarias como las concursales forman parte del elenco de incentivos (o desincentivos) tomados en cuenta al asumir el riesgo que implica adoptar decisiones de negocios, e inciden en el proceso de generación de valor para las empresas.

Alguna prestigiosa doctrina ⁽³⁾ ha procurado promover este acercamiento entre la normativa societaria y concursal, con el loable propósito de buscar una

⁽¹⁾ OLIVERA GARCÍA, R., “Neocontractualismo societario: repensando la sociedad comercial”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 6ª época, año I, enero-junio-2024, N.º 1-2, p. 32.

⁽²⁾ OLIVERA GARCÍA, R., “La jerarquización del acreedor quirografario en la nueva ley uruguaya de concursos”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 14, Montevideo: FCU, 2012, pp. 383-384.

⁽³⁾ RICHARD, E. H., “La causal de la disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria: una aprecia-

coordinación y armonización de sus soluciones. Para esto, ha buscado hallar en la normativa societaria algunas normas que cumplirían una función de pre-concursalidad, previniendo las situaciones de insolvencia. Para esto, invoca la causal de disolución por pérdidas que consagran diversas legislaciones en materia societaria, así como los desarrollos realizados en torno al concepto de infracapitalización, recogidos también por alguna doctrina y legislación.

No podemos menos que aplaudir calurosamente esta iniciativa, que mucho prestigio a su impulsor, que será siempre recordado por esta importante propuesta ⁽⁴⁾. Esta tiene la enorme virtud de buscar mitigar la absurda grieta que, según expresáramos, se ha venido produciendo entre el derecho societario y el concursal. Sin embargo, consideramos que los ejemplos a los que acude su impulsor no son, precisamente, los que mejor ilustran el logro de este propósito. La iniciativa de disolver las sociedades cuando estas han perdido el total o una porción significativa de su capital no es una solución alineada con los propósitos del derecho concursal. Por su parte, el instituto de la infracapitalización societaria merece un previo y muy profundo análisis, para evitar que puesto en manos de quienes carecen del criterio y de la formación suficientes, se transforme en un factor de destrucción de valor para la actividad de los negocios.

Son otros los desarrollos que deben realizarse en el análisis de los institutos societarios para aproximarlos al loable objetivo de dotarlos de una función preventiva de las situaciones de crisis, que atiende la normativa concursal.

1. LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS: UN CONCEPTO SUPERADO

La causal de la disolución de las sociedades comerciales por la pérdida total o parcial del capital es un principio fuertemente arraigado a la historia del derecho societario. Este aparece consagrado en el Código de Comercio español de 1829 (fuente directa de los códigos argentino y uruguayo), en la Ley francesa de sociedades anónimas de 1867, en el Código de Comercio italiano de 1882 y en el Civil de 1942, en la Ley de sociedades anónimas española de 1951 y, como no podía ser de otro modo, en las leyes societarias argentina de 1972 y uruguaya de 1989 ⁽⁵⁾.

Parte de la idea de que el capital es un elemento esencial de las sociedades comerciales y que, cuando este se pierde y no resulta recompuesto (reinte-

ción comparatista entre las legislaciones colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, N.º 277, pp. 399 y ss.

⁽⁴⁾ Vayan estas manifestaciones como un justo y merecido recuerdo al querido Maestro Efraín Hugo Richard.

⁽⁵⁾ Otras legislaciones, como Brasil, Chile y Portugal no han consagrado este instituto. Tampoco se establece en la *Model Business Corporation Act* de los Estados Unidos de América. Esta causal de disolución tampoco se consagra en el proyecto de reforma a la Ley uruguaya de Sociedades Comerciales, sancionado en forma unánime por el Senado en 2024.

grado) por los accionistas ⁽⁶⁾, la sociedad no puede continuar operando. Esto surge con especial relevancia en aquellos tipos sociales en los cuales no existe responsabilidad personal de socios o accionistas por las obligaciones sociales (mal llamadas: “sociedades con responsabilidad limitada”). Se trata de trasladar al derecho de las sociedades comerciales el llamado “principio de la responsabilidad patrimonial universal”, según el cual los bienes todos del deudor son la garantía común de sus acreedores (art. 743 Cód. Civ. y Com., art. 2372 CCU).

La disolución por pérdida del capital social parte de la idea —equivocada— de que, en las sociedades comerciales, los pasivos están llamados a ser pagados con el producido de la realización de sus activos; por lo que, cuando estos activos resultan insuficientes, la sociedad se encontraría en una suerte de estado de insolvencia actual o inminente, que justifica su disolución.

Esta aseveración no es correcta. En toda empresa en marcha, los pasivos sociales tienen la vocación de ser pagados no con la realización de dichos activos sino con el flujo de fondos futuros generado por su actividad. La insolvencia de una sociedad se produce cuando los ingresos generados por dicha actividad resultan insuficientes para pagar sus obligaciones, a medida que estas resultan exigibles. La insolvencia es un fenómeno eminentemente financiero que se determina en función de un análisis de su flujo de fondos presentes y futuros. Una sociedad que ha perdido su capital puede mantener su capacidad de pago a los acreedores, en la medida que los recursos generados le permitan continuar cumpliendo con sus obligaciones.

Pueden existir situaciones coyunturales que provoquen pérdidas que erosionen el patrimonio neto de la sociedad. Pero esto no supone que sea insolvente ni que, por esto, pierda su capacidad para continuar funcionando sin que se vea comprometida su viabilidad. Prueba elocuente de ello resulta la aprobación en el pasado de leyes especiales que, ante cambios abruptos en la política cambiaria —que determinaron la generación de pérdidas muy importantes por diferencias de cambio en las sociedades endeudadas en moneda extranjera— resultó necesario aprobar normas legales que suspendieran la aplicación de las normas societarias de disolución por pérdidas. En Uruguay, esto sucedió con las leyes 15.425 y 17.555, aprobadas en ocasión de las crisis de 1982 y 2002. Lo mismo ocurrió en la República Argentina: ley 23.697 de 1989, decreto DNU 1269/2002, ley 26.078 de 2006, ley 27.541 de 2019.

Por otra parte, las normas internacionales de contabilidad con las que se preparan los estados contables no resultan idóneas para determinar el valor de los activos sociales. Estas determinan el valor de dichos activos, en forma estática, por su costo histórico de adquisición (ajustado o no), sin considerar el

⁽⁶⁾ OLIVERA GARCIA, R., “Reintegro del capital social”, *Revista de Derecho Comercial*, 5ª. época, año I, N.º 1 (enero-marzo 2016), p. 3 y ss; también en *Ensayos sobre sociedades comerciales*, Montevideo: La Ley, 2020, p. 193 y ss.

flujo de fondos que estos son capaces de generar. En el caso de los activos fijos, la determinación de este valor tampoco coincide con su precio de realización en un escenario de liquidación, por cese de la actividad social. Finalmente, tampoco se toma en consideración la existencia de activos intangibles (denominada por alguna doctrina “valor llave”) producto de considerar el mayor valor, determinado por el valor presente del flujo de ingresos esperado.

Por último, la consecuencia de la disolución por pérdida del capital social se contradice con el propio objetivo de la legislación concursal de preservar el valor de la empresa. Los procesos de liquidación —aun fuera de una situación concursal— son procesos de importante destrucción de valor, ya que determinan la pérdida del valor de la sociedad derivado su calidad de empresa en marcha, tanto para los propios accionistas como para los *stakeholders*, perjudicando la expectativa de los acreedores de lograr la mejor satisfacción de sus créditos. Es unánimemente entendido que el valor de una empresa no se determina por su patrimonio contable, calculado por la diferencia entre el valor de sus activos y de sus pasivos. Se determina por el valor presente del flujo de sus beneficios esperados, descontado al costo promedio de su financiamiento (WACC). Esta expectativa de flujo de fondos futuros desaparece cuando la sociedad se disuelve y cesa su actividad. En la mayoría de los casos, el estado de liquidación producto de la disolución de la sociedad provoca una muy significativa destrucción de este valor. De ahí que la mayoría de los regímenes concursales pongan especial atención en, ante situaciones de insolvencia, procurar la reestructuración de sus pasivos o la venta de la empresa en marcha.

Todo lo expuesto lleva a sostener que las normas en materia de disolución por pérdidas no cumplen una función preventiva de la insolvencia, por lo que no puede acompañarse la iniciativa de asignar a este instituto una función preconcursal.

2. LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA TAMPOCO APORTA UN CRITERIO CLARO DE PREVENCIÓN DEL CONCURSO

La cuestión de la capitalización adecuada de las sociedades comerciales responde a lo que alguna doctrina menciona como la función de productividad del capital social ⁽⁷⁾. Imponer a las sociedades el mantenimiento de una capitalización adecuada supone que, en la ecuación de financiamiento —recursos propios y recursos de terceros— la proporción de recursos propios utilizados debe tener un porcentaje razonable, en función del nivel y naturaleza de las inversiones que la sociedad se propone realizar.

⁽⁷⁾ FERRI, G., *Le società*, Torino: UTET, 1987, p. 422; FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Milano: Giuffré, 1996, p. 274; SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova: Cedam, 1959, p. 259; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Bolonia: Real Colegio de España, 1973, pp. 40-43.

Cuando hablamos de recursos propios nos estamos refiriendo, no solamente al capital social integrado por los accionistas, sino a los que conforman los restantes rubros del patrimonio neto de la sociedad; es decir, fundamentalmente, a aquellos provenientes de utilidades sociales generadas por la propia actividad social y que, por diferentes razones, los accionistas optan por no distribuir como dividendo, resolviendo la capitalización de estos (aumento nominal de capital) o manteniéndolos como reservas o resultados acumulados. Es lo que la doctrina ha denominado: autofinanciamiento societario ⁽⁸⁾.

Por esta razón, algunos autores han preferido hablar de infrapatrimonialización de la sociedad, en vez de referirse a infracapitalización ⁽⁹⁾.

El instituto se basa en el principio de que, cuando los recursos propios, aportados o retenidos, son exageradamente insuficientes para financiar la operativa social, el riesgo de las decisiones de negocios asumidas por los accionistas resulta irrelevante, muy poco significativo, produciéndose una desmesurada externalización de dicho riesgo sobre los acreedores sociales. Esto determina que exista un incentivo para que los administradores sociales realicen inversiones más riesgosas, que pueden poner en peligro la estabilidad financiera de la sociedad ⁽¹⁰⁾.

La legislación societaria uruguaya no hace mención alguna a la infracapitalización; es más, no existe tampoco ninguna norma que imponga a las sociedades comerciales la integración o mantenimiento de un capital mínimo, cualquiera sea el tipo social de que se trate ⁽¹¹⁾. En cambio, la ley 18.387 incluye a la infracapitalización entre las presunciones de culpabilidad del concurso.

Pocos conceptos han sido más maltratados que el de infracapitalización societaria. Esta circunstancia exige realizar algunas precisiones importantes respecto de este.

En primer lugar, la imposición del mantenimiento de un capital adecuado no implica, en ningún caso, sostener que la sociedad no pueda financiarse con recursos de terceros. Es más, el financiamiento con recursos de terceros es un requisito indispensable para el buen funcionamiento societario y para la creación de valor por la sociedad. Podría afirmarse que el financiamiento con recursos de terceros forma parte del deber de diligencia de un buen hombre de negocios que la ley impone a los administradores sociales.

⁽⁸⁾ ODRIOZOLA, C., “Algunas consideraciones sobre el autofinanciamiento de las empresas”, J.A., 1964-1-33; OLIVERA GARCÍA, R., “El autofinanciamiento de las sociedades anónimas”, Anuario de Derecho Comercial, t. 4, Montevideo: FCU, 1988, p. 39;

⁽⁹⁾ RICHARD, E.H., “Falta de patrimonio societario: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?”, *El Derecho*, 10.12.2008.

⁽¹⁰⁾ PAZ-ARES, C., “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994, p. 253 y ss.; “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho Civil* (español), tomo XXXVI, fasc. III., octubre-diciembre de 1983, p. 1588; OLIVERA GARCÍA, R., “Infracapitalización societaria: un tema de Derecho y Economía”, *Anuario de Derecho Comercial*, FCU: Montevideo, 2010, t. 13, p. 11 y ss.

⁽¹¹⁾ La ley 18.083 de 2006 derogó todas las exigencias de capitales mínimos y máximos para las sociedades comerciales.

Las decisiones de inversión de los administradores suponen que la rentabilidad esperada de estas tenga un valor presente positivo, descontándose el flujo de sus beneficios esperados a una tasa equivalente al costo promedio del financiamiento social (WACC). Este costo de financiamiento se forma, tanto por el costo de financiarse con recursos de terceros como el de hacerlo con recursos propios. El costo del financiamiento con recursos de terceros es siempre menor que el de los recursos propios, en la medida que el riesgo empresarial asumido por los acreedores resulta siempre menor que el asumido por los accionistas. Por lo tanto, el mayor financiamiento con recursos de terceros reduce el costo promedio del financiamiento global y favorece la realización de inversiones. Es lo que la doctrina financiera denomina “efecto *leverage*”.

Por lo tanto, el financiamiento con recursos de terceros es bueno y saludable, pues favorece la realización de inversiones y aumenta el valor de las empresas.

En segundo lugar, la exigencia de una capitalización adecuada no puede representar un argumento para prescindir del principio de limitación de responsabilidad que ha informado a todo el derecho societario por más de cuatro siglos y que constituye un pilar esencial del desarrollo de la economía capitalista. Los accionistas tienen el legítimo derecho de acotar sus riesgos empresariales a la inversión de capital realizada, sin que proceda que se les imponga la obligación de realizar una capitalización adicional o se les impongan obligaciones adicionales ante situaciones de crisis.

La limitación del riesgo del accionista representa un requisito esencial a la hora de la adopción por estos de decisiones de inversión. Poner en crisis este principio supondría crear un perjuicio para toda la actividad económica, ya que perjudicaría las decisiones empresariales para todas las sociedades *in bonis*, alterando gravemente el funcionamiento del mercado. El daño que provocaría poner en entredicho el principio de limitación de responsabilidad, esencial de la economía de mercado, sería un acto de auténtico terrorismo contra el funcionamiento de esta.

Tampoco es razonable hacer responsables a los administradores por las pérdidas patrimoniales de la sociedad que no hubieran podido ser cubiertas por una nueva capitalización. Es correcto afirmar que la infracapitalización puede traducirse en un aumento del riesgo empresarial y en el consiguiente aumento del costo de su financiamiento con recursos de terceros. Esto determina aumentar el costo promedio de dicho financiamiento (WACC), lo cual impondría al administrador diligente abstenerse de realizar inversiones que, descontadas a una tasa de interés más alta, no permitieran proyectar razonablemente para la sociedad un valor presente positivo del flujo de fondos esperado.

En tercer lugar, como se expresó antes, la infracapitalización determina un aumento del riesgo empresarial, el cual se traduce en un incremento en

el costo del financiamiento. En un sistema con un adecuado acceso a la información, los acreedores tienen normalmente la posibilidad de externalizar este riesgo, a través del aumento en las tasas de interés, explícita o implícita, a percibir por sus créditos; o, simplemente, de retacearlos. Es decir que el propio mercado es normalmente capaz de neutralizar los efectos de esta falta de una capitalización adecuada por parte del deudor. Por lo tanto, responsabilizar a accionistas o a administradores por la falta de una capitalización adecuada implicaría duplicar la retribución de los acreedores, que ya tuvieron la oportunidad de trasladar al costo del financiamiento el mayor riesgo provocado y asumido ⁽¹²⁾.

Es correcto afirmar que no todos los acreedores tienen la posibilidad de externalizar el riesgo derivado de la infracapitalización. Existen acreedores involuntarios, derivados de daños causados por la sociedad fuera de sus relaciones contractuales con terceros, así como los llamados “acreedores espontáneos”, que carecen de la capacidad de negociación para externalizar el riesgo crediticio (laborales, fiscales, etc.).

No obstante, nos estamos refiriendo a una porción reducida del financiamiento empresarial, situación que no justificaría afectar, en forma genérica y universal, el régimen de responsabilidad societaria.

3. EL CONCEPTO DE CAPITAL Y EL BALANCE DE DERECHOS DE SOCIOS Y ACREEDORES SOBRE LOS ACTIVOS SOCIALES

Nuestras consideraciones no pretenden hacer zozobrar la iniciativa de tender puentes entre el derecho societario y el concursal. Por el contrario, el derecho societario ofrece mecanismos preventivos de la insolvencia, a través de la regulación adecuada de los derechos de socios y acreedores sobre los activos que componen el patrimonio social.

Las propuestas analizadas en los capítulos anteriores tienen en común referirse al concepto de capital social y a su función de garantía para los acreedores sociales. En consecuencia, consideramos que es, a partir de este instituto, que debemos explorar los vínculos entre ambos plexos normativos.

Partiendo de la base de que las sociedades comerciales hunden sus raíces en los confines de la historia ⁽¹³⁾, el concepto de capital social puede considerarse un instituto relativamente moderno, ligado al fenómeno mucho más reciente de la aparición de la sociedad anónima y del principio de limitación

⁽¹²⁾ OLIVERA GARCIA, R., “Infracapitalización societaria: un tema de Derecho y Economía”, cit., pp. 34-36.

⁽¹³⁾ Los primeros textos legales conocidos sobre negocios societarios pueden encontrarse en el Código de Hammurabi (1750 a.C.)

de responsabilidad ⁽¹⁴⁾, considerados por el maestro francés Georges Ripert ⁽¹⁵⁾ como uno de los aportes más notables realizados por la ciencia jurídica a la economía capitalista.

El concepto de capital surge en el derecho societario a partir de una preocupación esencial: no siendo en las sociedades de capital los socios o accionistas personalmente responsables por las obligaciones sociales y estando limitada la garantía de los acreedores a aquellos bienes y derechos que componen el patrimonio de la sociedad, cómo establecer un límite a la potestad de los accionistas de disponer de recursos de la sociedad antes de haber satisfecho o en perjuicio de los derechos de sus acreedores. En los demás tipos sociales existentes hasta entonces (colectivas, en comandita) esta preocupación no existía pues, ante la insuficiencia de los activos sociales para satisfacer a los acreedores, estos podían siempre perseguir el patrimonio personal de los socios o de algunos de ellos.

El concepto de capital aparece entonces como la pretensión de fijar un límite, establecer el fiel de la balanza entre los derechos, por un lado, de los socios o accionistas y, por otro, de los acreedores sobre los bienes y derechos que conforman el patrimonio social ⁽¹⁶⁾. Este es el origen de ingeniosas figuras, algunas con cierto contenido poético, utilizadas por prestigiosa doctrina que habla, por ejemplo, de “línea de retención” (Thaller) ⁽¹⁷⁾, lo equipara al “recipiente destinado a medir el grano” (Vivante) ⁽¹⁸⁾ o al “dique que contiene las aguas” (Garrigues) ⁽¹⁹⁾; todas con un objetivo de explicar su fundamento. Con esta perspectiva, los recursos que superaran este límite —línea, continente o dique— serían de libre disposición por los socios o accionistas como dividendos, mientras que los restantes serían garantía de los acreedores y su distribución se encontraría sujeta a que se asegurara la previa satisfacción de estos.

En esta aproximación, que pretendió ser ingeniosa, el capital formado por los aportes de los socios o accionistas, tomados por su valor histórico al momento de su aporte, no podía ser retirado sin satisfacer antes a los acreedores, los cuales supuestamente tenían como garantía esencial el valor de los bienes y derechos aportados. En cambio, resultarían disponibles —como

⁽¹⁴⁾ GALGANO, F., *Historia del Derecho Mercantil*, trad. J. Bisbal, Barcelona: Laia, 1987, pp. 75-76, OLIVERA GARCÍA, R., “Lucro, sociedad y dividendo”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2ª época, año LXI, N° 54 (2016), p. 7.

⁽¹⁵⁾ RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ª ed., París: LGDJ, 1951, p. 109.

⁽¹⁶⁾ MANNINGS, B. — HANKS, J.J., *Legal capital*, New York: Foundation Press, 1990, p. 92.

⁽¹⁷⁾ THALLER, E., “De l’augmentation du capital par transformation en actives, soit du passif, soit des reserves de la société”, *Annuaire de Droit Commercial* (1907), p. 177.

⁽¹⁸⁾ VIVANTE, C., *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. de Espejo de Hinojosa, Madrid, 1932, vol. II, p. 208.

⁽¹⁹⁾ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, vol. I-2, p. 637,

dividendo— el valor de los bienes y derechos (activos) que excedieran dicho límite.

Esta función de garantía es la más antigua, trascendente e importante atribuida al capital social. Es la función que se encuentra genéticamente vinculada al propio nacimiento del concepto, el cual pretende establecer —como vimos— el fiel de la balanza entre los derechos de socios o accionistas y acreedores sobre el patrimonio social. Estaría marcando, de este modo, el límite de la utilidad distribuable por la sociedad dividendo, sin lesionar los derechos de garantía de los acreedores sobre los activos sociales.

Sin embargo, es en el cumplimiento de esta función de garantía que el concepto tradicional de capital ha fracasado en forma más terminante.

Para comenzar, el criterio propuesto claramente no toma en cuenta el efecto de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, especialmente en los regímenes que disponen que el capital debe expresarse en moneda nacional. En los países latinoamericanos, históricamente expuestos a fenómenos inflacionarios —en ocasiones atroces— la cifra de capital medida como el valor en moneda nacional de los bienes aportados queda frecuentemente reducida a valores absolutamente ridículos que no pueden cumplir nunca la función de cifra de retención que se le pretende atribuir. La técnica contable ha incorporado en la confección de los estados financieros de las sociedades otros rubros patrimoniales no distribuibles, como las primas de emisión o los ajustes al valor de los activos sociales, los cuales no tienen su génesis en utilidades contables y conforman el llamado “patrimonio neto” de la sociedad. Sin embargo, estos aportes de la técnica contable son insuficientes para dar solución al problema de la ineficacia, tanto del capital social como del patrimonio neto para cumplir esta función de garantía.

Pero, además, la atribución al capital de una función de garantía no toma en cuenta que la sociedad es la estructura jurídica de una empresa en marcha, la cual tiene su propio proyecto de expansión y su propia estructura de financiamiento. Como vimos antes, este financiamiento tiene como fuentes, no solamente los recursos aportados por los socios o accionistas y los captados de terceros (pasivos), sino también, y fundamentalmente, los generados por la propia sociedad y aplicados por esta al autofinanciamiento. En países con importante incertidumbre sobre la estabilidad de sus políticas económicas y un escaso acceso al crédito financiero, el financiamiento con las propias utilidades constituye una fuente esencial del financiamiento societario ⁽²⁰⁾. En la mayoría de los casos, una política social de distribución como dividendo de la totalidad de las utilidades que arrojan los estados contables de la sociedad habrá de representar un auténtico y progresivo proceso de vaciamiento de esta.

⁽²⁰⁾ OLIVERA GARCÍA, R., “El autofinanciamiento de las sociedades anónimas”, cit., p. 39.

El tema esencial es que el concepto de utilidad distribuible por la sociedad —la supuesta contracara del capital— no resulta asimilable al que surge de los estados contables, preparados de acuerdo con normas contables adecuadas. La doctrina ⁽²¹⁾ ha debatido mucho sobre el concepto de utilidad, descartando categóricamente la aplicación del criterio contable tradicional y acudiendo a otros criterios alternativos: el mantenimiento del volumen de los activos; el mantenimiento de activos necesarios para producir el mismo volumen de bienes y servicios; el mantenimiento de activos necesarios para producir el mismo valor bienes y servicios.

Para muchos autores, se abre camino entonces a lo que se ha llamado el “concepto económico de capital social” por oposición al concepto contable, debiendo identificarse como aquel que resulta necesario para mantener el valor de la sociedad en el tiempo, asegurando a ella su capacidad económica en el mercado ⁽²²⁾.

Las circunstancias expuestas demuestran la insuficiencia del concepto de capital para garantizar un límite entre los derechos de socios o accionistas y acreedores sobre los activos sociales ⁽²³⁾. Deja, sin embargo, pendiente la fijación de un criterio alternativo para establecer dicho límite necesario.

⁽²¹⁾ KERR, J., “Three concepts of business income”, *The Australian Accountant*, (1956); GYNTHIER, R., “Capital maintenance, price changes and profit determination”, *The Accounting Review*, vol. XLV N° 4 (1970), p. 712; FOWLER NEWTON, E., *Cuestiones contables fundamentales*, Buenos Aires: Macchi, 1992, p. 45.

⁽²²⁾ ALEXANDER, S., “Income measurement in a dynamic economy”, *Five monographs on business income*, New York: American Institute of Accountants, 1950, p. 25.

⁽²³⁾ Desde hace ya varias décadas nos hemos preocupado de este tema: OLIVERA GARCÍA, R., “Necesaria revisión del concepto de capital social”, *Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Mar del Plata, 1996; “La obsolescencia del concepto de capital social”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo: FCU, 1996, tomo 7, p. 21; “Algunas necesarias conclusiones y propuestas sobre la revisión del concepto de capital social”, *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Colonia, 1997, p. 297; “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, *Sociedad anónima y relaciones de organización* (Richard, coord.), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 24; “La crisis del concepto de capital social”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Alvarez* (Olivera García, coord.), Montevideo: FCU, 1999, p. 290; también *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Depalma, 1999, año 32, N° 187, p. 369; “Infracapitalización societaria: Un tema de derecho y economía”, cit., p. 11; “Reintegro del capital social”, cit., p. 3; “Autofinanciamiento por enriquecimiento: cuestión axial del régimen societario”, *Doctrina y Jurisprudencia Civil*, año 6, Montevideo: FCU, 2018, p. 203; “Capitalización de pasivos”, *Revista de Derecho Comercial*, 5ª época, vol. IV, N° 13, Montevideo: La Ley Uruguay, 2019, p. 3. También lo ha hecho prestigiosa doctrina rioplatense: ARAYA, M., “Repensar la noción de capital social”, *Derecho Empresarial actual. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Cuadernos de la Universidad Austral N° 1, Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 33; “Pérdida del capital social”, *Ley de Sociedades Comerciales: Estudios a los 25 años de su vigencia*. (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley Uruguay, 2015, t. I, p. 205; “Nuevas reflexiones sobre la pérdida del capital social y la cesación de pagos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número 2019-2 (2019), p. 91-105; “Nuevas reflexiones sobre el capital social”, *Estudios de Derecho Comercial. Homenaje al Prof. Dr. José A Ferro Astray en el centenario de su nacimiento (1919-2019)*, (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley Uruguay, 2020, p. 83. p. 83-110. Nos apresuramos a señalar, entonces, que el análisis

4. LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO BALANCE ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES

Si bien ha quedado demostrada la notoria insuficiencia del concepto de capital para el cumplimiento de esta función protectora de los acreedores, resulta necesario analizar su sustitución por algún otro criterio alternativo que cumpla esta función. Se plantea necesariamente el desafío de hallar un nuevo “fiel de la balanza” entre los derechos de socios o accionistas y acreedores sobre los activos que forman el patrimonio social. El fracaso en este intento nos condenaría a un mayor riesgo societario, un mayor costo del crédito y un menor nivel de inversión.

La doctrina ha procurado establecer criterios alternativos para el cumplimiento de esta función de garantía, proponiendo otros límites a la potestad de los órganos sociales para disponer la distribución de los activos sociales entre socios o accionistas.

En este sentido, se ha planteado el *equity insolvency test*, de acuerdo con el cual una distribución de utilidades será ilícita si la sociedad es insolvente o deviene insolvente ⁽²⁴⁾ como consecuencia de dicha distribución. Un criterio alternativo —ya puesto en entredicho— es *balance sheet test*, de acuerdo con el cual no sería posible el pago de un dividendo cuando los pasivos sociales superan a sus activos.

El *Model Business Corporation Act*, publicado por la American Bar Association (*Business Law Section*) y adoptado por la amplia mayoría de los estados en los Estados Unidos de América, prescinde del concepto de capital social y establece ambas restricciones en forma acumulativa para la distribución de dividendos. Lo mismo hacen las leyes de California y Delaware, aun cuando este último estado mantiene, de todos modos, el concepto de capital social.

En el Derecho europeo, el tema fue motivo de intensa polémica con motivo de la aparición en el Reino Unido del trabajo titulado “Reforming capital”, editado por Jonathan Rickford, recogiendo los trabajos del *Interdisciplinary Group on Capital Maintenance* del *British, Institute of International and Comparative Law* ⁽²⁵⁾, el cual propone abandonar la idea de capital social como criterio de protección de los acreedores, sustituyéndolo por un test de insolvencia de la sociedad.

del mantenimiento del concepto de capital en las sociedades comerciales no es uno de aquellos casos del cambio de paradigmas societarios marcados por la posmodernidad (VITOLO, D., *La difuminación de la función del capital social como elemento y requisito esencial en el derecho de sociedades*, Santiago de Chile: Ed. Olejnik, 2021, p. 55).

⁽²⁴⁾ Se entiende por insolvencia la impotencia de la sociedad de cumplir con sus obligaciones a su vencimiento. Ver OLIVERA GARCÍA, R., “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal”, *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Montevideo: La Ley Uruguay, t. I, p. 31.

⁽²⁵⁾ RICKFORD, J., “Reforming capital”, *European Business Law Review* (2004), London: Wolters Kluwer, p. 921.

Contra este planteo se alzó la doctrina alemana, liderada por Marcus Lutter⁽²⁶⁾, que publicó una obra conteniendo numerosos estudios, tendientes —todos ellos, sin excepción— a defender el criterio tradicional de capital social, establecido por el derecho continental y contenido en la Segunda Directiva de la Unión Europea sobre Derecho de Sociedades de 1976.

Sin embargo, consideramos que ninguna de estas propuestas resulta suficiente para establecer un criterio alternativo de determinación de la porción de los activos sociales que puede ser distribuido a los socios o accionistas como dividendos y aquella otra porción que deben ser preceptivamente retenida por la sociedad para aplicarla a su autofinanciamiento.

Entendemos que la solución debe orientarse en otro sentido. Es necesario explorarla a través de la correcta interpretación de cuándo existe utilidad social o, más precisamente, de utilidad social distribuible. Esta es la verdadera cuestión por resolver. Esta resulta esencial para establecer, para la sociedad, un balance entre los derechos de socios o accionistas y acreedores, y preservar —desde el mundo del derecho societario— su derecho al crédito.

5. EL CONCEPTO DE UTILIDAD SOCIAL DISTRIBUIBLE COMO CRITERIO DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

Como se destacó antes, el derecho de los socios o accionistas a disponer de los activos sociales no puede, en ningún caso, perjudicar el derecho de crédito de sus acreedores. Esto nos impone replantear cuál es, durante la vida de la sociedad, el límite del derecho de los primeros de apropiarse de los activos sociales.

La utilidad social fue históricamente la contracara del concepto de capital. Como vimos antes, genéticamente, el concepto de capital surge con la aparición de las sociedades llamadas “de capital”, en las cuales la garantía de los acreedores se circunscribe a los bienes y derechos que componen el patrimonio de la sociedad, sin que exista un derecho de parte de estos a perseguir además el patrimonio personal de los socios o accionistas.

Como acotación lateral, es importante destacar que se habla corrientemente de “responsabilidad limitada” de los socios o accionistas; esta expresión resulta incorrecta. Lo que existe es la limitación de la garantía de los acreedores a aquellos activos que integran el patrimonio de la sociedad deudora, sin que tengan estos ningún derecho a perseguir los activos que forman el patrimonio de los socios o accionistas, personas diferentes a la sociedad con un patrimonio propio y autónomo. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades determina que se reconozca además la existencia de una separación

⁽²⁶⁾ LUTTER, M. “Legal capital of public companies in Europe. Executive summary of consideration by the experts group of Legal capital in Europe”, *Legal capital in Europe* (Lutter, dir.), Berlin: De Gruyter Recht, 2006, p. 1. La obra contiene además 26 estudios de juristas alemanes y de otras nacionalidades, coincidentes en la misma línea de pensamiento.

patrimonial entre estas y sus socios o accionistas. La mal llamada “limitación de responsabilidad” no es, por lo tanto, una solución de excepción, sino la solución de principio que surge inexorablemente de la separación subjetiva y patrimonial que existe entre el socio y la sociedad.

La personalidad jurídica societaria tiene, además, como consecuencia necesaria, que esta tenga un interés social propio, no necesariamente coincidente con el interés personal y puntual de los socios o accionistas. A esta altura del desarrollo del derecho societario, nadie duda sobre la existencia de un interés social. Y, más allá de las interminables disputas entre contractualistas e institucionalistas, unos y otros convergen en sostener que el interés social se encuentra alineado con la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales en el tiempo ⁽²⁷⁾. Este criterio beneficia tanto a los socios o accionistas actuales, como a los futuros, además de a los terceros (*stakeholders*) que se relacionan jurídicamente con la sociedad y que tienen el legítimo derecho de preservar el derecho de recuperación de sus créditos.

El mismo concepto de interés social es el que debe presidir la determinación del concepto de utilidad social distribuable. Cuando los socios o accionistas deciden la distribución de un dividendo están tomando una decisión de administración de la sociedad; están decidiendo sobre las fuentes y el costo del financiamiento con que habrá de contar la sociedad para el desarrollo futuro de su giro. Están decidiendo, además, sobre la oportunidad de retribuir la inversión de capital de riesgo realizada por estos en la sociedad. Esta decisión está sujeta al interés social, siendo los soportes de los órganos sociales decisores los responsables, en todos los casos, de aquellas decisiones que resulten contrarias a este.

Estas circunstancias no son ajenas a la determinación de la utilidad social. Como expresáramos antes, la doctrina ha aceptado pacíficamente que no es función de la contabilidad determinar la utilidad social distribuable, siendo desde larga data aceptado que la utilidad económica de la sociedad no coincide necesariamente con su utilidad contable.

El concepto económico de utilidad difiere del concepto contable de utilidad. Este concepto económico de utilidad parte de una serie de principios que se apartan de los establecidos por las normas contables tradicionales ⁽²⁸⁾:

1) El concepto de utilidad supone determinar los activos sociales que habrán de resultar necesarios para que la sociedad mantenga en el futuro el valor de la empresa. Se cambia así la determinación de la utilidad sobre bases históricas por su determinación sobre bases prospectivas.

2) La utilidad se determina entonces en función del activo social producto del mayor valor de la empresa a generarse en el período de determinación de

⁽²⁷⁾ OLIVERA GARCÍA, R., “Neocontractualismo societario: repensando la sociedad comercial”, cit., p. 32.

⁽²⁸⁾ ALEXANDER, S., “Income Measurement in a Dynamic Economy”, cit., p. 3.

esta. Serán activos sociales disponibles para ser distribuidos entre socios o accionistas aquellos que, luego de su distribución como dividendo, permitan mantener el valor de la empresa en el tiempo.

3) El valor presente del flujo de fondos habrá de tener en cuenta el costo de financiamiento de la sociedad, en condiciones de incertidumbre. Surge de descontar el flujo de fondos esperado a la tasa promedio de financiamiento de la sociedad (WACC).

4) La determinación del valor de la empresa deberá tomar en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el período.

5) La determinación del flujo de fondos futuros habrá de considerar los recursos efectivamente percibidos por la sociedad en el período, en lugar de los devengados en este.

6) Los activos distribuibles por la sociedad deberán asegurar que sea capaz de dar cumplimiento a sus obligaciones (test de solvencia).

El valor de los activos que componen la estructura societaria está dado por el valor de sus inversiones. Es decir, por el valor presente de su flujo de ingresos futuros, descontados al costo de su financiamiento ⁽²⁹⁾. En consecuencia, las decisiones de financiamiento y de dividendos resultan esenciales para determinar la existencia de inversiones elegibles, en la medida que habrán de determinar el costo de su financiamiento y, consecuentemente, la tasa de descuento del flujo de sus ingresos esperados ⁽³⁰⁾.

La función de protección de los acreedores (garantía) no surge entonces del mantenimiento del capital social, sino de asegurar a los acreedores que la sociedad mantendrá, en el tiempo, la misma capacidad de repago de sus obligaciones. Para esto, la sociedad no podrá distribuir a sus socios o accionistas activos sociales que determinen que la sociedad reduzca su valor económico en el tiempo. En consecuencia, no podrán distribuir activos que modifiquen el costo del financiamiento de forma tal que las inversiones realizadas o a realizarse por la sociedad no aseguren un similar valor presente de sus flujos de fondos proyectados. En otros términos, no podrán distribuir activos que superen la utilidad económica de la sociedad.

El pago por la sociedad a sus socios o accionistas de importes que superen este concepto económico de utilidad sea a través de la distribución de utilidades contables (pago de dividendos), adquisición de sus propias acciones, reducción de capital, pago del haber de receso o pago a sus directores dominicales de retribuciones notoriamente superiores a las establecidas en el mercado implica una reducción de la garantía ofrecida a sus acreedores.

⁽²⁹⁾ PASCALE, R., *Decisiones financieras*, 6ª ed., Buenos Aires: Pearson Education, 2009, p. 353.

⁽³⁰⁾ GARCÍA PELUFFO, E., *Finanzas de empresas*, 3ª ed., Montevideo: FCU, 2016, p. 49.

Este concepto de utilidad económica, utilidad social distribuible, permite establecer un nuevo fiel de la balanza entre los derechos de socios o accionistas y de acreedores sobre los activos sociales.

REFLEXIÓN FINAL

Como expresáramos en el pasado ⁽³¹⁾, las crisis de los agentes económicos —tengan o no forma societaria— no son una patología del funcionamiento de la actividad económica sino una consecuencia inevitable y necesaria de la economía de mercado. La gestión empresarial es, por esencia, una actividad de riesgo. La circunstancia de que esta actividad pueda tener por resultado la obtención de un lucro ilimitado tiene como contrapartida necesaria la contingencia del fracaso. Estos fracasos se manifiestan muchas veces en la impotencia de los agentes económicos para dar cumplimiento, con su flujo regular de fondos, a las obligaciones contraídas frente a los acreedores, incidiendo en la situación no solo de estos sino del mercado en general.

El objetivo perseguido por la ley no es impedir que estas situaciones de crisis se produzcan, ni sancionar la ocurrencia de estas, sino procurar que estos eventos tengan el menor costo para la economía en su conjunto, asegurando el menor daño a los acreedores y una adecuada defensa a los restantes agentes económicos, incluso de una posible competencia desleal.

Para el logro de este objetivo, el derecho concursal acude a medidas y procedimientos que busquen preservar el valor de los activos del deudor y la rápida superación de la situación creada, mediante la reorganización del agente o de la reasignación de los recursos.

En este contexto, el valioso aporte que corresponde al derecho societario es establecer criterios que preserven un razonable equilibrio entre los derechos de socios o accionistas y acreedores sobre el activo social, asegurando razonables criterios de financiamiento y evitando desvíos que incrementen el riesgo natural, propio de las incidencias del mercado y de las consecuencias de la adopción de decisiones de riesgo. Son estas decisiones societarias las que, en definitiva, pueden terminar incidiendo —no necesariamente determinando— la insolvencia de los agentes económicos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, S., “Income measurement in a dynamic economy”, *Five monographs on business income*, New York: American Institute of Accountants, 1950, p. 3.

⁽³¹⁾ OLIVERA GARCÍA, R., “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal”, en *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* (Miller- Ferrer- Ayul, dirs.), La Ley: Montevideo, 2018, t. I, ps.pp. 32-33.

- ARAYA, M., “Repensar la noción de capital social”, *Derecho Empresarial actual. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Cuadernos de la Universidad Austral N.º 1, Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 33.
- “Pérdida del capital social”, *Ley de Sociedades Comerciales: Estudios a los 25 años de su vigencia*. (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley Uruguay, 2015, t. I, p. 205.
- “Nuevas reflexiones sobre la pérdida del capital social y la cesación de pagos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número 2019-2 (2019), p. 91-105.
- “Nuevas reflexiones sobre el capital social”, *Estudios de Derecho Comercial. Homenaje al Prof. Dr. José A Ferro Astray en el centenario de su nacimiento (1919-2019)*, (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley Uruguay, 2020, p. 83. p. 83-110.
- FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Milano: Giuffrè, 1996.
- FERRI, G., *Le società*, Torino: UTET, 1987.
- FOWLER NEWTON, E., *Cuestiones contables fundamentales*, Buenos Aires: Macchi, 1992.
- GALGANO, F., *Historia del Derecho Mercantil*, trad. J. Bisbal, Barcelona: Laia, 1987.
- GACÍA PELUFFO, E., *Finanzas de empresas*, 3ª ed., Montevideo: FCU, 2016.
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947.
- GYNTHER, R., “Capital maintenance, price changes and profit determination”, *The Accounting Review*, vol. XLV N.º 4 (1970), p. 712.
- KERR, J., “Three concepts of business income”, *The Australian Accountant*, (1956).
- LUTTER, M. “Legal capital of public companies in Europe. Executive summary of consideration by the experts group of Legal capital in Europe”, *Legal capital in Europe* (Lutter, dir.), Berlin: De Gruyter Recht, 2006.
- MANNINGS, B. — HANKS, J.J., *Legal capital*, New York: Foundation Press, 1990.
- ODRIOZOLA, C., “Algunas consideraciones sobre el autofinanciamiento de las empresas”, J.A., 1964-1-33.
- OLIVERA GARCÍA, R., “El autofinanciamiento de las sociedades anónimas”, *Anuario de Derecho Comercial*, t. 4, Montevideo: FCU, 1988, p. 39.
- “Necesaria revisión del concepto de capital social”, *Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Mar del Plata, 1996;
- “La obsolescencia del concepto de capital social”, *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo: FCU, 1996, tomo 7, p. 21.
- “Algunas necesarias conclusiones y propuestas sobre la revisión del concepto de capital social”, *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Colonia, 1997, p. 297.

- ____ “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, *Sociedad anónima y relaciones de organización* (Richard, coord.), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 24.
- ____ “La crisis del concepto de capital social”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Alvarez* (Olivera García, coord.), Montevideo: FCU, 1999, p. 290; también *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Depalma, 1999, año 32, N.º 187, p. 369.
- ____ “Infracapitalización societaria: un tema de Derecho y Economía”, *Anuario de Derecho Comercial*, FCU: Montevideo, 2010, t. 13, p. 11 y ss.
- ____ “La jerarquización del acreedor quirografario en la nueva ley uruguaya de concursos”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 14, Montevideo: FCU, 2012, pp. 383-384.
- ____ “Lucro, sociedad y dividendo”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2ª época, año LXI, N.º 54 (2016), p. 7.
- ____ “Autofinanciamiento por enriquecimiento: cuestión axial del régimen societario”, *Doctrina y Jurisprudencia Civil*, año 6, Montevideo: FCU, 2018, p. 203.
- ____ “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal”, en *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* (Miller- Ferrer- Ayul, dirs.), La Ley: Montevideo, 2018, t. I, p. 31.
- ____ “Capitalización de pasivos”, *Revista de Derecho Comercial*, 5ª época, vol. IV, N.º 13, Montevideo: La Ley Uruguay, 2019, p. 3.
- ____ “Reintegro del capital social”, *Revista de Derecho Comercial*, 5ª. época, año I, N.º 1 (enero-marzo 2016), p. 3 y ss; también en *Ensayos sobre sociedades comerciales*, Montevideo: La Ley, 2020, p. 193 y ss.
- ____ “Neocontractualismo societario: repensando la sociedad comercial”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 6ª época, año I, enero-junio-2024, N.º 1-2, p. 32.
- PASCALE, R., *Decisiones financieras*, 6ª ed., Buenos Aires: Pearson Education, 2009.
- PAZ-ARES, C. “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho Civil* (español), tomo XXXVI, fasc. III, octubre-diciembre de 1983, p. 1588.
- ____ “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994, p. 253.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Bolonia: Real Colegio de España, 1973.
- RICHARD, E.H., “Falta de patrimonio societario: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?”, *El Derecho*, 10.12.2008.

- _____, “La causal de la disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria: una apreciación comparatista entre las legislaciones colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, N.º 277, p. 399.
- RICKFORD, J., “Reforming capital”, *European Business Law Review* (2004), London: Wolters Kluwer, p. 921.
- RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ª ed., París: LGDJ, 1951.
- SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova: Cedam, 1959.
- THALLER, E., “De l’augmentation du capital par transformation en actives, soit du passif, soit des reserves de la société”, *Annuaire de Droit Commercial* (1907), p. 177.
- VITOLO, D., *La difuminación de la función del capital social como elemento y requisito esencial en el derecho de sociedades*, Santiago de Chile: Ed. Olejnik, 2021.
- VIVANTE, C., *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. de Espejo de Hinojosa, Madrid, 1932.

DOLO Y CULPA GRAVE EN EL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

POR MIGUEL A. PIEDECASAS

Resumen

El presente trabajo trata sobre el análisis de la provocación del siniestro por dolo o culpa grave del asegurado como causal de liberación de cobertura respecto de la aseguradora, en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil, en relación con la norma jurídica específica que regula este instituto (art. 114 LCS), a su expresión contractual material (póliza) y a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han realizado respecto al sentido, alcance y efectos del concepto y elementos que lo conforman; en especial pretendiendo dar precisión a lo que se interpreta por provocación, dolo, culpa grave y el alcance de la causal de liberación respecto de los asegurados comprometidos en el contrato, abordando supuestos conflictivos (factores objetivos de atribución de responsabilidad, dependientes, hijos, conductores de automotores, vehículos autónomos, establecimientos educativos, persona jurídica asegurada) conforme el actual contexto normativo que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación y los cambios producidos desde la aprobación de la ley 17.418 (1967), en pos de una eventual propuesta legislativa de reforma de la ley de seguros.

Palabras clave

Seguro de responsabilidad civil - Provocación siniestro - Culpa grave - Dolo - Asegurado - Liberación aseguradora

FRAUD AND GROSS NEGLIGENCE IN CIVIL LIABILITY INSURANCE

Abstract

This work deals with the analysis of the provocation of the incident due to fraud or serious fault of the insured as a means of releasing coverage with respect to the insurer, in the field of civil liability insurance, in relation to the specific legal norm that regulates this institute (art. 114 LCS), its material contractual expression (policy) and the doctrinal and jurisprudential interpretations that have been made regarding the meaning, scope and effects of the concept and elements that make it up, especially aiming to provide precision. which is interpreted by provocation, fraud, serious

negligence and the scope of the cause of release with respect to the insured parties involved in the contract, addressing conflicting assumptions (objective factors of attribution of responsibility, dependents, children, motor vehicle drivers, autonomous vehicles, educational establishments, insured legal entity) in accordance with the current regulatory context provided by the Civil and Commercial Code of the Nation and the changes produced since the approval of the law. 17418 (1967), in pursuit of an eventual legislative proposal to reform the insurance law.

Keywords

Civil Liability Insurance - Sinister Provocation - serious guilt/gross negligence – Dolo - Willful misconduct – Insured - Insurance Release

1. INTRODUCCIÓN

El dolo y la culpa grave en el seguro de la responsabilidad civil se encuentran regulados en el artículo 114 de la ley 17.418 (LCS), como un supuesto donde el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando “provoque” dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad.

Esta norma guarda relación con el artículo 70 de la misma ley, donde se expresa que el asegurador queda liberado si el tomador o beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. La citada norma general (con relación al 114 que es especial del seguro de la responsabilidad civil) establece las excepciones a esta regla, señalando que quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro (salvamento, regulado en los artículos 72 y 73 de la LCS), o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

La norma general (el art. 70, LCS) refiere al tomador o beneficiario y la norma especial del SRC (art. 114, LCS) al “asegurado”, con lo cual los sujetos que pueden resultar autores de la conducta dolosa o con culpa grave son diferentes.

También en cuanto a los efectos que produce la actuación con dolo o culpa grave son enunciados de manera diferente por la norma general con relación a la especial, ya que la primera establece que “el asegurador queda liberado”, en tanto que la segunda expresa que “el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado”. Ambas resultan ciertas, potencialmente hablando, sin perjuicio de que se refieren a los efectos con relación a sujetos diferentes (asegurador y asegurado).

Cierto es que el artículo 114, LCS, en la cuestión referida en el párrafo anterior, contiene una imprecisión técnica de importancia, ya que refiere que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado, cuando en realidad, conforme la conjugación de los artículos 109 y 118, primer párrafo, de la LCS el que tiene derecho a ser indemnizado es el damnificado y el asegurado lo que pierde es su derecho a que se “mantenga indemne su patrimonio”, o sea pierde la cobertura del siniestro que le brinda el seguro.

Igualmente, cabe señalar que la LCS no califica la naturaleza jurídica de la actuación con dolo o culpa grave, ni tampoco se establece el contenido conceptual que cabe otorgarle a ambas conductas, por lo que debemos recurrir a la estructura normativa general (Código Civil y Comercial), para intentar darle precisa definición.

Asimismo, y en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil, se han suscitado diversas interpretaciones sobre los sujetos comprendidos (en especial el seguro relacionado con automotores), existiendo un debate que se ha proyectado en el tiempo sobre la posibilidad de que el conductor autorizado (sin ser el asegurado) con su conducta con dolo o culpa grave pueda liberar a la empresa de seguros de su obligación de indemnizar.

La aprobación del Código Civil y comercial de la Nación, con vigencia desde el año 2015, en particular con la conceptualización de la culpa y el dolo en el artículo 1724, nos obliga a revisar y precisar los conceptos, alcance, efectos y las incidencias que se derivan de la provocación del siniestro por el asegurado, atendiendo también a las categorías de empresa profesional, de objeto exclusivo, experta, que tiene la aseguradora (ley 20.091, art. 1725 del Cód. Civ. y Com.) y la de adherente o consumidor que tiene o puede tener el asegurado (artículos 984, 1092, siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com.; ley 24.240), o bien de contratante paritario.

Existe consenso doctrinario en señalar que diversos aspectos de este tema deben ser revisados y adecuados sobre la base de una reforma legislativa que permita superar los problemas interpretativos y de aplicación de la figura en cuestión, los que trataremos de abordar en este trabajo.

2. LA NORMA JURÍDICA ESPECÍFICA

La norma jurídica específica que nos ocupa es el artículo 114, LCS, el cual expresamente establece que “el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”.

Esta norma desplaza al artículo 70, LCS, que establece la regla general para los seguros de daños. Ello sin perjuicio de que es aplicable subsidiariamente en aquellos aspectos no regulados por el art. 114, LCS.

El artículo 114, LCS es una norma solo modificable a favor del asegurado y el art. 70, LCS es una norma inmodificable por su letra o naturaleza.

Desde nuestra perspectiva, en su formulación legal se ha deslizado una imprecisión terminológica, ya que el que va a ser indemnizado (desde la ocurrencia del siniestro) es el tercero damnificado, conforme claramente se desprende del artículo 109 y en especial el 118, primera parte, LCS cuando establece que “[e]l crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de este, aun en caso de quiebra o concurso civil”.

En realidad, y conforme a lo establecido en el artículo 109, LCS, el artículo 114, LCS debió decir: “El asegurado no tiene derecho a que se lo mantenga indemne por parte del asegurador...”.

La norma contiene diversos conceptos que deben ser analizados y precisados en su sentido y alcance:

- El asegurado.
- La indemnización.
- La provocación del siniestro.
- El dolo.
- La culpa grave.
- El hecho del que nace su responsabilidad.

El asegurado será todo aquel que sea titular de un interés asegurable.

La indemnización debe entenderse como la indemnidad que compromete el art. 109, LCS (o sea, el derecho a la cobertura en los límites del contrato de seguro).

La provocación (facilitación o ayuda) es el eje central de la norma.

El dolo se encuentra definido en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. La culpa grave se desprende de las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias, con apoyo en el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com. y las normas específicas de la ley 17.418.

El hecho del que nace su responsabilidad (o sea, de cualquiera de los asegurados) se encontrará definido en el contrato de seguro y se regirá en principio en el ámbito de la responsabilidad civil por la calidad de concurrentes o solidarias de las obligaciones que pesen sobre ellos.

Estas cuestiones serán analizadas en los puntos posteriores.

3. FUNDAMENTOS DEL ARTÍCULO 114, LCS

Los fundamentos de esta norma fueron expresados por la Comisión Redactora ⁽¹⁾; señalan que “[c]on esta norma se evita el posible retorno a cláusulas contractuales abusivas, que durante años han conspirado contra la práctica sana de este seguro. El mantenimiento de la liberación por culpa grave se aconseja en el estado actual de nuestro país, no obstante, la tendencia creciente a cubrirla, por las dificultades de probar el dolo, la deficiente organización policial en el interior del país, las dificultades prácticas de una intervención rápida del asegurador para investigar las circunstancias en las que se produjo el hecho, etcétera”.

Debemos adicionar lo expresado como fundamentos de la norma general del artículo 70, LCS.

Allí se expresa que “[a]lgunas legislaciones tienden a extender la cobertura al siniestro provocado por culpa grave, pero esta comisión entiende que en el estado actual del país ese paso sería sumamente peligroso, por: a) la escasa buena fe comercial, propia de los países en desarrollo; b) la dificultad material

⁽¹⁾ La Exposición de Motivos, que completa la nota de elevación formulada por la Comisión Redactora, conformada por Guillermo Michelson, Rodolfo Fontanarrosa, Juan Carlos Félix Morandi y Gervasio Colombes, da cuenta de los fundamentos que se transcriben.

de probar el dolo, que justifica en otros países la asimilación de la culpa grave al dolo (Francia, por ejemplo)”.

Podemos sintetizar los argumentos esbozados (y no desarrollados) en los Fundamentos de la ley 17.418:

- El estado actual del país.
- La escasa buena fe comercial, propia de los países en desarrollo.
- La dificultad material de probar el dolo que justifica en otros países como Francia, la asimilación de la culpa grave al dolo.
- Se evita el posible retorno a cláusulas abusivas que durante años han conspirado contra la práctica sana de este seguro.
- El mantenimiento de la causal de liberación por culpa grave se sustenta en la deficiente organización policial del interior del país.
- El mantenimiento de la causal de liberación por culpa grave se sostiene por las dificultades de una intervención rápida del asegurador para investigar las circunstancias en que se produjo el hecho.

En relación con el mencionado “estado actual del país” (la ley se sanciona en 1967), debemos decir que la década 1960/1970, estuvo atravesada por las presidencias de Frondizi (1958/1962), Guido (1962/1963), Illia (1963/1936) y Onganía (1966/1970, Revolución Argentina-Gobierno de facto).

En ese período los ministros de economía fueron Coll Benegas, Alsogaray, Pinedo, Eugenio Blanco, Salimei y Krieger Vasena ⁽²⁾. Sobre la “escasa buena fe comercial”, puede decirse que no existen datos estadísticos que permitan sostener esta afirmación, o por lo menos no fueron puestos de manifiesto en la motivación de la ley, por lo que cabe concluir que se trata de una aseveración dogmática.

⁽²⁾ El historiador Diego Rubinzal refiere la existencia de acuerdos con el FMI, fuerte devaluación, liberalización del régimen cambiario, aumento de impuestos internos, reajuste de tarifas públicas, racionalización administrativa y caída del gasto público en el período de Frondizi, que se encontró caracterizado por una frase del ministro Alsogaray: “debemos pasar el invierno, por lo menos hasta que se puedan advertir los beneficios del plan de estabilización y desarrollo”.

Señala Rubinzal que en los años siguientes se asistió a una recuperación productiva, sin perjuicio de que a finales de 1961 se daba un crecimiento del endeudamiento externo y del déficit fiscal y comercial y caída de reservas en poder del Banco Central ingresando la Argentina posteriormente en una fase recesiva.

Con la caída de Frondizi, la llegada de Guido a la presidencia trajo aparejada la aplicación de políticas económicas liberales y ortodoxas.

Con Illia se implementaron una serie de políticas de corte mercado internista e industrialista inspirada en concepciones keynesianas que contrastaron fuertemente con las aplicadas en el gobierno anterior.

Con Onganía se aplicaron políticas de ajuste, reducción drástica del déficit fiscal, del gasto público y aumento de la recaudación tributaria. Con la llegada al Ministerio de Economía de Krieger Vasena se auspiciaba un proyecto tendiente a modernizar la economía argentina, transformándola en una economía abierta, con sectores productivos capaces de competir internacionalmente (confr. RUBINZAL, Diego, *Historia económica argentina 1880/2009*, Centro Cultural de la Coop. Floreal Gorini, pp. 290/358).

Se puede ampliar y considerar diversas opiniones con la obra de FERRER, Aldo, *La economía argentina*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 233 y siguientes; también RAPOPORT, Mario, *Historia económica, social y política argentina*, Crítica.

En relación con la dificultad de probar el dolo, entendemos que ello es una apreciación subjetiva que no ha de mutar con el paso del tiempo, ya que siempre será dificultoso ingresar al ámbito probatorio de la intencionalidad de causar un daño/siniestro, pero ello también se relaciona con la calidad de organización profesional, experta y de objeto exclusivo de la empresa de seguros, que se encuentra dotada legalmente de todas las herramientas posibles para determinar las causas del siniestro. No puede utilizarse este argumento para incorporar o mantener la causal de liberación por culpa grave y menos ahora que el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com. permite que aquellos supuestos donde se manifestaba un evidente desinterés por los derechos o intereses ajenos queden comprendidos en la categoría del dolo.

En referencia a las “cláusulas abusivas” ⁽³⁾ que eran propias del seguro de la responsabilidad civil de esa época, entendemos que estaría relacionado con la incorporación de cláusulas que liberaban al asegurador de responsabilidad en todos aquellos casos donde existía una relación causal entre una conducta u omisión del asegurado (de cualquier calidad) con el siniestro, quitándole todo fin al seguro de la responsabilidad civil, basándose en la formulación que establecía el artículo 497 del CCom. derogado (el asegurador “[t]ampoco responde de los daños o averías ocasionados por hecho del asegurado o de los que lo representen”).

Respecto de la “deficiente organización policial en el interior del país”, ha perdido todo sustento, ya que hoy existen diversos sistemas de seguridad y prevención, tanto federal, como provincial o municipal y además se encuentra establecido un procedimiento de investigación vial frente al siniestro de esta naturaleza (ver ley 24.449), como los que pueden relacionarse con siniestros de otra naturaleza (por ejemplo, ambientales).

Cuando se argumenta que existían dificultades para una rápida intervención del asegurador, entendemos que ello colisiona directamente con un principio caracterizante del seguro en general y es que el asegurador debe proceder sin demoras a la determinación de las causas del siniestro y a la valuación de los daños y que ello es una obligación de origen legal y contractual típica de esa clase de empresa profesional y de objeto exclusivo (conforme artículo 77, segundo párrafo).

Por ello, se puede concluir que los argumentos dados para mantener la culpa grave como causal de liberación de la aseguradora han perdido vigencia (si alguna vez la tuvieron) y esa opción legislativa que se adoptó en aquel mo-

⁽³⁾ Señalan Meilij y Barbato, en su *Tratado*, que “[e]n nuestro país, originariamente las pólizas de algunos ramos (ej., automotores) contenían una cláusula que eximía al asegurador de su obligación de indemnizar cuando el asegurado hubiere violado las leyes u ordenanzas en vigencia. Los jueces hicieron aplicación de dicha cláusula al principio empleando la norma contractual con la extensión que surgía de su texto, pero luego ante la situación injusta que planteaba dicha norma en el seguro de la responsabilidad civil, se ajustó a las características de este tipo de relación asegurativa, y se decidió que tales infracciones eximían al asegurador de cumplir con su prestación indemnizatoria, cuando la violación de las leyes u ordenanzas se hubiere llevado a cabo mediando culpa grave e inexcusable” (MEILIJ, Gustavo Raúl y BARBATO, Nicolás Héctor, *Tratado de Derecho de Seguros*, Rosario, Argentina, Zeus, 1975, pp. 65/66).

mento (pese a lo que regulaban otras normas del derecho comparado, como la francesa) puede ser modificada, máxime con el texto actual del 1724 del Cód. Civ. y Com. y solo dejar como supuesto de liberación del asegurador al dolo.

4. FUNDAMENTOS TÉCNICOS DE LA DELIMITACIÓN CAUSAL SUBJETIVA

Esta delimitación del riesgo, de carácter subjetivo, que se asienta en la provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, se sustenta (además de lo expresado en la exposición de motivos de la ley) en sólidos principios técnicos propios del seguro (con relación al dolo, aunque discutibles en materia de culpa grave), entre los cuales podemos señalar los siguientes:

- Le quita el carácter aleatorio al seguro.
- Aumenta notablemente la intensidad del riesgo y la probabilidad de siniestro.
- Rompe la ecuación técnica entre estado del riesgo, prima y suma asegurada.
- Colisiona con aspectos “directamente ligados a la estructura esencial de la relación asegurativa: la aleatoriedad y la probabilidad siniestral, que constituyen pautas fundamentales en función de las cuales se estructura el contrato y se calcula la prestación fundamental del asegurado, es decir, la prima” (conforme Barbato, obra citada, p. 150).

Estas cuestiones fueron recogidas por la jurisprudencia en algunos de los precedentes que se relacionan con el tema: “La culpa grave en el contrato de seguro está indisolublemente ligada a la equivalencia de prima-riesgo y al principio técnico del cálculo de probabilidades”⁽⁴⁾.

5. LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DEROGADO

Antes de la vigencia de la ley 17.418, en nuestro país regía el Código de Comercio proyectado por Vélez Sarsfield y Acevedo, con sus diversas modificaciones.

Hemos tomado, para el análisis, una edición de 1966 (o sea un año antes de que fuere aprobada la ley 17.418).

En tal sentido, se debe poner de manifiesto que el seguro de la responsabilidad civil no se encontraba legislado en dicho Código.

Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia realizaban el análisis de este tema (dolo y culpa grave del asegurado) en relación con una norma ge-

⁽⁴⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Córdoba, 26-10-98, “Lamón, Ángel c/España y Río de La Plata Cía. de Seguros”, AR/JUR/816/1998; *La Ley Córdoba* 1999-1489), y en el mismo sentido, la Cámara Nacional en lo Comercial, en diversos precedentes, “Barones”, “Sorba”, “Viva”, de la sala B, y también fallo citado en *La Ley* 1990-A-629; *La Ley NOA* 2000-492.

neral (artículo 497) y otra específica en materia de seguro de incendio (artículo 541).

En tal sentido, el artículo 497 excluía con amplitud de la responsabilidad del asegurador, los daños causados por los “hechos del asegurado o de los que lo representan”.

El artículo 541, en cambio, solo excluía de cobertura a los daños causados por “culpa grave del asegurado”.

La doctrina advertía que el seguro de la responsabilidad civil se practicaba y tenía base, en principio, convencional en lo específico, sin perjuicio de que se regía por las reglas generales del Código, para los seguros de daños.

En este sentido se ha expresado que

“Si el asegurado o beneficiario provocan el siniestro, caduca el seguro, ya que ello elimina el carácter aleatorio del evento [...] Los autores franceses, dice Halperin, siguiendo la disposición fijada por la ley 1930, admiten que el seguro garantice los siniestros causados por culpa grave, con exclusión de la culpa intencional o dolosa, porque sería contrario al orden público.

“En cambio, los autores italianos no permiten pactar la cobertura en el caso de culpa grave propia porque juzgan que es socialmente peligroso y hace presumir el dolo (Vivante, Greco).

Esta última es nuestra posición ⁽⁵⁾.

“Los representantes a que alude la ley son los que en nombre del asegurado contratan el seguro o los factores encargados de la dirección de las empresas, pero no los dependientes.

“... El art. 541 consagra una solución diferente de la del art. 497”.

No es admisible esa divergencia, ya que, en el seguro de responsabilidad, muchos siniestros se producen por culpa, negligencia o descuido del asegurado y sus dependientes, y no es aceptable que en esas circunstancias y en forma amplia quede eximido de responsabilidad el asegurador.

Las palabras “acto propio del asegurado”, se ha dicho en un fallo, presuponen que el accidente se produjo como consecuencia de la “voluntad” o de la “intención” del asegurado, en cuyo caso la compañía estaría liberada de responsabilidad. Para eso se requiere la concurrencia de tres factores fundamentales, sin los cuales el acto no puede reputarse voluntario: discernimiento, intención y libertad.

“El acto del propio asegurado causa de un accidente, caso fortuito, súbito, imprevisto, violento, independiente de la voluntad del asegurado, no puede excluir responsabilidad del asegurado” (Zavala Rodríguez) ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Nota del autor: la posición adoptada es la de Zavala Rodríguez, en seguimiento de la doctrina italiana.

⁽⁶⁾ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio. Comentado y concordado*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 393/393.

La doctrina a la que se refería el autor antes citado es la expresada por Vivante, quien manifestaba que

“El asegurador puede obligarse a resarcir también los siniestros ocasionados por culpa del asegurado. Pero hay un límite general y absoluto, en el que se detiene la libertad de las convenciones; el asegurado no puede nunca liberarse de las consecuencias del dolo o de la culpa grave imputables a él personalmente; un pacto de irresponsabilidad extendido al dolo o la culpa grave sería nulo, pues pondría en peligro la seguridad social y dejaría al asegurador a merced del asegurado.

“¿Cuándo hay culpa grave personalmente imputable al asegurado? El Juez aprecia soberanamente las circunstancias, pero, como criterio general, puede decirse que hay culpa grave si el asegurado omite las ordinarias cautelas que hubiera usado si no se hallara resguardado por el seguro; si es culpable de la falta absoluta de vigilancia que suelen poner aún las personas menos prudentes. En tales casos, si no se ha probado la intención de provocar dolosamente el siniestro, sin embargo, hay en el asegurado una tal despreocupación por el peligro que la hace presumir fuertemente. Esta culpa grave linda con el dolo y nadie puede estipular su impunidad”⁽⁷⁾

Aunque bueno es aclararlo, las notas del derecho argentino a la obra de Vivante, realizadas por Rodolfo Fontanarrosa, en este aspecto señalaban que “nuestra doctrina, por el contrario, admite, siguiendo el criterio de la ley francesa, la posibilidad de modificar contractualmente el principio del art. 497, y asegurar la culpa grave. Por tal se entiende en materia de seguro, la omisión de la diligencia elemental de las personas menos previsoras (conforme Fernández, Halperín)”⁽⁸⁾.

Fernández señalaba que “en nuestro derecho positivo la regla general en materia de seguro es la limitación de responsabilidad del asegurador al caso fortuito o de fuerza mayor y al hecho de terceros; para que responda en los demás casos se requiere estipulación expresa; el seguro de responsabilidad constituye una convención expresa que deroga lo dispuesto en el segundo apartado de este artículo, convención cuya validez nunca se ha discutido en nuestro Derecho”.

El propio autor aclara su comentario expresando que “el principio sustentado por el artículo ha sido abandonado por la legislación y la doctrina modernas, admitiéndose que el asegurador debe responder, aunque medie culpa leve o grave del asegurado, excluyéndose solo el dolo (ver Planiol y Ripert, *Ley francesa de seguros de 1930*)”⁽⁹⁾. Como se puede observar, el estado de la cuestión, a la fecha de la sanción de la ley 17.418 (inmediato anterior), era el siguiente: a) El SRC no se encontraba reglado legalmente; b) se comercializaba

⁽⁷⁾ VIVANTE, César, “Del contrato de seguro”, en Bolaffio, Rocco y Vivante, *Derecho Comercial*, t. 14, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1952, p. 319.

⁽⁸⁾ FONTANARROSA, Rodolfo, en comentario a la doctrina citada en el punto anterior, en la misma página.

⁽⁹⁾ FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, Argentina, Talleres gráficos A. Wolter, 1950, t. 2, p. 427.

válidamente, pero sobre una base esencialmente convencional; c) se le aplicaban las normas generales sobre los seguros de daños; d) en principio brindaba cobertura sobre los daños relacionados con caso fortuito, fuerza mayor, hecho de terceros; e) pero convencionalmente se podían incluir los daños causados por culpa del asegurado y sus representantes; f) en esta convención algunos autores consideraban admisible también la cobertura por culpa grave; g) aunque nunca los daños causados por dolo del asegurado o sus representantes.

6. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado, las legislaciones adoptan diversos criterios, algunas manteniendo la culpa grave como causal de liberación de la aseguradora y otras solo se limitan al dolo.

En la ley de contrato de seguro de España (ley 50/80, de 8 de octubre) solo se libera el asegurador en los supuestos que el asegurado haya incurrido en dolo (mala fe) y no contempla para el seguro de la responsabilidad civil a la culpa grave (sin perjuicio de que sí lo hace para otra clase de seguros, como el de incendio). Así, el artículo 19 establece: “El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.

La doctrina ha señalado que “[l]ógicamente y como no podría ser de otra manera, las conductas dolosas o intencionadas por parte del asegurado no son objeto de cobertura por ningún contrato de seguro. Ahora bien, en el caso de los seguros de RC esta causa se rehúse debe ser matizada, pues al tratarse de seguros que tienen por objeto cubrir el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar frente a un tercero, en la práctica la totalidad de las ocasiones el asegurador debe hacer frente a la pretensión indemnizatoria invocada por ese tercero, ya sea a través del asegurado, o bien cuando esta es conjuntamente ejercida frente al asegurado responsable y su aseguradora. En este último supuesto, el asegurador no podrá invocar como causa de rehúse del siniestro la mala fe que en su causación haya podido tener el asegurado, sino que tendrá que hacer frente a la indemnización procediendo al abono de esta al tercero perjudicado, para posteriormente, por vía de regreso, ejercer la acción de reembolso contra su asegurado para recuperar lo indebidamente abonado por su cuenta, y con base en la intencionalidad de la conducta. Así se deduce de lo contenido en la regulación del artículo 76, LCS”⁽¹⁰⁾.

En Francia se debe realizar una distinción en base a lo dispuesto por el artículo L113-1 del Código de los Seguros.

Así, para el profesor Stiglitz, “[e]l art. L. 113-1 del Código de Seguros de Francia establece que ‘Los daños ocasionados por caso fortuito o causados por la culpa del asegurado son a cargo del asegurador, salvo exclusión formal

⁽¹⁰⁾ PERÁN ORTEGA, Juan, *La responsabilidad civil y su seguro*, Madrid, España, Tecnos, 1998, p. 233.

o limitativa establecida en la póliza'. El asegurador no responde por los daños provenientes de una falta intencional o dolosa del asegurado" ⁽¹¹⁾. Sin embargo, en la nota a dicha afirmación, el autor citado aclara que "[e]n el Derecho francés, afirma Denis Mazeaud que se distingue la culpa dolosa de la culpa grave. La culpa dolosa es una culpa deliberada, subjetiva. El deudor no ha ejecutado a sabiendas el contrato. La culpa grave es una culpa objetiva que se caracteriza por la gravedad del incumplimiento del deudor. En el Derecho de Seguros, la culpa intencional no es asegurable en virtud de que ella supone la intención de dañar".

En base a ello también puede entenderse que los supuestos de culpa grave (asimilables a los que en Francia se denominan "culpa intencional") configuran causal de liberación. La norma señalada dispone que "[l]as pérdidas y los daños ocasionados por casos fortuitos o causados por culpa del asegurado serán a cargo del asegurador, salvo exclusión formal y limitada contenida en la póliza. Sin embargo, el asegurador no responderá de las pérdidas y daños que provengan de una culpa intencional o dolosa del asegurado". Podemos intentar una asimilación entre "culpa intencional" y "culpa grave", sin perjuicio de las particularidades de cada sistema normativo y de las deformaciones conceptuales que se pueden dar por las traducciones efectuadas.

En Italia, el artículo 1917 del Código Civil Italiano establece que solo quedan excluidos de cobertura los daños resultantes de acciones maliciosas.

En ese sentido se pronunciaba Donati, al señalar que "[e]l riesgo asegurado con el seguro de resp. civ. es la responsabilidad civil que no procede del dolo del asegurado (arg. art. 1917)" ⁽¹²⁾. Quedan dentro del ámbito de la cobertura aquellas conductas que encuadren como culposas, aunque sean graves.

Uruguay ha legislado sobre esta cuestión en la ley 19.678 de 2018, en su artículo 37: "*Siniestros causados con dolo o culpa grave. Vicio propio*. El asegurador no está obligado por los siniestros causados con dolo por parte del tomador, el asegurado o el beneficiario, o con dolo por parte de las personas por las que aquellos deben responder, salvo pacto en contrario. El asegurador podrá establecer en el contrato la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario como causa de exclusión de su responsabilidad. El asegurador no indemnizará los daños o pérdidas producidos por el vicio propio de la cosa, salvo pacto en contrario".

Como bien se puede extraer de la lectura de la norma transcrita, el dolo no resulta asegurable y si lo es la culpa grave, aunque en este último caso las partes pueden colocarla como supuesto de exclusión de cobertura de base convencional:

"El dolo es inasegurable, desde el inicio y aunque la póliza no lo excluya a texto expreso, aun cuando no estuviera su exclusión en la ley, pues el

⁽¹¹⁾ STIGLITZ, Rubén S., "Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro", en *La Ley* del 4-8-2015, p. 1; *La Ley* 2015-D-850; *La Ley Online*, AR/DOC/2290/2015.

⁽¹²⁾ DONATI, Antígono, *Los seguros privados*, Barcelona, España, Bosch, 1960, p. 399.

dolo destruye la aleatoriedad del riesgo, su carácter de incierto, fortuito y probable, con lo cual ataca la base técnica misma del seguro [...] En virtud del artículo 37, la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario puede ser causa de exclusión de cobertura, causa de exclusión de responsabilidad del asegurador, dice la norma.

“Esto como he expresado en el punto anterior, determina como contracara que la culpa grave es pasible de cobertura de acuerdo con la ley” ⁽¹³⁾.

En Perú, la ley 29.946, en su artículo 91, establece: “*Exclusión de cobertura por provocación del siniestro*. El asegurador queda liberado si el contratante o, en su caso, el asegurado, o el tercero beneficiario, provocan el siniestro dolosamente o por culpa grave, salvo pacto en contrario con relación a esta última”.

El esquema normativo establece como regla que tanto el dolo como la culpa grave que guardan relación causal con la provocación del siniestro liberan a la aseguradora. La diferencia está dada por la posibilidad de que las partes por pacto en contrario pueden establecer que los supuestos de culpa grave queden dentro del ámbito de cobertura.

En Brasil, se establece en su artículo 10 que la cobertura es nula contra el riesgo de hecho doloso del asegurado, del beneficiario o del representante de uno u otro, excepto el hecho doloso del representante del asegurado o del beneficiario en perjuicio de este. No hay referencias a la culpa grave.

En el seguro de la responsabilidad civil se hace referencia a la posibilidad de recupero del asegurador por acción propia o subrogación, cuando existiere culpa grave del asegurado o de las personas por cuya responsabilidad la aseguradora otorga cobertura, salvo en los casos expresamente establecidos en el artículo 95, que a continuación se transcribe:

“El asegurador no tendrá acción propia ni derivada de subrogación cuando el siniestro resulte de culpa no grave de: I. cónyuge o parientes hasta el segundo grado, por consanguinidad o afinidad, del asegurado o beneficiario; II. empleados o personas bajo la responsabilidad del asegurado.

“Párrafo único. Cuando el responsable del accidente esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil, se permite el ejercicio del derecho excluido por el encabezamiento de este artículo contra el asegurador que lo cubre”.

En Chile, la norma es clara: “Art. 535 – *Casos de dolo y culpa grave*. El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso, salvo pacto en contrario para los casos de culpa grave”. Como se puede observar, se admite la cobertura de la culpa grave por expresa convención de las partes.

⁽¹³⁾ SIGNORINO BARBAT, Andrea, *Derecho de Seguros*, Montevideo, Uruguay, La Ley Uruguay, 2019, pp. 241 y 248.

Ecuador establece en su art. 706: “El dolo y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables. Toda estipulación en contrario es absolutamente nula. Igualmente, es nula la estipulación que tenga por objeto garantizar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policial”.

En relación con el seguro de la responsabilidad civil, no tienen cobertura los supuestos de dolo y, en cambio, puede tenerla el caso de culpa grave:

“Art. 752 – En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, esté obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato.

“Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave”.

En Colombia, se establece en el art. 1055 del CCom. que

“El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

“En el seguro de responsabilidad civil, cuando la aseguradora hubiere pagado la indemnización derivada del siniestro, se habilita la acción subrogatoria en los supuestos de que las personas con cobertura hubieren actuado con dolo o culpa grave”.

A su vez, el art. 1127 define el seguro de la responsabilidad civil y hace referencia a la culpa grave:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

“Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

Debe quedar en claro que la culpa grave puede ser asegurable por expresa convención de las partes, lo que deja sin efecto las sanciones de nulidad o de habilitación de la acción subrogatoria que consagran las normas anteriormente citadas.

El Código Civil de Quebec establece en su art. 2464 que

“El asegurador está obligado a reparar el perjuicio causado por fuerza mayor o por culpa del asegurado a menos que se haya estipulado en el contra-

to una exclusión expresa y limitada. En caso de pluralidad de asegurados, la obligación de garantía subsiste respecto de los asegurados que no han incurrido en culpa intencional.

“Cuando el asegurador es garante del perjuicio que el asegurado está obligado a reparar debido al hecho de otra persona, la obligación de garantía subsiste cualquiera sea la naturaleza y la gravedad de la culpa en que ha incurrido esta persona”.

Es muy interesante esta última norma citada por tratarse de un código que ha tenido una enorme trascendencia mundial, y donde queda en claro la regla en dos cuestiones muy controvertidas en nuestro derecho: a) los supuestos de pluralidad de asegurados, donde la aseguradora solo se libera respecto de aquel que ha actuado con “culpa intencional” y se mantiene la cobertura respecto de los demás; b) cuando la aseguradora da cobertura en supuestos de responsabilidad por el hecho de otros (ejemplo, auxiliares, dependientes, entre otros) la cobertura subsiste aun en los casos de culpa intencional.

Se observa en este breve repaso de algunas de las legislaciones señaladas que no hay un criterio unívoco en relación con la consideración de la culpa grave como causal de liberación de la aseguradora, sin perjuicio de que existe una tendencia a eliminarla como tal y dejar exclusivamente al dolo.

7. PROYECTOS

En el Anteproyecto del Dr. Halperín, el artículo 67 establecía que “[e]l asegurador queda liberado si el contratante causa el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos cumplidos por solidaridad humana o en protección de los intereses comunes con el asegurador”.

Luego, en la parte específica del seguro de la responsabilidad civil se señalaba que “[e]l asegurador se libera cuando el asegurado provocó dolosamente o por culpa inexcusable el hecho del que nace su responsabilidad hacia el tercero”.

Morandi, en su Anteproyecto de “Ley Modelo sobre el Contrato de Seguro para Latinoamérica”, propuso que “[e]l asegurador queda liberado por el siniestro ocasionado por dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario. No obstante, quedará obligado, si el siniestro es consecuencia de actos cumplidos para evitarlo o disminuir los daños o por un deber de humanidad generalmente aceptado” (art. 105).

Stiglitz, en su obra sobre las reformas a la Ley de Seguros, propone un texto para reemplazar el artículo 70 y el 114 de la LCS, bajo un título sugestivo (*La cobertura de la culpa grave o quedarse en el pasado*), expresa que el texto debería ser: “El asegurador queda liberado si el tomador, en su caso el asegurado o el beneficiario, provoca el siniestro dolosamente. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado” (p. 121). Como se puede observar, queda con cobertura la culpa grave y solo es causal de liberación el dolo.

En el Anteproyecto elevado a la SSN por un grupo de profesores ⁽¹⁴⁾ se establecía: “Art. 123 – *Provocación dolosa del siniestro*. La aseguradora queda liberada si el contratante o el asegurado provocan el siniestro dolosamente, salvo en los casos en que los actos de provocación: a) sean realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias; b) sean llevados a cabo por un deber de humanidad generalmente aceptado”.

En dos de los proyectos se mantiene la liberación de la aseguradora por culpa grave y en otros dos se la elimina.

8. CALIDAD DE LA NORMA

La LCS, en sus disposiciones finales y bajo el título de “obligatoriedad de las normas”, consagra en el artículo 158 diversas categorías:

- Normas que por su letra o naturaleza son inmodificables.
- Normas que solo se pueden modificar a favor del asegurado.
- Normas libremente modificables por acuerdo de las partes del contrato.

Estas categorías pueden ser emparentadas terminológicamente en relación con las “inmodificables” como de orden público (ley 24.240), o indisponibles (conforme art. 962 del Cód. Civ. y Com.) o imperativas.

Cobra importancia –según nuestra interpretación– el orden de prelación normativo que establece el artículo 963 del Cód. Civ. y Com., máxime en este supuesto donde la ley 17.418 debe considerarse una norma complementaria del Cód. Civ. y Com. (conforme al artículo 5º de la ley 26.994).

La regla que contiene el artículo 114 de la LCS puede calificarse como aquella que solo puede modificarse a favor del asegurado.

Ello se deriva de lo expresamente establecido en el artículo 158 de la LCS, donde se consigna que “solo se podrán modificar a favor del asegurado, los artículos [...] 114”.

Como consecuencia de lo expuesto tenemos la posibilidad de modificar la regla, en el sentido de que las partes puedan considerar comprendida la cobertura de la culpa grave.

No extendemos esta posibilidad en virtud de que el dolo nunca puede ser la base del reconocimiento de derechos, o sea, no es tolerable por el ordenamiento jurídico que una conducta dolosa pueda ser “premiada” con la cobertura del siniestro.

El dolo es incompatible con la cobertura asegurativa, por principio.

La doctrina ha establecido, sin ninguna duda, que esta es la lectura adecuada (norma solo modificable a favor del asegurado), sin perjuicio de la advertencia realizada por López Saavedra, donde deja aclarado que esa premisa no puede alcanzar al dolo: “En otras palabras y no obstante lo previsto en el art. 158 de la Ley de Seguros en cuanto a que el art. 114 es modificable a favor

⁽¹⁴⁾ Piedecabras, Barreiro, Gherzi, Massot, Schiavo, Frega, Blasco, Baeza, Romiti y Reich participaron en el trabajo de elaboración del proyecto.

del asegurado, la exclusión del dolo es inmodificable y no cabe pacto en contrario alguno que se aparte de la normativa del citado artículo en cuanto a que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente el hecho del que nace su responsabilidad”⁽¹⁵⁾.

Así, también, lo expresaba Halperín: “las normas legales pueden ser modificadas por el contrato y asegurarse aun la culpa grave. Pero no es admisible asegurar la provocación intencional del siniestro en materia de seguro de intereses, no solo porque es contrario a la moral y a las buenas costumbres, sino también porque desvirtúa el contrato mismo, sus fundamentos técnicos y su fin”⁽¹⁶⁾.

La jurisprudencia ha recogido, casi sin discrepancias este criterio: “El asegurador debe resarcir el siniestro causado aun voluntariamente por los dependientes o personas por las cuales el asegurado es civilmente responsable y el causado por el asegurado, con la sola exclusión de los actos dolosos o con culpa grave del propio asegurado (art. 114, ley 17.418 –ADLA XXVII-B-1677–). Esta disposición legal, que solo puede ser modificada convencionalmente en beneficio del asegurado (art. 158, ley 17.418), determina que cualquier estipulación que viole esos límites en su perjuicio, como la que impone causales de caducidad por hechos ajenos al asegurado deba ser declarada inválida por resultar violatoria de una norma legal imperativa”⁽¹⁷⁾.

9. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CAUSAL DE LIBERACIÓN

Sobre la naturaleza jurídica (calificación) del instituto reglado por el art. 114 de la LCS existe una amplia coincidencia acerca de que estamos en presencia de una “delimitación causal subjetiva del riesgo”.

Sin embargo, se discrepa en doctrina y jurisprudencia respecto a si se trata de una exclusión de cobertura o bien de un supuesto de caducidad⁽¹⁸⁾. En este sentido se ha expresado que

⁽¹⁵⁾ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., *Ley de Seguros comentada y anotada*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2007, p. 575.

⁽¹⁶⁾ HALPERÍN, Isaac, *Seguros*, 2ª ed. act. por Félix Morandi, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1983, t. II, p. 83.

⁽¹⁷⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 25-8-92, “Contreras de Caló, Rosario c/Puglisi, Héctor E. y otro”, AR/JUR/1258/1992; *La Ley* 1993-C-235; *Digesto Jurídico* 1993-2-465), y en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 6-5-96, “Ojeda, Pedro C. c/Telecom SRL”, AR/JUR/911/1996; *La Ley* 1996-C-797; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 8-8-2007, “Larrea, Juan Antonio y otras c/Quitigui, Carlos Enrique”, AR/JUR/4165/2007; *La Ley Buenos Aires* 2007 (noviembre), p. 1126; SCJBA, AC 84751 S, 3-12-2003, Juez Hitters (SD), carátula: “Ferri, Germán c/Saavedra, José María y otro s/ daños y perjuicios”; CC0001 QL 8058 RSI-1-6 S, 2-2-2006, Juez Celesia (SD), carátula: “Díaz, Melina Soledad c/Suriano, Luciano Salvador s/ daños y perjuicios”; CC0002 SM 59974 RSD-441-7 S, 20-12-2007, Juez Mares (SD), carátula: “General Tomás Guido SA. Com. Ind. y Financiera c/Coria, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios”.

⁽¹⁸⁾ Pueden verse diversos trabajos citados de manera reiterada por la doctrina, entre los que cabe destacar: FONT RIBAS, Antoni, “Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas. La

“Se trata de supuestos de delimitaciones causales subjetivas, fundadas en su procedencia (causa) ilícita (el dolo del asegurado) o en la ilicitud de la actividad del asegurado.

“Por tratarse de una hipótesis de delimitación causal subjetiva (pertene-ciente o relativa al sujeto), queda acotada a la persona del asegurado, pues solo a ella se refiere el texto legal que por naturaleza es norma legal relati-vamente imperativa y únicamente es modificable por convención de partes, cuando lo sea en favor del asegurado (art. 158, LS). En consecuencia, todo supuesto de delimitación causal subjetiva no es factible de ser extendido a otro sujeto que no sea al que se refiere la norma jurídica” ⁽¹⁹⁾.

Así, Barbato establecía que estábamos frente a situaciones excluidas de la cobertura y, por esa razón, oponible en todos los casos al asegurado y a terceros, ya que se trata de un hecho ajeno al ámbito de acción del contrato, totalmente extraño a la relación asegurativa, que caen fuera del régimen del art. 36, LCS ⁽²⁰⁾. Por el contrario, Sobrino sostiene que se trata de un supuesto de caducidad y no de exclusión de cobertura y agrega: “resaltamos estas cuestiones porque muchos textos de pólizas en forma ilegal se suelen convertir las caducidades (como la culpa grave) en exclusiones de cobertura, perjudicando los legítimos derechos de los asegurados [...] se trata de un tema de suma trascendencia, dado que estos cambios ilegales de caducidades a exclusiones de cobertura violan en forma palmaria y específica toda la normativa protectoria del art. 36 de la Ley de Se-guros” ⁽²¹⁾. La jurisprudencia, con claridad, se ha pronunciado acerca de su califi-cación como exclusión de cobertura: “La cláusula que excluye el seguro en los casos de ebriedad del conductor del vehículo asegurado es una cláusula de exclu-sión del riesgo objetiva y no de caducidad, pues si bien tiene un tinte sancionador que pareciera darle un carácter subjetivo, indica ab initio de un modo descriptivo, un riesgo no cubierto, colocándolo fuera del contrato” ⁽²²⁾.

delimitación del objeto y la limitación de derechos en el contrato de seguro”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Seguros*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 129 y siguientes; COMPIANI, María Fabiana, “Las exclusiones de cobertura en el seguro auto-motor”, en *Revista de Contratos y Seguros* 2015-III-225.

⁽¹⁹⁾ STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Seguro contra responsabilidad civil*, Bue-nos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 285/286.

⁽²⁰⁾ Confr. BARBATO, ob. cit., pp. 45/47.

⁽²¹⁾ SOBRINO, Waldo; GAVA, Ariel y CERDA, Sebastián, *Ley de Seguros comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2021, t. II, p. 344.

⁽²²⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 1-7-2008, “Triunfo Coo-perativa de Seguros en J. 83.303/9126, Triunfo Coop. de Seguros en J. 82.776, Navarria, Gisela c/Sabatino Bustos, F. p/Daños y perjuicios s/ inconstitucionalidad y casación”, *La Ley Online*, AR/JUR/11560/2008. Ello sin perjuicio de que existen diversos pronunciamientos, que expresa y conscientemente, o bien implícitamente, la califican como caducidad: “La culpa grave como cau-sal de caducidad del contrato de seguro debe interpretarse restrictivamente, y ser admitida solo en el caso en que se demuestre que el asegurado provocó el hecho en tal situación, asimilada al dolo, es decir que haya actuado de modo en que no lo habría he hecho si no estuviera amparado por el

En nuestra interpretación, debemos profundizar en la cuestión en tanto en cuanto la cláusula de exclusión de cobertura para operar como tal debe dejar en claro que esa conducta tipificada debe configurar culpa grave o dolo del asegurado, siendo causalmente provocadora del siniestro, ya que de lo contrario deberíamos analizar su validez, como bien lo advertía el profesor Stiglitz ⁽²³⁾.

10. LA PROVOCACIÓN COMO EJE FUNDAMENTAL DE LA NORMA

Hemos sostenido ⁽²⁴⁾ y lo reiteramos ahora que el eje del análisis debe ser la provocación. Esta se manifiesta como la acción y efecto de provocar, o sea, facilitar o ayudar a que el siniestro se produzca.

En el caso concreto, hay que determinar si hubo provocación por parte del asegurado, y si esta se configuró con dolo o culpa grave.

Cabe afirmar, entonces, que en aquellos casos en que el asegurado haya facilitado o ayudado a la producción del siniestro (provocación) a través de conductas u omisiones intencionales, a sabiendas de su resultado dañoso, o con omisiones grandes, enormes, excesivas de diligencia, prudencia y pericias debidas, el asegurador quedará liberado de su obligación de resarcir, solo respecto del asegurado al que se le atribuya esta actuación y no de los demás.

Frente al caso concreto cabría establecer:

- a) Si hubo provocación del siniestro, o sea, facilitación o ayuda.
- b) Si hubo culpa grave o dolo.
- c) Si el dolo o la culpa grave son atribuibles al asegurado.
- d) Si el dolo o culpa grave del asegurado guarda nexo de causalidad adecuada, excluyente de todo otro evento con el siniestro.
- e) Si la culpa grave no se encuentra asumida por la aseguradora.
- f) Si la exclusión de cobertura por culpa grave o dolo se hizo valer por la aseguradora en el plazo del art. 56.
- g) Si la culpa grave o dolo se hizo valer por la aseguradora en la oportunidad prevista por el art. 118, LCS.

Estos requisitos son siempre de necesaria acreditación o acaecimiento, ya que la falta de algunos de ellos puede producir que en el caso concreto la causal de liberación legal y contractualmente prevista no tenga efecto.

seguro" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 26-10-89, "Acosta, Abel I. y otros c/ Otero, Luis A.", AR/JUR/1842/1989; *Digesto Jurídico* 1990-2-195).

⁽²³⁾ El profesor Stiglitz señalaba que por ejemplo la cláusula de exclusión de cobertura por exceso de velocidad solo era válida cuando configuraba culpa grave (obra citada *Código...* cit., p. 523).

⁽²⁴⁾ PIEDECASAS, Miguel A., *Régimen legal del seguro*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 257 y ss.

11. EL CONCEPTO DE DOLO

El concepto de dolo surge del artículo 1724 del Cód. Civ. y Com., el que define los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, y expresa que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. se señala que “[e]l dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende ‘el incumplimiento intencional’ (dolo obligacional), suprimiendo el requisito concurrente de la mala fe previsto en el Proyecto de 1998 que se refiere más bien al dolo calificado. Se reemplaza el ‘incumplimiento deliberado’, también previsto en el Proyecto de 1998, por el de ‘incumplimiento intencional’ del Proyecto de 1992, receptando las observaciones de la doctrina y se añade la locución ‘manifiesta indiferencia’ porque de este modo se incluye al dolo eventual”.

La doctrina ha expresado respecto de esta conceptualización del dolo, que resulta trasladable al ámbito del seguro: “Pues bien, el sentido de esta ponencia es sostener –y aquí quizás lo nuevo– que cuando el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación menciona dentro del concepto del dolo a quien actuara ‘... con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...’, en realidad lo que está haciendo es subsumir dentro del concepto de dolo –como factor de atribución de responsabilidad– a aquellos sujetos que actúen con culpa grave y, de tal suerte, aquellas conductas a las que refiere el art. 274 de la ley 19.550 en materia de responsabilidad de los administradores societarios, respecto de ‘... cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave...’, hoy debe leerse como ‘... cualquier otro daño producido por dolo o abuso de facultades...’ en la medida que –al menos en este campo– el factor de atribución de responsabilidad calificado como ‘culpa grave’ ha quedado subsumido –y absorbido– dentro del nuevo concepto de ‘dolo’. Dicho de otro modo, no equipara el Código la culpa grave al dolo, sino que el dolo absorbe en forma absoluta la figura de la culpa grave fusionándola y disolviéndola para quedar constituida y configurada en dolo –lo que es algo distinto y más profundo– pues esto hace desaparecer la ‘culpa grave’ como factor autónomo de atribución de responsabilidad”.

Ciertamente, esta novedad no es intrascendente, ni inocua, pues –más allá de la discusión doctrinaria y jurisprudencial referida brevemente en estas líneas– la subsunción aludida tendrá otras consecuencias sobre las cuales no puedo extenderme –en esta oportunidad– para no infringir el límite reglamentario de páginas asignado a las ponencias por parte de las autoridades de las Jornadas ⁽²⁵⁾. Realmente la última parte del artículo 1724 del Cód. Civ. y Com.

⁽²⁵⁾ VÍTOLO, Daniel Roque, “La desaparición de la ‘culpa grave’ como factor autónomo de atribución de responsabilidad de los administradores societarios, por su subsunción en el

al incorporar el denominado “dolo eventual” ⁽²⁶⁾ ha solucionado muchos de los problemas que plantea el concepto de culpa grave, ya que la actuación con “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” en virtud de tener cobertura del seguro, desprendiéndose de las consecuencias dañosas de su actuación, ha sido uno de los elementos caracterizantes que se ha utilizado en nuestra jurisprudencia y doctrina para que se configure la culpa grave. Con ello queremos señalar que una hipótesis a desarrollar por una futura legislación es considerar excluido de cobertura al dolo en la conceptualización amplia que realiza el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com. y dejar dentro del ámbito de cobertura a la culpa grave. Claro está que ello es una posibilidad que debe ser analizada técnica y jurídicamente y decidida legislativamente y no por vía de interpretación de la ley actual, donde claramente se ha optado por liberar a la aseguradora en los supuestos de dolo (intención) y de culpa grave (negligencia, impericia, imprudencia, pero no intención). Ciertamente es, como bien señala el profesor Stiglitz, que no puede confundirse una situación de culpa, aunque sea grave, con el dolo en cualquiera de sus manifestaciones (aun el eventual).

12. EL CONCEPTO DE CULPA GRAVE

El concepto de culpa grave no se encuentra dentro de las definiciones legales de la ley de contrato de seguro ni tampoco en el Cód. Civ. y Com. El Cód. Civ. y Com. utiliza esta categoría o nomenclatura en tres artículos: arts. 1771 (acusación calumniosa), 1819 (adquisición de los títulos valores) y 1873 (adquirentes en bolsa o caja de valores). De ninguna de estas normas se desprende el concepto de la figura utilizada.

Los Fundamentos del Anteproyecto no refieren a la culpa grave: “En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Se ha mantenido una definición ampliamente conocida y aplicada por la doctrina y la jurisprudencia”.

nuevo concepto de ‘dolo’, según lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Ebook-TR 2024* (Gómez Leo-Dasso), p. 391.

⁽²⁶⁾ En el precedente “Cabello” la Cámara de Casación Penal trató el tema. Traigo a colación este caso en virtud de que se trata de un supuesto que tenía directa relación con el seguro y respecto del cual se dictaron diversas sentencias, tanto en sede civil como penal. En comentario a dicho fallo se ha dicho que “[c]oncluyendo, cuando el autor, pese a haberse representado la probable realización del tipo legal, no dirige el curso de la acción hacia su evitación, bien porque es imposible configurar la acción de otra manera y el sujeto no está dispuesto a abandonar su objetivo, bien porque la elección de otros medios supone un alto coste para el mismo, o bien cuando le es absolutamente indiferente la producción de las consecuencias accesorias lesivas, habrá dolo eventual. De esta manera se habrá logrado un criterio, ciertamente objetivo, que logra delimitar el dolo de la imprudencia” (CENSORI, Luciano, en *Revista de Pensamiento Penal*, disponible en www.pensamientopenal.com.ar, 2016/04).

Ello se traslada al texto normativo, que en su artículo 1724, Cód. Civ. y Com. define a la culpa en relación con la responsabilidad, expresando que “[l]a culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”. No hay referencia normativa conceptual a la culpa grave.

Por ello hay que orientarse en la jurisprudencia y doctrina que se ha generado en estos casi 60 años de vigencia de la ley 17.418 (vigente desde 1967).

Previo a ello, no se debe dejar de advertir la importancia que tiene el artículo 1725 del Cód. Civ. y Com. al momento de la valoración de la conducta, cuando se califica al seguro como un contrato de “ubérrima buena fe”.

Con ello estamos afirmando que la noción de culpa grave debe (si correspondiere a la situación planteada) conjugarse con las reglas establecidas en el art. 1725, Cód. Civ. y Com..

Esta norma expresa que “[c]uanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”. Este primer párrafo es sustancial, sin perjuicio de la última parte del artículo, que también en determinadas situaciones puede llegar a tener incidencia.

Ahora bien, en relación con esta cuestión, la doctrina señala que estas reglas del Cód. Civ. y Com. no tendrían incidencia en relación con el concepto de culpa grave: “a diferencia de lo que acontece con el art. 902, Cód. Civil ⁽²⁷⁾ no inciden aquí, ya que mientras dicho art. 902 se refiere a circunstancias que aumentan la aptitud del agente para ser sujeto pasivo de imputación de culpa, generadora de responsabilidad (opera en un sistema dirigido a indemnizar a la víctima, destinataria fundamental de los beneficios de esa normativa civil), en el seguro, la culpa grave obra en un sentido inverso, como obstativa de toda indemnización (incluso respecto de la víctima, en el seguro de la responsabilidad civil) y con función de indole objetiva (requisito técnico)” ⁽²⁸⁾.

No dejan de llamarnos a la reflexión las consideraciones del Dr. Barbato. Ello sin perjuicio de que la culpa grave debe considerarse con relación a las cualidades del sujeto y las circunstancias de tiempo y lugar correspondientes y las peculiaridades del caso concreto y tampoco deja de ser cierto, que la aseguradora puede requerir de ese sujeto (médico, conductor profesional, por ejemplo), una actuación con el mayor grado de pericia, prudencia y diligencia posible y las infracciones a estas reglas han de ser ponderadas para calificar su actuar culposo o no. Es posible y hasta razonable que trasladado al ámbito del seguro el artículo 1725, Cód. Civ. y Com. sea utilizado como pauta de valoración de la actuación con dolo o culpa grave, sin dejar de reconocer que ello sería perjudicial para la víctima (en virtud de que se estaría liberando a la

⁽²⁷⁾ Actualmente el 1725 del Cód. Civ. y Com.

⁽²⁸⁾ BARBATO, ob. cit., p. 128.

aseguradora de su responsabilidad de cobertura en relación con el asegurado que habría actuado con culpa grave).

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse intentando una definición de culpa grave en el ámbito del seguro, y se destaca entre estos pronunciamientos, el efectuado en el precedente “Olmos c/Strapoli” de la CS, que data de 1991, donde en las disidencias de los ministros Cavagna Martínez, Moliné O’Connor y luego en la del Dr. Barra, se extraen notas caracterizantes de lo que se entiende por “culpa grave” ⁽²⁹⁾:

“9º) Que la culpa grave como causa legal de exoneración de la responsabilidad de la aseguradora (art. 70 de la ley 17.418), excede la regular graduación de negligencia –que se encuentra amparada en los contratos de seguro– y por su magnitud resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso, o por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque este no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto.

“Por ende, la configuración de culpa grave debe ser analizada de conformidad con las circunstancias particulares de tiempo, persona y lugar que se relacionan con el hecho, pues el fundamento de la exoneración de responsabilidad de la aseguradora radica esencialmente en que la conducta del asegurado supera las previsiones de riesgo propias del contrato, e incursiona en un margen de participación en la producción del siniestro, que desarticula sus bases convencionales.

“10) Que las deficientes condiciones de seguridad en las que funcionaba el paso a nivel donde se produjo el accidente indican que el conductor del vehículo, al intentar trasponerlo, ingresó en una zona de riesgo a cuya configuración defectuosa fue totalmente ajeno, aunque luego no supo sortear las dificultades que la situación presentaba, por un grado de impericia que ha de ser ponderado por los jueces de la causa.

“11) Que el pronunciamiento que omite valorar adecuadamente la situación de riesgo preexistente a la conducta del asegurado prescinde de constancias que influyen de modo determinante en la suerte de la defensa de la aseguradora, en tanto esta reposa en la eximición de su responsabilidad contractual, precisamente por la inadecuada respuesta del conductor del vehículo frente a la compleja situación que tuvo que enfrentar.

“12) Que la sentencia del tribunal a quo, en cuanto no contiene una apreciación razonada de las constancias del juicio, en armonía con la normativa legal aplicable, posee un fundamento solo aparente, que la descalifica como acto jurisdiccional válido, y afecta la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de propiedad, en razón de la distribución de la responsabilidad económica que se origina en el hecho.

⁽²⁹⁾ Nota del autor: se transcriben literalmente sus partes esenciales por la importancia que tiene el fallo y las opiniones de los ministros vertidas en él, en el estudio del tema en cuestión.

“...5º) Que la exoneración de la responsabilidad de la aseguradora por culpa grave del asegurado (art. 70 de la ley 17.418) supone una conducta que excede la regular graduación de negligencia –amparada en los contratos de seguro–, de modo que la actitud del sujeto resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso, o por lo menos traduce su grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque este no haya sido deliberadamente buscado por el causante del daño.

“Por ende, la liberación del asegurador no puede tener origen en el grave descuido del asegurado, sino en su actitud consciente en cuanto a la producción del siniestro, y desaprensiva respecto de sus consecuencias, por la certeza de hallarse amparado por la cobertura. Se trata, en efecto, de una responsabilidad asumida por el asegurador en virtud de un contrato comercial, cuyo riesgo se encuentra rigurosamente calculado sobre la base de la proporción y frecuencia de los siniestros y del pago de las primas, y que solo cede cuando la conducta del asegurado supera las previsiones de riesgo propias del contrato, e incursiona en un margen de participación que desarticula sus bases convencionales. En mérito a esas características del instituto, la configuración de culpa grave debe ser analizada de conformidad con las circunstancias particulares de tiempo, persona y lugar que se relacionan con el hecho, pues sin su ponderación no hallaría adecuado fundamento la exoneración de responsabilidad de la aseguradora.

“6º) Que el pronunciamiento que omite valorar adecuadamente la situación de riesgo preexistente a la conducta del asegurado y su incidencia en la producción del siniestro, como factores que permitan determinar si este actuó –más allá de su imprudencia– con conciencia e intencionalidad en la producción del accidente, o indiferencia ante su resultado, por la tranquilidad de hallarse asegurado, prescinde de constancias que influyen de modo decisivo en la suerte de la defensa de la aseguradora, en tanto esta reposa en la eximición de su responsabilidad contractual, precisamente por la inadecuada respuesta del conductor del vehículo frente a la compleja situación que tuvo que enfrentar.

“7º) Que la sentencia del tribunal *a quo*, en cuanto no contiene una apreciación razonada de las constancias del juicio a que se ha hecho referencia, en armonía con la normativa legal aplicable para la exoneración de responsabilidad del asegurador, posee un fundamento solo aparente, que la descalifica como acto jurisdiccional válido, y afecta la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de propiedad, en razón de la distribución de la responsabilidad económica que se origina en el hecho⁽³⁰⁾”.

Se debe aclarar que la mayoría del tribunal declaró inadmisibile el recurso extraordinario, por aplicación del artículo 280, Cód. Proc. Civ. y Com. La

⁽³⁰⁾ CSJN, “Olmos c/Strapoli”, *La Ley Online*, del 19-12-91.

doctrina también se ha expresado respecto del concepto de culpa grave y en este sentido se puede referenciar lo expuesto por el Dr. Barbato, cuando expresaba que la culpa grave supone “falta de intención siniestral en el asegurado o beneficiario” “debe ser determinada según las circunstancias del caso” refiere a actos no dolosos del asegurado “que por su extrema gravedad constituyen un riesgo intolerable, atento a su excesiva peligrosidad y probabilidad” debe ser considerada en relación “al hombre de la calle, este hombre abstracto y genérico que le refieren (al seguro) las estadísticas”, tiene una “magnitud caracterizada por la desmesura y la infrecuencia” y debe “integrar la causa del siniestro”⁽³¹⁾.

El *Diccionario* de la RAE, en su segunda acepción, indica que “grave” significa: “Grande, de mucha entidad o importancia”.

Por ello, cuando enfrentamos una calificación de culpa grave debemos considerar que la negligencia, imprudencia o impericia debe ser grande, de mucha importancia o entidad, según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

La jurisprudencia se ha pronunciado en sentido similar o equivalente a lo que la doctrina y el precedente de la CS (“Olmos”, en las disidencias) habían enunciado como concepto (cercano) a lo que debe entenderse por culpa grave: “Cuando la ley 17.418 (ADLA XXVII-B-1677) alude a la ‘culpa grave’ establece una delimitación subjetiva del riesgo cubierto, con el objeto de mantenerlo encauzado dentro de un marco de normalidad, que excluya de la cobertura las alteraciones al comportamiento siniestral previsto, originadas en la falta de adopción de las mínimas diligencias exigibles al asegurado, en función de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de tiempo, persona y lugar”⁽³²⁾. Sin perjuicio de ello y la coincidencia marcada entre los diversos precedentes, en otras situaciones se habla de que se configura una conducta más cercana al dolo (apreciación no compartida, ya que en la culpa se carece de toda intencionalidad de producir el resultado siniestral/dañoso): “Debe entenderse la culpa grave de los arts. 70 y 114 de la ley de seguros (ADLA XXVII-B-1677) como el obrar excepcional de quien conduce el automotor con un proceder que se acerca más al dolo (previsibilidad del resultado) que a la culpa, constituyendo una falla grosera e inusitada, a extremo tal que

⁽³¹⁾ Conforme lo expuesto en la excelente obra BARBATO, Nicolás A., *Culpa grave y dolo en el Derecho de Seguros*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 1994.

⁽³²⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 3-12-81, “Barone, Nicolás c/Ruta, Coop. de Seguros”, AR/JUR/3525/1981; en el mismo sentido, Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de Tucumán, 22-2-80, “Ledesma de González, María E. c/Jeder, Pedro y otro”, AR/JUR/4451/1980; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 30-5-84, “Crespo de Tojo, Blanca A. c/Fides, Cía. de seguros”, AR/JUR/2564/1984; Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 22-3-88, “Issin Hnos. c/ Galvani, Máximo y Galvani, Antonio E. c/Galvani, Ricardo y/o sucs.”, AR/JUR/817/1988; *La Ley* 1988-C-523.

parezca que ha sido ejecutada a sabiendas”⁽³³⁾. También se ha hecho notar una circunstancia (de apreciación y valoración) y es que el asegurado ha actuado de esa manera porque tenía cobertura asegurativa (entendemos que hoy esa posibilidad estaría encuadrada en el concepto de dolo del art. 1724, última parte, del Cód. Civ. y Com.): “El concepto de culpa grave solo puede identificarse con aquella situación en la que se revela una actitud totalmente desaprensiva por parte del asegurado, una incuria particularmente intensa que solo encuentra explicación en la confianza de contar con el respaldo del asegurador”⁽³⁴⁾. Existe consenso jurisprudencial en el hecho de que una mera negligencia del asegurado no constituye culpa grave: “Un descuido del asegurado o una mera negligencia no constituye la culpa grave, liberatoria del asegurador, conforme al art. 70 de la ley 17.418 (ADLA XXVII-B-1677), que requiere negligencia grosera, una conducta culposa que aquel no habría observado si no estuviera asegurado y, por tanto, imputar culpa grave a toda negligencia o mero descuido del asegurado, equivale a limitar la garantía del seguro a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que es contrario a la función del seguro y a las normas de la ley 17.418”⁽³⁵⁾.

13. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE COMO SUPUESTOS DE EXCLUSIONES CONTRACTUALES DE COBERTURA

La póliza, documento esencial del contrato de seguro (art. 11, LCS), establece como supuestos de exclusión de cobertura conductas o situaciones que responden al concepto de dolo o culpa grave.

⁽³³⁾ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 22-3-88, “Issin Hnos. c/Galvani, Máximo y Galvani, Antonio E. c/Galvani, Ricardo y/o sucs.”, AR/JUR/817/1988; *La Ley* 1988-C-523; en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 15-8-80, “Pul, Marcelo c/Touring Cooperativa de Seguros Limitada”, AR/JUR/4274/1980; Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala III, 5-9-80, “Zimmer de Aparicio, Elvira C. y otros c/Melnik, Gustavo A.”, AR/JUR/707/1980.

⁽³⁴⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 22-10-93, “Fernández, Roberto L. c/La Central del Plata Cía. de Seguros”, AR/JUR/1924/1993; *La Ley* 1994-D-225; en el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala VI, 30-9-80, “Espósito, Ernesto J. y otro c/Trevisan, César R. y otros”, AR/JUR/853/1980; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 27-11-80, “Marcó, Félix E. c/Sociedad Rural de Ceralistas, Cía. de Seguros”, AR/JUR/2074/1980; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 29-9-83, “Serenellini, Carlos R. c/Broggini, Eduardo R.”, AR/JUR/1004/1983.

⁽³⁵⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 22-12-83, “Gómez, Mónica S. c/Cumbre Cooperativa de Seguros, Ltda.”, AR/JUR/2896/1983; *La Ley* 1984-C-237; en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 22-12-83, “Gómez, Mónica, S. c/Cumbre Cooperativa de Seguros, Ltda.”, AR/JUR/2896/1983; *La Ley* 1984-C-237; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 14-5-84, “Idoyaga Molina, María E. c/La Holando Sudamericana Cía. de Seguros”, AR/JUR/2578/1984; *La Ley* 1985-A-341; *Digesto Jurídico* 1985-1-176.

Así, en la póliza del rubro automotores encontramos algunas de ellas (que analizaremos con posterioridad) y que se refieren a la producción del accidente por la conducción a contramano, en estado de ebriedad, con excesiva velocidad (entre tantas otras).

Se ha planteado con mucha agudeza que estaríamos frente a supuestos de “objetivación de la culpa grave”, lo que adquiere connotaciones negativas según la doctrina especializada y que se ha puesto de manifiesto (este aspecto negativo) en diferentes pronunciamientos judiciales.

En este sentido, Racimo ha expresado:

“La aseguradora que impone reglas a la vez crea delimitaciones subjetivas que son objetivadas con una descripción contractual para independizar su liberación del examen de la situación concreta que debe efectuar el juez según el estándar del art. 114. Basta la configuración de esa situación objetiva estipulada contractualmente (circular a contramano) para liberarse de su obligación.

“Ahora bien, esas cláusulas pueden convertirse en cánones rígidos –como son precisamente las reglas– que perjudican la posición del asegurado en el estudio de su conducta en el accidente en tanto la situación podría haber sido examinada por el juez de acuerdo con otras pautas. La situación deriva nuevamente hacia el examen de la póliza de acuerdo con los arts. 114 y 158 de la LS. Cuando se incorporan reglas (no ir a más de 40 km/h de la velocidad permitida o no circular de contramano) o eventualmente estándares distintos de la culpa grave, se reintroducen por vía indirecta y contractual mecanismos similares a aquellos que se quisieron erradicar mediante la sanción de la LS [...] El art. 114 impone un estándar de ‘culpa grave’ que debe ser examinado por el juez. La cláusula de una póliza no puede transgredir ese estándar en perjuicio del asegurado y en caso de así configurarse sería nula según lo dispuesto por el art. 158. Las cláusulas especificadoras de conductas se convierten, a partir de ese razonamiento, en superfluas. Si la conducta especificada se encuadra por el juez en el estándar de culpa grave, se sigue de lo expuesto que la exclusión de responsabilidad del asegurador se da por la aplicación del art. 114. No hay, pues, necesidad de acudir a un texto de la póliza que hable de otros estándares o elabore reglas tipificadas de comportamiento del conductor”⁽³⁶⁾.

En otro sentido se ha expresado que “[m]ás allá de lo afirmado por la SCJM en los casos antes mencionados, estimo por mi parte que la cláusula en cuestión no determina una objetivación de lo subjetivo, sino que se trata, verdaderamente, de una exclusión objetiva por manejar en estado de ebriedad, en otras palabras, se trata de un caso objetivo de ausencia de cobertura, al que no le resultan aplicables los principios del funcionamiento de la culpa gra-

⁽³⁶⁾ RACIMO, Fernando M., “La culpa grave del art. 114 de la ley 17.418 y los dos asegurados”, en *Revista de Contratos y Seguros* 2019-VII-201, con cita de la obra de Schauer y fallo de la CNC, sala E, “Quaranta”, del 4-12-2012.

ve y, por ende, que incluye al conductor autorizado y no solo al tomador del seguro”⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

14. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE EN RELACIÓN CON LOS FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

En los supuestos de reclamo por responsabilidad civil con cobertura del seguro respectivo (artículos 109 y siguientes, LCS) nos encontramos con que en muchos casos confluyen situaciones que pueden ser calificadas como de culpa grave del asegurado, pero que concurren con su responsabilidad basada en factores objetivos (ejemplo por aplicación de los artículos 1757 siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com.).

En estos casos debemos interpretar cómo se resuelve la situación que se plantea entre el dolo y la culpa grave del asegurador/responsable y la responsabilidad (con cobertura) fundada en factores objetivos.

Aquí la cuestión puede proyectarse sobre la validez de las cláusulas que consagran igualmente la causal de liberación por culpa grave o dolo del asegurado, cuando la norma atributiva de responsabilidad solo admite como causal de liberación al caso fortuito (ejemplo el caso de los establecimientos educativos), en cuyo caso carecería de sentido tener un seguro de responsabilidad civil obligatorio que no otorga la cobertura respecto del supuesto de hecho que se pretende cubrir con esta clase de seguros.

Realmente esta es una cuestión jurídicamente relevante, ya que por un lado se exige un seguro obligatorio para automotores o establecimientos educativos; se consagra una responsabilidad fundada en factores objetivos y luego por otro lado se puede liberar a la aseguradora probando elementos subjetivos como la culpa grave.

Esta cuestión solo se puede resolver, sin dudas, a través de una reforma legislativa que elimine la causal de liberación por culpa grave; aunque bueno es señalarlo, idéntico reproche merecería el dolo del asegurado (que en ningún caso puede suprimirse porque es contrario a derecho y altera total e intencionalmente, los presupuestos técnicos económicos del seguro) responsable (además) objetivamente.

⁽³⁷⁾ Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (C4ºCivComMinasPazyTribMendoza), 14-8-2024, “Bordón c/Taboada”, *La Ley Online*, AR/JUR/106446/2024.

⁽³⁸⁾ También en apoyo de esta postura: ALLAMAND, Martín, con cita de PERCUCCHI, Héctor y PERUCCHI, Juan, *Código seguro*, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 174, expresa que “se trata de casos objetivos de exclusión de cobertura”; ver artículo “La subjetivización de la cláusula de exclusión ‘objetiva’ de cobertura por alcoholemia en el Seguro Automotor de responsabilidad civil por la SCJ Mendoza. Un fallo preocupante”, en *La Ley Online*, AR/DOC/725/2023.

15. RELACIÓN CAUSAL

Sostenemos que al requerir la norma que el asegurado “provoque” con su acción u omisión, el siniestro, actuando con culpa grave o dolo, se requiere una relación causal adecuada entre la conducta del asegurado y el daño (siniestro) ⁽³⁹⁾.

Ello guarda concordancia con la regla establecida en el art. 1726 del Cód. Civ. y Com. que expresa que “[s]on reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (esto último, en materia de responsabilidad por daños derivada de un contrato, debe leerse e interpretarse con el art. 1728, Cód. Civ. y Com.).

Ergo, el resultado dañoso (siniestro) solo es atribuible al asegurado cuando la conducta con culpa grave o dolo que se le imputa haya provocado (causa adecuada) el daño.

La póliza de automotores (a modo de ejemplo) emplea la palabra “producir” al momento de regular las exclusiones de cobertura (dentro de las cuales se encuentran supuestos de dolo y culpa grave).

La doctrina ha señalado que “el desplazamiento del suceso fuera de la cobertura no acontece solo por virtud de un accionar intensamente imprudente o negligente del asegurado o beneficiario; se requiere que el mismo haya acentuado excesivamente la probabilidad del siniestro, y que en virtud de ello este se produzca a causa de esa conducta en extremo culposa” ⁽⁴⁰⁾.

La jurisprudencia se ha pronunciado en estos casos reconociendo la necesidad de esa relación causal (que también se encuentra enunciado en las cláusulas usuales, en virtud de que exigen que el siniestro haya sido “producido” por algunos de los supuestos caracterizados en el contrato), y no cabe (según nuestro punto de vista) presumir esa relación causal, y mucho menos cuando estamos frente a situaciones de interpretación restrictiva como es este supuesto de los casos de dolo o culpa grave: “En los contratos de seguro de responsabilidad civil, las cláusulas de exclusión de cobertura serán jurídicamente válidas cuando la conducta excluida sea la causa del siniestro, y el asegurado hubiera incurrido en la misma dolosamente o por culpa grave” ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Barbato señala que “debe integrar la relación causal con el siniestro”. Las propias pólizas hablan de “producción del siniestro por esas conductas, con lo cual no queda duda alguna sobre la necesidad de la relación causal adecuada”.

⁽⁴⁰⁾ BARBATO, *Culpa grave y dolo en el Derecho de Seguros* cit., p.142.

⁽⁴¹⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco, 17-12-2010, “Camisasso, Adriana del Valle y Borgogno, Claudio José por derecho propio y en nombre de su hijo menor de edad Agustín Borgogno c/Cardozo, Diego Omar y otros”, AR/JUR/88522/2010; *La Ley Córdoba* 2011 (abril), p. 339.

“Siendo el fundamento de la declinación de cobertura la alegación de haber conducido el asegurado en estado de ebriedad debe resultar que tal estado haya sido la causa determinante del accidente, debe haber poseído incidencia causal suficiente de modo tal que el evento no se hubiera producido de no mediar la ebriedad. La sola ingesta no excesiva que no se traduzca en preponderante en la causación del resultado dañoso, no conforma el tipo de culpa necesario para eximir a la aseguradora de su obligación contractual de resarcir”⁽⁴²⁾.

Cierto es que, en los casos concretos, en muchos de ellos, se ha considerado que la sola configuración de la conducta descrita en la póliza (ejemplo, conducir en estado de ebriedad), hace presuponer la culpa grave y la causalidad, lo que consideramos que no se ajusta al texto legal y que debe haber existido “provocación” (advirtiendo una vez más que en la propia póliza se exige que ese estado de ebriedad haya “producido” el accidente).

Estas discrepancias se observan en la jurisprudencia:

“Debe desestimarse la defensa de caducidad de la póliza opuesta por el asegurador del agente del daño citado en garantía, en razón de que al momento del siniestro este conducía en estado de ebriedad (arts. 70 y 114, ley 17.418 –ADLA XXVII-B-1677–) si de las probanzas de autos no resulta que dicho estado de alcoholización haya sido la causa determinante del accidente”⁽⁴³⁾.

“Configura culpa grave la conducción de un automóvil en estado de ebriedad”⁽⁴⁴⁾.

“El hecho de integrarse al tránsito vehicular en estado de ebriedad constituye de por sí una conducta reprochable, y si el conductor en este estado actuó con negligencia e imprudencia en la conducción de su rodado, cabe tener por acreditado el nexo causal existente entre el estado de alteración alcohólica, comportamiento evidenciado y las consecuencias que de ello derivan. Consecuentemente, debe quedar desobligada la aseguradora que ha opuesto la defensa de culpa grave de dicho conductor fundada en conducta aludida”⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ CC0000 PE, C 1360 RSD-37-95 S, 27-4-95, Juez Levato (SD), carátula: “Bordoni, A. y otro c/Nacura, R. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios”.

⁽⁴³⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 13-2-79, “Sancor, Coop. Ltda. de seguros c/Rion, Juan J.”, *La Ley* 1979-B-167.

⁽⁴⁴⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 12-7-85, “De Medeiros, Raúl y otros c/Franco, Hugo L. y otros”, AR/JUR/1573/1985.

⁽⁴⁵⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala VI, 2-10-87, “Nogueira, Osvaldo M. c/Wansart, Enrique F.”, AR/JUR/1668/1987; L. L. 1988-D-519.

16. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Stiglitz ha sostenido con énfasis que, si a través de cláusulas contractuales se pretende consagrar normas que amplíen los derechos de la aseguradora y restrinjan los del asegurado, estas deben ser consideradas, abusivas, ilícitas y declararse su nulidad.

Así, exponía que “[d]e donde toda condición de póliza que se halle configurada como hipótesis de delimitación causal subjetiva y que extienda la exclusión de cobertura, por importar una ampliación de derechos en favor del asegurador y, consiguientemente, una restricción de derechos del asegurado será nula por abusiva y formalmente ilícita” ⁽⁴⁶⁾ (por contrariar las normas de la ley 24.240 y del Cód. Civ. y Com.).

No debe dejar de apreciarse que en la actualidad contamos con expresas normas legales sustanciales que nos permiten calificar cuando estamos en presencia de una cláusula que pueda ser considerada abusiva, sea en los contratos de seguro celebrados por adhesión o en los casos que pueden ser calificados como seguros de consumo (conforme arts. 988, 989, 1117, siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com. y sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación de la ley 24.240) ⁽⁴⁷⁾. La cláusula que excluye del riesgo cubierto, los supuestos donde el asegurado hubiere producido el siniestro a través de la realización de ciertas conductas (conducir en contramano, a exceso de velocidad, en estado de ebriedad, y tantas otras), sin que se configure el dolo o la culpa grave, podría considerarse abusiva.

La cláusula que prescinde de la relación causal entre la conducta del asegurado y las consecuencias dañosas también puede llegar a considerarse abusiva en el caso concreto.

La cláusula que extienda la causal de liberación a otros sujetos que no tengan la calidad de asegurado sería abusiva.

En estas últimas situaciones debe analizarse cada situación en particular, para pronunciarse sobre el sentido y alcance que se le otorga a la interpretación realizada.

En su momento, la SCJBA había sostenido que “[s]e encuentra alcanzada por la prohibición del art. 158 de la Ley 17.418 de Seguros (ADLA XXVII-B-1677), la cláusula de la póliza del seguro de responsabilidad civil que extendió al conductor del vehículo protagonista del siniestro, la previsión del art. 114 de dicha ley, que establece que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando

⁽⁴⁶⁾ STIGLITZ, Rubén, “Ley de Seguros”, t. XII, en ALTERINI y ALEGRIA (dirs.), *Códigos Civil y Comercial comentados*, Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2011, p. 504.

⁽⁴⁷⁾ No escapa a nuestra consideración la postura que sostiene que las cláusulas de delimitación del riesgo son parte del objeto del contrato de seguro y por lo tanto no podrían ser declaradas abusivas conforme lo establecido por el artículo 1121 del Cód. Civ. y Com.. No compartimos ese criterio, conforme lo hemos expuesto en otras oportunidades, y no podemos dejar de advertir que ese límite solo funciona para los seguros de consumo y no enerva el sentido, alcance y efectos de las reglas legales para los contratos celebrados por adhesión.

provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad, pues la pretendida subsunción del conductor en la figura del asegurado no juega a favor de este sino en su perjuicio [...] El art. 158 de la Ley 17.418 de Seguros (ADLA XXVII-B-1677), en tanto dispone que las previsiones del art. 114 —establece que el asegurado no tendrá derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad— solo se podrán modificar a favor del asegurado, conforma un supuesto de imperatividad relativa, dada la posibilidad de mejorar la posición del sujeto individualizado, por lo que resulta inválida la extensión de la previsión del citado art. 114 a otro sujeto que no es el indicado en la norma”⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾.

17. EL ASEGURADO

Aquí encontramos una de las cuestiones más importantes para dilucidar, ya que en muchos de los supuestos problemáticos con relación a esta figura (ejemplo: el conductor autorizado de automotores) debemos determinar quién es el asegurado, para luego establecer si ha provocado el siniestro con culpa grave o dolo.

Recordemos que la causal de liberación de la aseguradora se activa cuando es el asegurado quien actúa con dolo o culpa grave y que ello no puede ser modificado en desmedro del asegurado.

El asegurado es el titular del interés asegurable y conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y siguientes de la LCS puede ser o no designado en el contrato de seguro (en la póliza para ser más concretos).

Entonces hay que identificar el concepto de interés asegurable y el titular de este para calificarlo como asegurado, pudiendo ser uno o varios.

El interés asegurable ha sido definido por Fontanarrosa, con cita de Buttarro, Donati y Morandi, con relación al seguro de la responsabilidad civil, como “el interés que el asegurado tiene en que el asegurador le tutele su patrimonio, que se vería dañado o disminuido como consecuencia de su obligación de reparar los perjuicios que eventualmente pueda causar a un tercero”⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires), 9-10-2003, “Vega Pérez, Mariano F. y otra c/Coll, Rubén G. y otro”, *Revista de Contratos y Seguros* 2003-821.

⁽⁴⁹⁾ Postura que es reiterada en otros precedentes posteriores; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires), 8-8-2007, “Larrea, Juan Antonio y otras c/Quitigui, Carlos Enrique”, *La Ley Buenos Aires* 2007 (noviembre), p. 1126; y en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 25-8-92, “Contreras de Caló, Rosario c/Puglisi, Héctor E. y otro”, AR/JUR/1258/1992; *La Ley* 1993-C-235; *Digesto Jurídico* 1993-2-465; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 27-8-96, “Cuquejo, Walter H. L. y otro c/Sevillano, Marcelo F.”, AR/JUR/723/1996; CC0000 PE, C 3966 RSD-119-2 S, 30-8-2002, Juez Ipina (SD), carátula: “Castañares, Carlos A. y otra c/Muñoz, Máximo C. y otros s/ daños y perjuicios”.

⁽⁵⁰⁾ FONTANARROSA, Rodolfo O., “La noción de interés asegurable”, en ANAYA y ALEGRIA (dirs.), *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 142.

Roitman ha señalado que “[p]or nuestra parte, como conclusión general a este capítulo, sostenemos que el interés asegurable es la relación económica existente entre un sujeto y un bien que se pretende proteger por un contrato de seguro, en condiciones de celebrarse, en tanto esa relación esté amenazada por un riesgo” ⁽⁵¹⁾.

Halperín expresa que el art. 60, LCS nos brinda el concepto “interés económico lícito de que un siniestro no ocurra” y luego agrega que “en el seguro de la responsabilidad civil existe un interés asegurable toda vez que el asegurado deba o pueda deber responder por el hecho suyo o de un tercero o debido a un bien del cual es propietario o usa, sea en virtud de la ley o del contrato” ⁽⁵²⁾.

Trasladado al ámbito de la responsabilidad civil y considerando al asegurado como causante del daño, debemos detenernos en el análisis de las obligaciones solidarias y las concurrentes y con relación a la atribución de responsabilidad seleccionar la norma que indica los posibles responsables, como puede serlo el artículo 1758 del Cód. Civ. y Com.

El asegurado debe ser uno de los obligados (concurrentes o solidario) en virtud de una relación de responsabilidad civil (con atribución subjetiva u objetiva) al pago de los daños (siniestro) vinculados causalmente y para que opere la liberación de la aseguradora, debe ser el provocador de esos daños, con dolo o culpa grave (la empresa de seguros solo se libera respecto de ese asegurado y no de los demás asegurados –si existiere más de uno–).

De manera tal que:

- Debe identificarse al asegurado en cada caso concreto.
- Puede ser más de uno.
- Solo libera la provocación con dolo o culpa grave del asegurado, identificado como tal.
- La causal de liberación no se puede extender a otras personas que no tengan la calidad de asegurado.

18. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE Y LA TEORÍA DE LA EQUIPARACIÓN DE CONDUCTAS

Es importante considerar que el Cód. Civ. y Com. trae normas que consagran la denominada “equiparación de conductas”, que cobra gran importancia con relación a la actuación de auxiliares o dependientes.

Entre ellas debemos analizar los artículos 732 y 1753 del Cód. Civ. y Com. ⁽⁵³⁾. La cuestión radica en el hecho de que la provocación con dolo o culpa

⁽⁵¹⁾ ROITMAN, Horacio, “El interés asegurable”, en ANAYA y ALEGRIA (dirs.), *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales* cit., p. 170.

⁽⁵²⁾ HALPERÍN, ob. cit., p. 780.

⁽⁵³⁾ El artículo 732 del Cód. Civ. y Com. establece: “*Actuación de auxiliares. Principio de equiparación.* El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”.

grave de estas personas son atribuibles al principal (en el ámbito de la responsabilidad civil), con lo cual, si este es el asegurado, podríamos concluir que la causal de liberación (activada por el dependiente) alcanza también al principal y por ende la empresa de seguros podría invocarla para no otorgar cobertura.

En este supuesto debemos señalar que en el ámbito del seguro estaríamos ampliando la interpretación del artículo 114, LCS en perjuicio del asegurado, lo que podría entenderse como no válida, en virtud de lo establecido claramente por parte del art. 158, LCS.

Creemos que la respuesta se encuentra en la calificación de asegurado para el principal y también para el dependiente que actúa por aquel.

El principal responde por los hechos del dependiente (objetiva y concurrentemente), con lo cual hay dos responsables frente a la víctima, pero en razón de causas diferentes (conforme artículo 850, Cód. Civ. y Com.), por lo que es lógico sostener que en relación a la aseguradora, cuando el dependiente actúa con dolo o culpa grave, esta podría solicitar ser liberada de mantener indemne el patrimonio del dependiente, pero nunca el del principal/asegurado, respecto del cual esta causal de liberación “personal” del dependiente no se activa, salvo que también se acredite dolo o culpa grave del titular/propietario/asegurado, en relación causal adecuada provocadora del siniestro ⁽⁵⁴⁾.

El art. 1753 del Cód. Civ. y Com. expresa: “*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las de las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

“La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal.

“La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

⁽⁵⁴⁾ “¿Cuál puede ser la culpa grave de un titular que no conduce el vehículo?

”Hemos adelantado esta posibilidad. El titular le facilita el automóvil a un sujeto que se encuentra en avanzado estado de ebriedad y este conductor autorizado causa un daño a una persona. La culpa grave del conductor se configura por haber conducido en estado de ebriedad. Tal es el hecho del que nace ‘su’ responsabilidad. Y la culpa grave del titular es haber prestado su automóvil a una persona sabiendo que se encontraba en ese estado de intoxicación. El préstamo de una cosa riesgosa (automóvil) a un ebrio es la conducta con culpa grave del titular. El hecho del que nace ‘su’ responsabilidad –considerado desde lo subjetivo en el art. 114 de la LS– no puede ser simplemente el manejo del vehículo por el guardián, puesto que la culpa es personal. Y tampoco puede serlo el simple préstamo del vehículo a una persona que dos días después se embriaga porque la culpa grave exige que sea personal con un alto estándar de despreocupación por parte del propietario del vehículo. La culpa grave personal es haber ejercido irresponsablemente en extremo grado su titularidad de una cosa riesgosa.

“Tales hipótesis suponen la configuración de culpa grave del conductor y del titular. El asegurador queda liberado si prueba ese tipo de culpa en tiempo y forma respecto de cada asegurado y siempre, claro está, que haya alegado esa defensa respecto de ambos para que la sentencia del juez cumpla con el principio procesal de congruencia” (conforme RACIMO, Fernando, con cita de STIGLITZ y BERIZONCE, ob. cit., p. 31).

En este sentido se ha expresado que “[e]l asegurador debe resarcir el siniestro causado aun voluntariamente por los dependientes o personas por las cuales el asegurado es civilmente responsable y el causado por el asegurado, con la sola exclusión de los actos dolosos o con culpa grave del propio asegurado (art. 114, ley 17.418 –ADLA XXVII-B-1677–). Esta disposición legal, que solo puede ser modificada convencionalmente en beneficio del asegurado (art. 158, ley 17.418), determina que cualquier estipulación que viole esos límites en su perjuicio, como la que impone causales de caducidad por hechos ajenos al asegurado deba ser declarada inválida por resultar violatoria de una norma legal imperativa” ⁽⁵⁵⁾. “Resulta improcedente eximir de responsabilidad a la aseguradora por los daños ocasionados por un vehículo de propiedad del asegurado, mientras era conducido por un dependiente que carecía de habilitación para conducir pues, visto que este manejaba el rodado sin autorización de su empleadora, debe concluirse que no medio culpa calificada del asegurado apta para excluir la cobertura en los términos de los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros (ADLA XXVII-B-1677)” ⁽⁵⁶⁾

19. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE Y EL CONDUCTOR AUTORIZADO

El conductor autorizado, quedaría dentro de las categorías jurídicas del 732 y 1753 del Cód. Civ. y Com., interpretadas en sentido amplio y también tendría la calidad de “guardián” establecida en el art. 1758 del Cód. Civ. y Com.

Con ello tendríamos frente a la víctima, dos responsables: el propietario y el guardián/dependiente.

La obligación que tienen con relación a la persona damnificada es concurrente (salvo los casos donde se encuentre establecida la solidaridad, artículos 850 y 827/8 Cód. Civ. y Com.).

⁽⁵⁵⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 25-8-92, “Contreras de Caló, Rosario c/Puglisi, Héctor E. y otro”, *La Ley* 1993-C-235; *Digesto Jurídico* 1993-2-465; *La Ley Online*, AR/JUR/1258/1992, y más recientemente se ha expresado que “[e]l vencimiento del carnet de conductor, del dependiente que se desempeñaba como chofer profesional, operado dos días antes de producido el siniestro, configura una falta de menor entidad que no exime a la aseguradora de la obligación de mantener la indemnidad del asegurado, sin perjuicio del derecho a repetir contra el conductor, y aun contra el principal en tanto, este debió controlar las habilitaciones de sus dependientes, máxime si se tiene en cuenta que la renovación se efectuó en forma casi inmediata a la producción del accidente” (Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, 25-10-2007, “Moretti, Patricia Inés c/Arias, Carlos Alberto y otros”, *La Ley Patagonia* 2008 [abril], p. 126, con nota de Joaquín Andrés Imaz; *La Ley Online*, AR/JUR/10721/2007).

⁽⁵⁶⁾ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, 26-12-2007, “Kairuz, Vicente Mario c/Barroso, José Antonio y otros”, *La Ley Patagonia* 2008 (abril), p. 160; *La Ley Patagonia* 2008 (octubre), p. 445, con nota de Sergio M. Bertero; *La Ley Online*, AR/JUR/10650/2007.

En este supuesto tendríamos que la respuesta sería que el dolo o culpa grave del conductor autorizado que provoca el siniestro tendría virtualidad para actuar como causal de liberación de la aseguradora, pero solamente respecto de este sujeto y no con relación al propietario, que no actuó con dolo o culpa grave y que es responsable objetivamente (y en forma concurrente) con el dependiente y además por el riesgo o vicio de las cosas.

No obstante, esta posición, encontraremos en doctrina y jurisprudencia distintas posturas, todas las cuales merecen la atención del operador jurídico.

Así se ha señalado en la jurisprudencia que compartimos:

“Tomando en cuenta tales pautas interpretativas, puede afirmarse que la normativa que regula la materia tuvo en miras un concepto de ‘asegurado’ en sentido amplio, orientado más hacia el sujeto que resulta ser el titular de un interés asegurado al momento del siniestro, que a la persona que celebró el contrato con el asegurador [...] Es que en el seguro de responsabilidad civil, el interés asegurable (causa) o motivo determinante del contrato o móvil que ha determinado al asegurado a contratar, es la indemnización del daño que deriva de una deuda de responsabilidad. El asegurado contrata para quedar relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico. Para ello, el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (Stiglitz, R. y Stiglitz, G., *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1991, p. 17).

“No puede desconocerse que aquí el tomador ha contratado con la compañía para mantenerse patrimonialmente indemne (tiene un interés propio y es asegurado), mas resulta que a la vez aseguró —con idéntico alcance— el patrimonio de un tercero que eventualmente puede resultar civilmente responsable (el conductor autorizado), quien no resulta solo un ‘beneficiario’ de la póliza.

“Analizando la cuestión desde su vertiente específica, al tratar las previsiones sobre delimitación subjetiva del riesgo por dolo o culpa grave, en el art. 70 (que se encuentra dentro de las disposiciones generales para los seguros patrimoniales) se libera al asegurador cuando el siniestro ha sido provocado en tales condiciones por el tomador o el beneficiario. Es decir, que se contemplan en paridad las conductas del sujeto que celebra la convención y del beneficiario de tal acuerdo.

“Dentro de la lógica de este sistema, sería dificultoso justificar que el ‘conductor autorizado’ es prácticamente el único ‘beneficiario’ de un seguro cuyo comportamiento subjetivo en relación con la provocación del siniestro le resulta indiferente a la ley.

“Por lo expuesto, concluyo que en el caso existen ‘dos’ asegurados (el tomador y el conductor autorizado), constituyendo la indemnidad de sus patrimonios personales la causa del contrato. Y siendo ello así, la suerte que cada uno corra frente a una defensa opuesta por el asegurador no debe ser necesariamente idéntica [...] Introduciéndome concretamente en el *sub examine*, no puede soslayarse que la exclusión de cobertura por

‘culpa grave’ –alegada por la citada en garantía– implica una delimitación subjetiva del riesgo. Por tanto, solo podría constituirse en una causal de no seguro en relación con el sujeto que con su actuación personal gravemente culpable ha causado el suceso.

“Sobre tales premisas coincido con la doctrina que sostiene que la acreditación de la culpa grave del conductor no debe desplazarse automáticamente sobre el tomador asegurado para eximir al asegurador de su obligación de mantenerlo indemne patrimonialmente.

“Igualmente, si admitimos que la solución que se impone para uno de los ‘asegurados’ no tendría que aplicarse mecánicamente al otro, la subsistencia del deber de la compañía de preservar incólume el patrimonio del conductor cuando el siniestro ha sido provocado, precisamente, por su obrar excesivamente negligente, no debe apoyarse en una eventual obligación de cubrir al titular de la póliza ⁽⁵⁷⁾.

“Las pólizas de seguro protegen a dos asegurados cuando hay un conductor autorizado. El primer asegurado normalmente es el titular del vehículo que asegura por cuenta propia su patrimonio para la hipótesis de que el conductor asegurado cause daños a un tercero. El segundo asegurado es el conductor del vehículo que ve protegido su patrimonio como guardián de la cosa riesgosa que causa el daño por decisión del propietario del vehículo que escoge la vía del seguro por cuenta ajena mediante la forma de un asegurado determinable al momento del accidente [...] Si hay dos asegurados –como se infiere en una interpretación sistemática e integral de la teoría del conductor asegurado– el asegurador solo se liberará totalmente si prueba la culpa grave de ambos. La teoría del conductor asegurado parece sostener que la prueba de la culpa grave de uno de los dos asegurados libera ya al asegurador. Se aduce, implícitamente, el carácter expansivo de una culpa grave (la del conductor, por ejemplo) respecto del titular como otro asegurado sin considerar que la culpa grave es personal y debe ser distinguida en su examen por el juez de la causa entre ambos responsables frente a la víctima y acreedores en relación con el asegurador ⁽⁵⁸⁾”.

No obstante, lo expuesto, debe señalarse la diversidad de criterios que se ha sostenido (y sostiene) en la jurisprudencia:

“En el seguro de responsabilidad civil la culpa grave en que incurriera el asegurado conductor autorizado del rodado es oponible por la aseguradora al tercero” ⁽⁵⁹⁾.

“Es nula la cláusula del seguro de responsabilidad civil que extiende la liberación de la aseguradora al caso de culpa grave del conductor del ve-

⁽⁵⁷⁾ Voto del Dr. Pettigiani, en SCJBA, 8-8-2007, “Larrea c/Quitegui”, *La Ley Buenos Aires* 2007-1126.

⁽⁵⁸⁾ RACIMO, ob. cit., p. 51.

⁽⁵⁹⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 30-11-2005, “F., A. y otros c/R., M. C. y otros”, *Jurisprudencia Argentina* del 24-5-2006; *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-703, 35003152.

hículo”⁽⁶⁰⁾. “Resulta aplicable al supuesto de exclusión por ebriedad lo afirmado en relación con ‘la culpa grave como hipótesis de delimitación causal subjetiva (perteneciente o relativa al sujeto)’, esto es, que ‘queda acotada a la persona del asegurado’. Solo a ella se refieren los textos legales que, por su letra o naturaleza, se hallan calificados como norma imperativa (art. 70, LS) o semiimperativa (art. 114, LS), lo que implica que solo son factibles de ser ‘modificados’ si ello apunta a mejorar la posición contractual del asegurado [...] La exclusión de cobertura opera solo con relación al siniestro provocado por el asegurado (culpa personal) por lo que el asegurador debe cubrir o garantizar los siniestros que se hayan verificado aun por culpa grave del conductor, la de su hijo o la de aquellas personas por las que el asegurado responde civilmente, ‘pues ellos se encuentran entre los riesgos de los que el asegurado busca cubrirse al contratar el seguro’”⁽⁶¹⁾.

20. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE Y LOS VEHÍCULOS AUTÓNOMOS

Los vehículos autónomos nos enfrentan a la cobertura de los daños que puedan causar, quienes son responsables/asegurados de estos (propietario, fabricante, concesionario, eventual conductor) y la posibilidad de actuación con dolo o culpa grave de alguno de ellos, o de todos:

“Un vehículo autónomo, también conocido como robótico, o informalmente como sin conductor o auto conducido, es un vehículo capaz de imitar las capacidades humanas de manejo y control. Como vehículo autónomo, es capaz de percibir el medio que le rodea y navegar en consecuencia. El conductor podrá elegir el destino, pero no se le requiere para activar ninguna operación mecánica del vehículo.

“Los vehículos perciben el entorno mediante técnicas complejas como láser, radar, lidar, sistema de posicionamiento global y visión computarizada. Los sistemas avanzados de control interpretan la información para identificar la ruta apropiada, así como los obstáculos y la señalización relevante”⁽⁶²⁾.

La posibilidad de interferencia humana en la conducción depende del nivel de automatización que estemos analizando (hay entre 5 y 6 categorías según SAE)⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 3-11-2004, “Insurance Company of North America c/Fortino, Antonio C. y otra”, 70018940.

⁽⁶¹⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 25-8-2022, “V., G. y M., R. del V. Ambos por sí y sus nietos menores c/Acha Lazzaro, Martín Blas y Lazzaro, Claudia Beatriz s/ daños derivados de accidente de tránsito”, *Jurisprudencia Argentina Gran Cuyo* 2023 (abril), p. 5.

⁽⁶²⁾ Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Veh%C3%ADculo_aut%C3%B3nomo.

⁽⁶³⁾ SAE International (SAE-Society of Automotive Engineers), originalmente Sociedad de Ingenieros de Automoción, es la organización enfocada en la movilidad de los profesionales en la ingeniería aeroespacial, automoción, y todas las industrias comerciales especializadas en la construcción de los vehículos.

En el derecho argentino, el decreto 196/2025 introdujo esta figura en relación a la circulación y procedió a definirlos y categorizarlos: “En aquellos casos en que la modalidad de conducción corresponda a un vehículo autónomo, entendiéndose por tal al vehículo dotado de sistemas complejos como sensores láser, radar, sistema de posicionamiento global y visión computarizada, actuadores y sistemas de comunicación y procesamiento de datos que permite a la unidad complementar, mejorar y asistir la capacidad humana de manejo, control y navegación en entornos y condiciones predeterminadas que permite la vinculación de un punto A con otro B definido por el operador con una seguridad estadística superior al mejor promedio humano, deberán tenerse en cuenta los distintos niveles de automatización y que estos se correspondan con el grado de autonomía que posee el vehículo” ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁴⁾ “Artículo 39 – *Condiciones para conducir*.

“...Nivel 0-Sin automatización en la conducción: En este nivel, el conductor es responsable de todas las tareas de conducción. El vehículo no cuenta con ningún tipo de asistencia automatizada.

“Nivel 1-Asistencia al conductor: En este nivel el vehículo puede asistir al conductor en ciertas funciones específicas como la dirección o el frenado, pero no de manera simultánea. El conductor sigue siendo responsable de supervisar el entorno y realizar las demás tareas de conducción.

“Nivel 2-Automatización parcial: En este nivel el vehículo puede realizar simultáneamente dos (2) o más funciones de conducción, como la aceleración, la dirección y el frenado, bajo ciertas condiciones específicas. Sin embargo, el conductor debe estar preparado para intervenir en cualquier momento y asumir el control total del vehículo si es necesario.

“Nivel 3-Automatización condicional: En este nivel el vehículo puede llevar a cabo la mayoría de las tareas de conducción en ciertas condiciones predefinidas, pero el conductor debe estar listo para intervenir si el sistema requiere asistencia. El conductor puede realizar otras actividades mientras el vehículo está en modo automatizado, pero debe estar preparado para tomar el control cuando sea necesario.

“Nivel 4-Alta automatización: En este nivel el vehículo puede operar de manera completamente autónoma en la mayoría de las situaciones y entornos, sin necesidad de intervención humana. Sin embargo, el alcance de la autonomía puede estar limitado a ciertas áreas geográficas o condiciones climáticas específicas.

“Nivel 5-Automatización completa: En este nivel el vehículo es completamente autónomo y puede operar de manera segura en cualquier situación y entorno, sin necesidad de intervención humana en absoluto. No hay restricciones geográficas o climáticas para la operación del vehículo en este nivel.

“La aprobación inicial de vehículos de este Nivel se hará a modo experimental, previa a la autorización definitiva por parte de la autoridad de aplicación.

“Los vehículos autodirigidos deberán contar con un sistema (hardware, sensores, actuadores, sistema de posicionamiento satelital y software) autorizado por la Agencia Nacional de Seguridad Vial. La autorización de dicho sistema será otorgada si se demuestra fehacientemente una siniestralidad menor al promedio de la siniestralidad correspondiente a la conducción humana. Dicha autorización no podrá ser retirada excepto cuando dicha condición deje de cumplirse. Para la compilación de estos datos, la autoridad de aplicación podrá autorizar la circulación provisoria del software o utilizar los datos aportados por sus desarrolladores en otros países.

“La Autoridad de Aplicación determinará los modos de conducción autorizados para cada vía del territorio nacional, pudiendo emitir autorizaciones con restricciones geográficas

Suponiendo (en el máximo nivel) que no hay injerencia humana en la conducción y atendiendo a que el dolo o la culpa grave debe ser personal del asegurado, podríamos concluir que en estos supuestos resulta de difícil configuración (e improbable) esta causal de liberación.

Sin embargo, y nuevamente, debemos identificar quiénes son los que reúnen la calidad de “asegurado” y establecer si este tuvo alguna conducta (activa/pasiva) que configure dolo o culpa grave y determinar si guarda relación causal provocadora del siniestro por el cual se reclama responsabilidad civil.

Igualmente se trata de una materia que debemos profundizar e indagar el sentido y alcance que en concreto tendrán normas jurídicas que datan de 1967 y que fueron dictadas en otro contexto histórico y jurídico.

21. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE EN LOS SUPUESTOS DE PERSONAS JURÍDICAS

Debemos aclarar previamente que hemos de circunscribir este análisis a los supuestos contemplados en el artículo 1763 del Cód. Civ. y Com., que establece que “[l]a persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones” y en relación con terceros.

Los supuestos de hechos que involucran la responsabilidad de la persona jurídica por daños a terceros son variados y las pautas de interpretación deben ser consideradas en cada caso.

También es necesario dejar en claro que existen pólizas que otorgan cobertura de SRC para directores, gerentes y otros sujetos que se encuentran dentro de la estructura organizacional de la sociedad respectiva.

Las opiniones de la doctrina especializada en seguros han tratado este tema de muy diversas maneras.

En este sentido se ha expresado:

“Ahora bien, tratándose como en el caso, de un seguro contratado por una persona jurídica, la culpa grave o el dolo a evaluar será la del representante del órgano social.

“En efecto, cabe sostener que, si el asegurado es persona jurídica, la existencia de culpa grave o dolo deberá resultar respecto de las personas físicas que forman parte de los órganos societarios que conforman la voluntad de la persona jurídica.

“Sobre el particular, se tiene expresado que ‘en materia de sociedades titulares de seguros contratados a su nombre, las mismas resultarán perjudicadas por los actos de causación siniestral dolosa o por culpa grave de sus administradores actuando en función de tales’.

y de velocidad, entre otras, considerando el estadio de desarrollo y pruebas de cada sistema autónomo”.

“De lo contrario, la exclusión de cobertura por culpa grave resultaría de imposible configuración para el supuesto que la asegurada resultara una persona jurídica, lo que evidentemente sería un inadmisibles privilegio en favor de las personas jurídicas en desmedro de las personas físicas, que sin dudas configura un trato discriminatorio que atenta contra garantías constitucionales elementales como el de igualdad ante la ley.

“De allí que, muy criteriosamente, se tenga expresado que la ‘responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas se rige por reglas específicas, con base en la teoría del órgano emergente de la aplicación del art. 43 del Código Civil’. Y se añade: ‘Los administradores, los órganos, los dependientes de una persona jurídica comprometen la responsabilidad de esa persona ideal por los daños acaecidos en ocasión de su incumbencia, en ocasión de cumplir las tareas, de tal modo que se responde no solo de los daños que se causen en ejercicio de la incumbencia, sino también de los originados en ocasión de la incumbencia’.

“En el caso, la actuación que permite su configuración como culpa grave corresponde justamente al representante y órgano de la Sociedad asegurada (arts. 255 y 268 de la ley 19.550).

“Es el caso en que el Presidente del Directorio de una empresa se hallare conduciendo un rodado a excesiva velocidad y atravesando la luz roja de los semáforos; que el titular registral del automóvil sea la sociedad que preside y que lo haga en el ejercicio de sus funciones como lo sería, a título de ejemplo, si el destino del viaje fuera la negociación de los términos de un contrato con representantes de otra sociedad.

“En consecuencia, su conducta importa culpa grave de la asegurada en los términos que permite la exclusión de la cobertura en función de lo previsto por el artículo 114 de la Ley de Seguros ⁽⁶⁵⁾.

“La referencia a la persona jurídica como propietaria del vehículo no debilita la teoría de los dos asegurados. El principio hermenéutico del art. 158 impide que se redacte una cláusula de la cual se desprenda el desplazamiento de la culpa grave del conductor por el hecho del que nace ‘su’ responsabilidad a la sociedad titular asegurada cuyo hecho del que nace ‘su’ responsabilidad es distinto. A la persona jurídica asegurada se le restringiría el derecho que se le concede a la persona humana asegurada respecto de quien se puede predicar culpa grave. Y si se entiende que no es posible atribuir culpa grave a la persona jurídica debería superarse esta situación jurídica mediante una cláusula explícita que distinga este tipo de situaciones jurídicas, lo cual –estimo– resulta algo difícil en tanto supondría también una vía indirecta para superar la prohibición del art. 158 de la LS respecto de aquellos asegurados contemplados en el art. 114 de la LS, salvo que se estableciera expresamente en las pólizas que la culpa de los dependientes fuera imputable a la persona jurídica. Una cláusula

⁽⁶⁵⁾ STIGLITZ, Rubén, con cita de Halperín, Barbato, Veiga Copo y fallos diversos, “Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro”, en *La Ley* del 4-8-2015, p. 1.

semejante salvaría la teoría de los dos asegurados y no restringiría los derechos de la persona jurídica asegurada al mismo tiempo que permitiría a la aseguradora probar la culpa de esta en cabeza de sus dependientes”⁽⁶⁶⁾.

“Siguiendo con el desarrollo observamos que existen individuos que representan dentro de los límites de sus funciones a las personas jurídicas. Que dicho límite se encuentra en el accionar y funcionamiento propio de cada persona jurídica, existiendo la posibilidad de que la representación sea ejercida desde la asamblea hasta la actuación material de un dependiente. Estos son los órganos a través de los cuales se expresa la persona jurídica, cuyos actos y hechos jurídicos lícitos o ilícitos son imputables a la persona jurídica, que carecen de una individualidad jurídica propia y distinta, diferente e independiente de la persona jurídica, cuyos actos deben considerarse como realizados por la misma persona jurídica mientras sean realizados por el órgano en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

“Volviendo a la Ley de Seguros establecimos que en el seguro de responsabilidad civil por el ejercicio de una industria o comercio donde se asegura la responsabilidad extracontractual de las personas con funciones de dirección hay cobertura por dolo y culpa grave de las personas con funciones de dirección y lo extendimos analógicamente al seguro de responsabilidad civil automotor.

“En conclusión, entendemos que cuando un representante, extensible a cualquier persona física que ejerza una representación de una persona jurídica pública o privada, que en ejercicio o en ocasión de sus funciones, conduce un vehículo asegurado por esa persona jurídica, produce un siniestro encuadrado dentro de la categoría de culpa grave es pasible de rechazo de cobertura”⁽⁶⁷⁾.

Desde nuestra perspectiva, la persona jurídica responde por los daños causados a terceros por sus dependientes (en sentido amplio y comprendiendo a los integrantes de sus distintos órganos) y por el riesgo o vicio de las cosas de su propiedad.

La culpa grave o el dolo, para liberar de responsabilidad en la cobertura debida por la aseguradora, debe ser imputable a la persona jurídica como principal o titular/propietaria del bien.

No hay que confundir el dolo o culpa grave como causal de liberación de la aseguradora (art. 114, LCS) que solo puede ser imputable a la persona de la asegurada y no a la del dependiente o a quien en ese momento tiene la guarda de la cosa (ejemplo el conductor). De lo contrario el seguro que esta persona jurídica ha contratado para mantener indemne su patrimonio frente a esos riesgos, carece de todo sentido.

⁽⁶⁶⁾ RACIMO, ob. cit., p. 49.

⁽⁶⁷⁾ RINGLER, Ezequiel Federico, “La culpa grave del asegurado persona jurídica en el seguro de responsabilidad civil automotor”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1903/2009.

A la persona jurídica se le puede atribuir culpa grave o dolo en el caso de los automotores, del mismo modo que se lo hace respecto de un propietario persona humana (cuando ha facilitado el automotor a una persona en evidentes condiciones de ebriedad).

Cierto es que el análisis tiene una mayor complejidad porque son personas humanas (hasta la irrupción de la inteligencia artificial) las que dan vida a las decisiones y acciones de la persona jurídica.

No debe pasar inadvertido que en materia societaria existen normas específicas que distinguen con claridad cuando la responsabilidad es de los socios, los administradores o representantes, aunque lo sea de manera solidaria con la sociedad ⁽⁶⁸⁾.

Es de interés para nuestro análisis –según nuestra interpretación– la postura que ha adoptado la legislación local en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 27.401), referidas a delitos dolosos, previamente catalogados en su art. 1º, cuando en su artículo 6º señala que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. Entendemos que ello puede ser trasladable, como criterio de interpretación analógico y sin desconocer la distinta naturaleza de la materia que se regula, al ámbito del análisis subjetivo del dolo/culpa grave de la persona jurídica con relación al seguro.

Con ello cabría hacer una distinción entre la atribución de dolo o culpa grave a la persona jurídica (en virtud de una decisión o asignación personal errónea o maliciosa realizada a través de sus órganos societarios), de la que

⁽⁶⁸⁾ Art. 54, LS: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra-societarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Art. 59: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Art. 274: “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

corresponde personalmente a sus socios, administradores, representantes, o integrantes de los órganos sociales.

En el caso que analizaban los autores citados en este apartado, o sea la persona jurídica propietaria de un automotor que causa daño a terceros, hay que analizar el caso concreto y determinar si la culpa grave o dolo es atribuible al conductor/asegurado o si existen conductas, decisiones de la persona jurídica a través de sus órganos que puedan configurar como dolosas o bien de culpa grave.

Dicho esto, tampoco puede dejar de advertirse que las pólizas respectivas merecen un análisis particularizado según la modalidad de responsabilidad civil a la que pretende darse cobertura.

Acotando nuestra reflexión a la cobertura de responsabilidad civil por daños causados por automotores de propiedad de una persona jurídica, entendemos que en principio el dolo o culpa grave será imputable al conductor/asegurado, salvo que se identifique una decisión de la persona jurídica adoptada a través de sus órganos de dirección y decisión, que merezca tal calificación de dolosa o culposa. Sostener lo contrario sería opuesto a la postura adoptada en relación con los asegurados plurales cuando el propietario y el conductor son personas diversas ⁽⁶⁹⁾. No escapa a nuestro análisis la complejidad del problema que se plantea en pos de responder a la posibilidad de que una persona jurídica pueda actuar con dolo o culpa grave, máxime frente a aquellas posiciones que interpretan a la responsabilidad derivada del art. 1763 del Cód. Civ. y Com. como objetiva; al igual que por el hecho de los dependientes o por daños relacionados causalmente con cosas riesgosas, viciosas o defectuosas, sin perjuicio de que aclaran que en otros supuestos (o sea, daños derivados del incumplimiento contractual) aplicarían factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

El presente apartado debe ser analizado con profundidad y en cada supuesto de responsabilidad por daños de que se trate, a los fines de dar respuesta precisa a los interrogantes que se plantean.

22. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE EN EL SUPUESTO DE DAÑOS PROVOCADOS POR LOS HIJOS

Esta cuestión ha tenido repercusión en virtud de casos concretos donde los hijos han provocado daños a terceros a través de la conducción de automotores, lo que llevó a diversos pronunciamientos en la materia, siendo de gran trascendencia y utilidad práctica y teórica el conocido caso “Cabello”.

Aquí debemos tener en cuenta las normas específicas que existen en materia de responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos.

⁽⁶⁹⁾ La propia cláusula de las pólizas que se emiten en materia de seguro de responsabilidad civil automotor donde el propietario es una persona jurídica distinguen entre la provocación con dolo o culpa grave del asegurado (persona jurídica titular) de la del conductor (persona humana, en principio y salvo los vehículos autónomos totales).

Así, los artículos 1754, 1755, siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com. establecen una serie de reglas que rigen esta problemática:

- Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos.

- La responsabilidad es objetiva.

- Deben encontrarse bajo su responsabilidad parental.

- Deben habitar con ellos. Esta responsabilidad permanece en el supuesto que el cese de la convivencia sea en virtud de una causa que le sea atribuible a los padres.

- Cesa esta responsabilidad cuando el hijo menor es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente.

- Los hijos tienen responsabilidad personal y concurrente con las de sus padres, siempre y cuando ello fuere procedente en el caso concreto.

- Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros.

- Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

La persona damnificada por los actos de los hijos puede reclamar contra este y solidariamente contra sus padres si se dieren los presupuestos legales de procedencia de la acción.

El seguro le dará cobertura a quien resulte asegurado. La causal de liberación por dolo o culpa grave, cuando el conductor del automotor es el hijo (supuesto al que hemos circunscripto este análisis) solo liberaría a la aseguradora respecto del deber de indemnidad (art. 109, LCS) respecto del conductor/hijo (que tiene responsabilidad personal y concurrente con sus padres), pero no en relación a los padres/propietarios/asegurados, que no han actuado con dolo o culpa grave (la que es personal y no puede ampliarse en detrimentos de los asegurados), salvo que contrariamente a lo expuesto y en el caso concreto se acredite que los padres también han actuado con dolo o culpa grave que guarda relación causal provocadora del accidente.

En el precedente indicado se dijo:

“En tal sentido se ha dicho que la culpa grave como hipótesis de delimitación causal subjetiva queda acotada a la persona del asegurado, ya que solo a ella se refieren los textos legales que, por su letra o naturaleza, se hallan calificados como norma imperativa (art. 70, Ley de Seguros) o semiimperativa (art. 114, LS), lo que implica que solo son factibles de ser ‘modificados’, si ello apunta a mejorar la posición contractual del asegurado –art. 158, LS– (conf. Stiglitz, ob. cit., pp. 323 y ss.).

“De allí que la cláusula contractual que permite la exención de responsabilidad del asegurador en caso de dolo o culpa grave del conductor –en tanto favorece exclusivamente al asegurador al ampliar el campo de su irresponsabilidad– carece de validez, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37, inc. a, de la Ley de Defensa del Consumidor) al suprimir una

obligación del asegurador de fuente normativa (CNCiv., sala C, ‘Migliore, Nancy E. c/Rodríguez Capello, José Luis s/ daños y perjuicios’, 6-3-2001, L. 306921; CNCiv., sala H, ‘Canteros, Magna y otros c/Martínez, Marcelo y otro s/ daños y perjuicios’, 13-6-97, expte. 204790).

“El asegurador debe cubrir o garantizar, entonces, los siniestros que se hayan verificado aun por culpa grave del conductor, la de su hijo o la de aquellas personas por las que el asegurado responde civilmente, pues ellos se encuentran entre los riesgos de los que el asegurado busca cubrirse al contratar el seguro (SCJBA, 19-10-2003, ‘Vega c/Cool’, *Revista de Contratos y Seguros* 2003-821; CNCiv., sala B, 14-12-62, *El Derecho* 1963-6-527; CNCom., sala A, 7-5-73, ‘Vitola de Oliva c/Previsión del Hogar Coop. de Seg.’, *El Derecho* 51-455, entre muchos otros).

“No obsta a lo expuesto la pretensión de la quejosa de que se establezca la responsabilidad del progenitor –dueño del vehículo y tomador del seguro– en función de lo dispuesto por el art. 1114 del Código Civil, para, según sostiene, acreditada su culpa ‘grave’ poder exonerar a la compañía aseguradora, toda vez que, si bien es cierto que Rafael Félix Cabello ha incumplido a mi criterio, como seguidamente expondré, con los deberes que le impone la patria potestad, tal falta de vigilancia sobre la conducta del menor, importa culpa comprendida como tal en las previsiones del art. 512 del Código Civil.

“En efecto, como una hipótesis especial de responsabilidad extracontractual por el hecho de otro, se consagra en el párr. 1º del art. 1114 del Cód. Civil la obligación de los padres de reparar los daños que causen sus hijos menores.

“Preceptúa así el artículo citado que el padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años.

“Precisamente, la exigencia de que el menor habite con los padres deriva de que la responsabilidad de aquellos está fundada en una culpa in vigilando presumida, por lo cual es menester, en principio, que ellos estén en condiciones de hecho de ejercer esa vigilancia.

“El fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa en la vigilancia, de carácter *juris tantum*, por lo cual compete a los padres la prueba adversa a la presunción legal, es decir, probar que les ha sido imposible impedirlo (art. 1116, Cód. Civil) ⁽⁷⁰⁾.

Más recientemente, se ha sostenido:

“Así, la culpa grave excluida debe ser personal, por lo tanto, el asegurador debe indemnizar en el caso de culpa grave de las personas por las que el asegurado es civilmente responsable o de una acción culposa grave, como

⁽⁷⁰⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 30-12-2008, “González Carman, Carmen Sara y otro c/Cabello, Sebastián y otros”, *La Ley* del 8-5-2009, p. 4.

sería por ejemplo el hijo (Rubén S. Stiglitz y Gabriela A. Stiglitz, ‘Contrato con cláusulas predispuestas: su naturaleza contractual (Prevalencia de las normas relativas imperativas, sobre las condiciones generales de los contratos por adhesión)’, *La Ley* 1988-E-15).

“Por su parte, el art. 158 de la LS enuncia las fuentes de la reglamentación contractual, respecto de las cuales Halperín sostuvo que la aprobación de las pólizas por la Superintendencia de Seguros no impedirá, en su momento, que el juez, en el caso concreto que se le someta, concluya que la regla contractual infringe una norma legal, que por su naturaleza era inmodificable. Indicó que queda ‘... un amplio campo a la jurisprudencia para incorporar progresivamente al número de disposiciones de orden público, todas las reglas que la evolución económica y social del país hagan conveniente para el mejor desarrollo del seguro y para hacer efectiva su función de solidaridad social’ (Stiglitz, ob. cit., p. 16).

“Ahora bien, como se trata de un supuesto de delimitación causal subjetiva, la exclusión solo puede hallarse referida al único sujeto de la relación causal —el asegurado—, cuando provoque el siniestro por culpa grave. De modo que fuera del marco del límite subjetivo expresado explícitamente por la norma, el riesgo debe ser tomado a cargo del asegurador. Lo expuesto importa que la interpretación debe ser restrictiva, implicando ello la improponibilidad de todo criterio extensivo o analógico (idem, pp. 18 y 19).

“Es criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia que en los supuestos de ‘no seguro’, o de limitación subjetiva del riesgo, o casos de ‘caducidad del seguro’, los términos deben interpretarse literalmente, es decir, solo el dolo o la culpa grave ‘personal’ están contemplados en la norma. En suma, solo la culpa personal del asegurado puede liberar a la aseguradora y no la de terceros por quien este debe responder, pues tratándose de culpa de estos no se dan razones ni jurídicas ni morales que justifiquen la ‘liberación’ o el ‘no seguro’ (sea cual fuera la figura en la que se encuadra el caso).

“No obsta lo expuesto que las condiciones generales de la póliza hayan sido aprobadas por la Superintendencia General de Seguros, pues la aprobación administrativa solo significa que el órgano administrativo no tiene nada que oponer a las mismas, pero esa función de vigilancia preventiva no supone delegación de facultades que le permita, sin más, otorgarle a las condiciones generales redactadas por una empresa eficacia para derogar disposiciones legales imperativas que la contradiga (voto de Kemelmajer de Carlucci, SC Mendoza, sala I, ‘Rojas, Rolando I. c/Huarpe, Coop. de Seguros’, 24-5-88) ⁽⁷¹⁾”.

⁽⁷¹⁾ Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A, 16-5-2023, “Lucero Alaggio, Flavia Daniela y otro c/Concina, Kevin Aarón y otros s/ ordinario”, *Revista Código Civil y Comercial* 2024 (febrero), p. 337.

23. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE EN LOS SUPUESTOS DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

Esta cuestión también merece un análisis particularizado.

El artículo 1767 del Cód. Civ. y Com. establece que el titular de un establecimiento educativo responde –objetivamente– por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La única eximente es el caso fortuito (o sea que no se puede invocar ni el hecho de la víctima ni de un tercero por el que no sea civilmente responsable).

Con ello estamos señalando que la actuación culposa o dolosa no funciona como factor de atribución de responsabilidad.

Seguidamente el artículo citado impone que el establecimiento educativo debe contar con un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Este SRC debe otorgar cobertura para esa responsabilidad que establece la norma, de lo contrario carecería de sentido.

Por ello es posible afirmar –con el solo análisis de la norma del Cód. Civ. y Com.– que se le debe cobertura por la responsabilidad objetiva, siendo inocua la actuación con culpa o dolo del titular del establecimiento/asegurado y sin perjuicio de las posibilidades de repetición de los que puedan resultar responsables directos, sean concurrentes o solidarios con el titular/asegurado.

Sin perjuicio de ello, la póliza señala que “[e]l asegurador queda liberado si el siniestro es provocado por el asegurado o beneficiario, dolosamente o por culpa grave, conforme al art. 70 y 114”.

Respecto del asegurado, es el titular del establecimiento ⁽⁷²⁾ como bien se detalla en las pólizas usuales.

⁽⁷²⁾ Ejemplo de póliza ubicado en la web y que refiere a la Provincia de Buenos Aires: “Asegurado:

Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, cuerpo docente,

cooperador y/o dependiente (directores de escuelas, maestros y/o personal auxiliar.

“Coasegurado:

“Gobernación de la Provincia de Buenos Aires.

“Ubicación del riesgo:

“Todos los establecimientos propios o arrendados, cedidos y/o prestados donde se realicen actividades en cualquiera de sus áreas, dependan o no de la DGCyE de la PBA, siempre que dicho establecimiento se encuentre dentro de los alcances del artículo 1767 del Código Civil y Comercial de la Nación.

“Jurisdicción:

“República Argentina.

“Actividad:

“Establecimientos Escolares y/o educativos dependientes del asegurado y otros ámbitos donde los alumnos estén realizando”.

Ahora bien, cabe preguntarse si resulta válida una cláusula que excluye la cobertura en base a factores de atribución que son subjetivos en relación con una póliza que debe dar cobertura en virtud de una imposición legal y donde la única eximente es el caso fortuito. Ello lleva a que la extensión de la cobertura no es la adecuada en relación con la norma indisponible del Cód. Civ. y Com. y que el titular del establecimiento deberá responder sin cobertura de SRC en aquellos casos donde se acredite que ha existido dolo o culpa grave que le resulte imputable.

En el mismo sentido cuando la cláusula se refiere al beneficiario (el menor de edad). Aquí debemos señalar que existe una deficiencia terminológica, ya que no se trata de un “beneficiario” sino de un damnificado y que la estructura operativa del SRC se encuentra regulada (además de las cláusulas del contrato) en la LCS, artículos 109 y siguientes, aplicables complementariamente.

24. LA OPONIBILIDAD DEL DOLO Y LA CULPA GRAVE AL TERCERO DAMNIFICADO

El artículo 118, LCS establece con claridad que el asegurador no puede oponer las defensas nacidas después del siniestro.

El dolo y la culpa grave del asegurado son defensas nacidas antes del siniestro y relacionadas con el contrato de seguro, por lo que en principio serán oponibles a los terceros damnificados.

La condición para la oponibilidad del dolo o culpa grave del asegurado es que la aseguradora se haya pronunciado sobre la cobertura del siniestro en el plazo del art. 56, LCS (treinta días corridos), invocando esta exclusión de cobertura (sin perjuicio de que en doctrina y jurisprudencia no existe coincidencia en relación con esta condición de admisibilidad).

Es dable expresar que en la mayoría de los pronunciamientos judiciales se ha sostenido que

“Decidida, si mi voto es compartido, la validez de las cláusulas que la actora cuestiona no hay dudas de su oponibilidad frente a ella, también de acuerdo con doctrina plenaria de aplicación obligatoria (art. 303, Cód. Proc. Civ. y Com., 11-11-82, *in re* ‘Mustafá, Alicia N. c/Núñez, José M.’:

‘La defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito’, en *Jurisprudencia Argentina* 1982-III-477; *El Derecho* 100-608). Y en similar sentido se ha resuelto que las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia de seguros, especialmente las que delimitan el riesgo asegurable, en tanto cláusulas de no seguro son oponibles a terceros (CNCiv., sala I, 3-10-96, *in re* ‘Olea de Barrera C. c/Alonso’).

“En consecuencia, por aplicación de las doctrinas plenarias y lo dispuesto por los arts. 70, 109, 114, 118 y concs., ley 17418, cláusulas de póliza y

arts. 1197, 1198, 1199 y concs., CCiv., y 218 y concs., CCom., comprobada la culpa grave, decidida la validez de la cláusula, la exclusión de la cobertura es oponible al tercero damnificado y el agravio de la actora debe ser desestimado” ⁽⁷³⁾.

“Las cláusulas de caducidad y supuestos de exclusión de cobertura del seguro –en el caso, el asegurado circulaba sin licencia de conducir–, en la medida que no sean arbitrarios, operan como limitantes del acceso a la reparación integral de los terceros víctimas del siniestro; le son oponibles e virtud de los arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil, 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial y art. 118 de la ley 17.418” ⁽⁷⁴⁾.

“La doctrina y jurisprudencia mayoritaria que en este aspecto coinciden con la política legislativa del legislador adoptada en la ley de seguros y que se trata de un dato no menor se inclina por la solución de que el dolo o la culpa grave personal del asegurado o tomador en la producción del siniestro es oponible al tercero damnificado, por ser una defensa nacida con anterioridad o concomitante a la ocurrencia del siniestro (Stiglitz, Rubén S., *Derecho de Seguros*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, t. I, p. 316, nota 165). Menciona el autor de nota que se tiene decidido ‘que el contrato de seguro es oponible a la víctima en todos sus términos, incluso en aquellos aspectos que eliminan o restringen la garantía de indemnidad respecto del asegurado a favor de quien ha estipulado la relación contractual’ (CCom., sala D, 8-11-99, ‘M & T Auto Sport SA c/Rubio, R.’, *Jurisprudencia Argentina* 2001-I-774; CNCiv., sala H, 19-3-99, ‘Medina, G. c/Segovia, A.’, *Jurisprudencia Argentina* 2002-I, sínt.; conf. Stiglitz, Rubén S., ob. cit., p. 316) [...] Es por ello y conforme a los antecedentes reseñados y ajustándose a la interpretación que la CS establece conforme a los límites del seguro corresponde hacer lugar al recurso planteado por la citada en garantía y en consecuencia declarar oponible a la actora la exclusión de cobertura admitida por el *a quo*” ⁽⁷⁵⁾.

Bien vale cerrar este punto con la cita del trascendente plenario “Mustafa”, que señaló oportunamente:

“2º Lo dicho lleva a aceptar que así haya sido el damnificado o el presunto responsable quien ha traído al proceso a aquel que, en definitiva, deberá dar satisfacción al interés del acreedor no solo participa con la plenitud adecuada a la modalidad del pronunciamiento que puede afectarlo como a la parte principal, sino que puede hacer valer todas las defensas –con las

⁽⁷³⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 30-11-2005, “F., A. y otros c/R., M. C. y otros”, *Jurisprudencia Argentina* del 24-5-2006; *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-703, 35003152.

⁽⁷⁴⁾ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Sala Civil, Comercial y de Minería, 12-4-2016, “Pardo, Yésica Verónica c/García, Jorge y García, José Luis s/ daños y perjuicios (ordinario) (dos cuerpos y x cuerda beneficio y expte. penal)”, *La Ley Patagonia* 2016 (junio), p. 5.

⁽⁷⁵⁾ Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 4-4-2022, “Arancibia c/Núñez”, *La Ley Online*, AR/JUR/25171/2022.

limitaciones específicas que surgen de la ley— que impliquen oposición a la demanda del damnificado quien tiene que probar su calidad de acreedor circunstancia que, por ende, autorizan al tercero a demostrar la falta de las condiciones necesarias (conf. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Rem, 1928, t. 2, pp. 282/83).

“Es por ello que si no se trata en la especie de una defensa nacida con posterioridad al siniestro y tampoco de una controversia sobre la incidencia de la acción u omisión del asegurado sobre el riesgo asumido, sino de una delimitación subjetiva expresamente prevista por la ley (arts. 70 y 114, ley 17.418) para impedir el nacimiento de los derechos emergentes del contrato, no existe razón legal alguna que autorice a privar a la aseguradora del ejercicio de la pertinente defensa, sin perjuicio de las exigencias que sea del caso requerir al decidir si se ha probado fehacientemente la culpa grave del asegurado; aspecto este que trasciende el tema de la convocatoria y que deberá ser objeto de apreciación en cada caso concreto sin desmedro del fin específico del seguro de responsabilidad civil por los daños causados a terceros.

“3º Por lo expuesto, el tribunal resuelve que la defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito ⁽⁷⁶⁾”.

Ello no impide reconocer pronunciamientos en sentido contrario a lo expuesto:

“El art. 114 de la ley 17.418 (ADLA XXVII-B-1677) regula la responsabilidad emergente del contrato entre asegurador y asegurado, que es *res inter alios acta* frente a la víctima de un siniestro ocurrido dentro del plazo de vigencia de la póliza, por lo que la defensa fundada en dicha disposición no puede ser invocada por la aseguradora para eludir el pago de la indemnización reclamada por el damnificado.

Ello no obsta para que la aseguradora intente la acción de repetición contra el asegurado” ⁽⁷⁷⁾.

En apoyo a esta postura, se expone:

“De manera tal que, en nuestra opinión, el art. 114 establece que si el asegurado actúa con culpa grave va a perder el derecho a la indemnidad, pero la víctima va a mantener incólume su derecho a la indemnización.

“Concretamente, la culpa grave del asegurado va a ser inoponible a la víctima, de forma que la aseguradora va a tener que cumplir con el derecho

⁽⁷⁶⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, en pleno, 11-5-82, “Mustafá, Alicia N. c/Núñez, José M.”, *Jurisprudencia Argentina* 1982-III-477, 70031464.

⁽⁷⁷⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 12-5-87, “Giménez, Fidelia c/Cendón, Ricardo A.”, *Digesto Jurídico* 1988-1-680; *La Ley Online*, AR/JUR/1570/1987.

a la indemnización del perjudicado y, luego va a poder repetir contra el propio asegurado, que perdió su derecho a la indemnidad”⁽⁷⁸⁾.

25. LA EVENTUAL ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA LA ASEGURADORA Y EL DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO

La discusión sobre la posibilidad de que el damnificado tenga una acción directa contra la aseguradora ha sido materia de debate doctrinario y pronunciamientos jurisprudenciales, siendo mayoritaria la postura de que la respuesta es negativa y que lo que se instaura es el instituto de la “citación en garantía”, por el cual se debe demandar al responsable del daño y citar en garantía a la aseguradora que le haya otorgado cobertura de seguro. Asimismo, una vez que se encuentre la aseguradora integrada al proceso tendrá los deberes, obligaciones, responsabilidades, derechos y facultades que corresponde a la parte.

“Si por efecto del dolo o la culpa grave del asegurado el asegurador se libera frente a él, mal puede seguir obligado frente a la víctima del daño, que es tercero en la relación contractual, y quien carece de acción directa. Por consiguiente, la situación descripta es asimilable al supuesto en que la aseguradora acredita que el contrato no estaba vigente a la época en que el siniestro se produjo, donde tampoco responde frente al asegurado y el tercero perjudicado”⁽⁷⁹⁾.

No obstante ello, existen aislados precedentes judiciales que han reconocido la acción directa al damnificado y también legislaciones especiales como las de riesgos del trabajo que instauran dicha acción.

En estos supuestos la acción se dirige contra la aseguradora y queda habilitada la cuestión de analizar si el dolo y la culpa grave son oponibles y en su caso que actuación corresponde otorgarle al asegurado.

Si algún juzgado o tribunal interpreta procedente la acción directa⁽⁸⁰⁾ siempre podrá la aseguradora, conjugando los arts. 114 y 118, LCS invocar el dolo o culpa grave del asegurado, quien deberá ser integrado al proceso a los fines de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

⁽⁷⁸⁾ SOBRINO, GAVA y CERDA, *Ley de Seguros...* cit., p. 339.

⁽⁷⁹⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 26-4-83, “Herrandorena, Jorge R. c/Martín, Jorge R.”, Ac. 31.936, *La Ley Online*, AR/JUR/1680/1983.

⁽⁸⁰⁾ En este sentido, el pronunciamiento de la CNCom., sala F, en autos “Esparza c/QBE Seguros”, Buenos Aires, 22-3-2021, expresó que “[d]e allí que la cuestión relativa a que la víctima de un accidente de tránsito debe demandar al asegurado, para luego poder citar en garantía a la Compañía de Seguros (LS 118), ha sido sustancialmente modificada a través de la CN: 42 –ya citado–, el art. 68 de la ley 24.449 –que estableció el ‘seguro obligatorio’ de responsabilidad civil para automotores–, los arts. 1º y 40 de la LDC y el CCyCN: 1716 y 1092”.

26. EL DOLO Y LA CULPA GRAVE EN LOS SEGUROS OBLIGATORIOS. LA SITUACIÓN ESPECIAL DE LA OBLIGACIÓN LEGAL AUTÓNOMA

El sistema de aseguramiento obligatorio (como condición legal para el desarrollo de la actividad) coloca este análisis sobre la operatividad y efectos del dolo y la culpa grave en otro nivel.

Los seguros obligatorios tienen particularidades distintivas del seguro voluntario de la responsabilidad civil, que se encuentra consagrado en los artículos 109 y siguientes de la LCS ⁽⁸¹⁾.

Son establecidos por ley y tienen objetivos especiales, como pueden serlo la reparación de los perjuicios a los terceros (no solo la indemnidad del asegurado) en el seguro obligatorio automotor y a los menores de edad en el seguro de establecimientos educativos. Este fin especial hace, según nuestra opinión, que las interpretaciones de la norma o el contrato deben atender a esa finalidad legal establecida, sin que ello implique desnaturaliza el seguro, ya que claramente en ambos casos se ha consagrado que la figura debe ser reglamentada conforme lo establezca la autoridad en materia aseguradora, o sea la SSN y aquellas que tengan competencia en materias específicas (ejemplo, riesgos del trabajo o riesgos ambientales).

En el supuesto del seguro obligatorio automotor, que se encuentra plasmado en el artículo 68 de la ley 24.449 ⁽⁸²⁾ se consagra la denominada “obligación legal autónoma” (OLA).

⁽⁸¹⁾ En el derecho español, el seguro obligatorio regulado a través ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real-Decreto Legislativo 8/2004, recientemente modificado por ley 5/2025, de 24 de julio, establece con claridad y precisión una limitante absoluta de las exclusiones de cobertura y la consideración de que si estas son incluidas serán nulas de pleno derecho. Ello sin perjuicio del derecho de repetición en supuestos de dolo del asegurado o tomador que se consagra a favor del asegurador.

⁽⁸²⁾ Artículo 68, ley 24.449: “Artículo 68 – *Seguro obligatorio*. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo con las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no.

“Igualmente resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores.

“Este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo, la que debe otorgar al asegurado el comprobante que indica el inciso c) del artículo 40. Previamente se exigirá el cumplimiento de la revisión técnica obligatoria o que el vehículo esté en condiciones reglamentarias de seguridad si aquella no se ha realizado en el año previo.

“Las denuncias de siniestro se recibirán en base al acta de choque del artículo 66 inciso a), debiendo remitir copia al organismo encargado de la estadística.

“Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.

“Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago.

Esta ha sido definida como “la obligación que tiene cualquier empresa de seguros, vinculada con alguno de los involucrados en un accidente de tránsito, de responder respecto de cualquier damnificado por ese accidente, con relación de responsabilidad o sin ella y sin defensas vinculadas a la misma, en forma inmediata y directa, por los gastos de sepelio y de sanatorio” ⁽⁸³⁾.

En estos casos, que se circunscriben a los gastos sanatoriales o funerarios, con límites cuantitativos determinados, el o los damnificados pueden reclamar directamente a la aseguradora, sin que esta pueda oponer defensas de ninguna clase, con excepción de que no haya existido el siniestro, los gastos reclamados o bien el contrato de seguro que se invoca para el reclamo.

Resulta claro que no podrá la aseguradora oponer el dolo o la culpa grave del asegurado:

“Podemos afirmar, entonces, que el asegurador responde de todos los acontecimientos comprendidos dentro del riesgo asegurado, a menos que el contrato excluye de manera precisa determinados hechos, pero siempre que en estas exclusiones no se desvirtúe el objeto del contrato.

“Por ende, tales exclusiones de cobertura son aplicables a ciertos rubros amparados por el seguro obligatorio (muerte y lesiones) pero no en la ‘obligación legal autónoma’, pues de lo contrario se desvirtúa el fin social previsto en este seguro de contratación obligatoria ⁽⁸⁴⁾.

“La injustificada negativa del asegurador a cancelar la obligación legal autónoma reclamada por la víctima de un accidente de tránsito con fundamento en el art. 68 de la ley 24.449 es indudablemente una omisión que, en forma actual o inminente, lesiona, amenaza o restringe el derecho a la salud garantizado por la Constitución Nacional y leyes dictadas en su consecuencia, lo cual habilita la vía de la acción de amparo” ⁽⁸⁵⁾.

Ello no nos impide realizar una reflexión final en base a las condiciones de la reglamentación, que establecen ⁽⁸⁶⁾ que el asegurador no podrá oponer nin-

“La reglamentación regulará, una vez en funcionamiento el área pertinente del Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito, el sistema de prima variable, que aumentará o disminuirá, según haya el asegurado denunciado o no el accidente, en el año previo de vigencia del seguro”.

⁽⁸³⁾ PIEDECASAS, Miguel, *Seguro obligatorio automotor*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 225.

⁽⁸⁴⁾ PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “La pretensión preventiva del daño y el seguro obligatorio automotor”, en *Revista Código Civil y Comercial* 2020 (junio), p. 62; *La Ley Online*, AR/DOC/1301/2020.

⁽⁸⁵⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, 4-7-2013, “Torres, Manuel Orlando c/Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. s/ amparo”, *La Ley NOA* 2013 (noviembre), p. 1179.

⁽⁸⁶⁾ “Artículo 6º – Los Gastos Sanatoriales y de Sepelio serán abonados por la aseguradora al tercero damnificado, a sus derechohabientes o al acreedor subrogante dentro del plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la acreditación del derecho al reclamo respectivo, al que no podrá oponérsele ninguna defensa sustentada en la falta de responsabilidad del asegurado respecto del daño”.

guna defensa sustentada en la falta de responsabilidad del asegurado (aquí está la cuestión, ya que esta falta de responsabilidad en los casos de dolo o culpa grave refieren al asegurado y liberan de responsabilidad a la aseguradora, por lo cual no estaría comprendida en la letra de la reglamentación). Es por ello que la letra reglamentaria debe ser modificada, en caso contrario quedaría sin sentido alguno (o muy acotado) el efecto que tendría en los casos concretos ⁽⁸⁷⁾ y se estaría desvirtuando el sentido de la norma legal imperativa (art. 68, LNT), en el sentido que ordena que los gastos de sanatorio o de velatorio de terceros, serán abonados “de inmediato” por el asegurador.

27. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

En el presente análisis se hace necesario revisar y reflexionar sobre las cláusulas contractuales (aprobadas por la SSN) que usualmente se insertan en el contrato de seguro a través de su representación documental (póliza) y en este caso tomaremos un seguro de responsabilidad civil relacionado con los automotores, donde entre otras coberturas, se otorga aquella que se encuentra contemplada en el artículo 109 de la LCS, o sea, “mantener indemne el patrimonio del asegurado (dentro de los límites del contrato) respecto de reclamaciones de terceros por hechos que den lugar a su responsabilidad (la del asegurado)”.

En este caso podemos identificar una cláusula general que se encuentra formulada de la siguiente manera: “*Dolo o culpa grave*. El asegurador queda liberado si el asegurado y/o el conductor y/o la víctima provocan, por acción u omisión, el siniestro dolosamente o con culpa grave. No obstante, el asegurador cubre al asegurado por la culpa grave del conductor cuando este se halle en relación de dependencia laboral a su respecto y siempre que el siniestro ocurra con motivo o en ocasión de esa relación, sin perjuicio de subrogarse en sus derechos contra el conductor”.

La objeción que se plantea a esta cláusula y que ha sido tratada en puntos anteriores es que se refiere a la culpa grave del conductor como causal de liberación, cuando el art. 114, LCS (que solo se puede modificar a favor del asegurado) contempla exclusivamente al asegurado. Se pretende dar respuesta a este cuestionamiento entendiendo que el conductor resulta ser también un asegurado, ya que existe una relación lícita de contenido patrimonial que tiene cobertura asegurativa, cual es de que la aseguradora se obliga también a mantener indemne su patrimonio respecto de reclamos que efectúen los terceros damnificados.

En concordancia con lo que se expuso en el párrafo anterior, la póliza contiene otra cláusula general que refiere al riesgo cubierto, la que se encuentra formulada de la siguiente manera: “El asegurador se obliga a mantener

⁽⁸⁷⁾ Debe entenderse que el SOA está orientado a mantener indemne al asegurado, pero coetáneamente a que los terceros víctimas logren la reparación –aunque sea exigua– de los daños sufridos.

indemne al asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro (en adelante el conductor), por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo o por la carga que transporte en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos [...] La extensión de la cobertura al conductor queda condicionada a que este cumpla las cargas y se someta a las cláusulas de la presente póliza y de la ley, con el mismo asegurado al cual se lo asimila. En adelante la mención del asegurado comprende en su caso al conductor”.

Es interesante en estos supuestos particulares ir a la letra misma del contrato de seguro, reflejado en la póliza, donde con claridad se identifican a los dos asegurados (propietario y conductor), al señalar que la aseguradora se obliga a mantener indemne (art. 109, LCS) al asegurado y a quien conduzca el vehículo, estando autorizado para ello.

Claro está que, como bien lo ha expresado López Saavedra, ello se complementa con la interpretación ajustada a derecho de que la aseguradora solo se libera respecto de estos dos asegurados, en relación con el que haya provocado el siniestro con dolo o culpa grave y no respecto del otro. Para hacerlo más gráfico, si el que ha actuado de esa manera es el conductor, el otro asegurado (el propietario) seguirá teniendo plena cobertura por parte de la empresa de seguros, ya que se le ha reclamado en virtud del art. 1758 del Cód. Civ. y Com., máxime que se trata de obligaciones concurrentes (las del conductor y del propietario, regladas por el art. 850 del Cód. Civ. y Com.).

Más adelante en la póliza se encuentran las cláusulas generales pero que refieren a los supuestos de exclusiones de cobertura (delimitación del riesgo).

En este supuesto hemos de referirnos a cuatro de ellas (cruce ferroviario con barreras bajas, exceso de velocidad, contramano, ebriedad).

En el primer supuesto, la cláusula de exclusión a la cobertura de la responsabilidad civil (así está enunciada en la póliza), se expresa que el asegurador no indemnizará los siguientes siniestros, producidos o sufridos por el vehículo y/o su carga “...7º) cuando el conductor del vehículo asegurado cruce vías de ferrocarril encontrándose las barreras bajas y/o cuando las señales sonoras o lumínicas no habiliten su paso”.

Aquí se plantean diversas cuestiones. La primera de ellas es que no se estaría vulnerando el artículo 114, LCS ya que la “provocación” se encuentra contemplada en el término “producido por el vehículo”, con lo cual este requisito estaría cumplimentado. No así cuando se habla de los daños “sufridos” por el vehículo, que sin perjuicio de ello quedaría como una exclusión de cobertura que no colisiona con el 114, LCS ya que no se trata de daños provocados a terceros, sino al propio vehículo del asegurado.

La segunda cuestión es la que se relaciona con el hecho de que la cláusula contractual no exige la prueba de la actuación con culpa grave o dolo, sino que la presupone en el hecho. Ello coloca a estas conductas en el campo de los

meros hechos del asegurado (como estaba formulado en el antiguo artículo 497 del Código de Comercio derogado) y a través de esta “objetivación” elude el requisito del dolo o la culpa grave. Entendemos que se estaría vulnerando el artículo 114, LCS y ello implicaría la posibilidad de que la cláusula pueda ser impugnada en su validez. Ahora bien, queda claro que cruzar las vías del ferrocarril encontrándose las barreras bajas y/o cuando las señales lumínicas no habiliten su paso, configuran, sin dudas, una actuación con culpa grave, pero ello no se puede presuponer, sino que hay que exigir que en el caso concreto se materialice de esa manera y con esa calificación jurídica, de lo contrario, como bien se ha advertido en algunos de los votos de los ministros de la Corte Suprema en “Olmos c/Strapoli”, se lleva adelante una afirmación que desatiende las circunstancias de personas, tiempo y lugar del caso y la descalifica como acto jurisdiccional válido (en el caso se omitió considerar las deficientes condiciones de seguridad en las que se hallaba el cruce ferroviario, que la alarma sonora estaba ubicada en la barrera opuesta al lugar de donde venía el automóvil, su intensidad sonora era mediana y poco audible desde el vehículo, las señales visuales eran pequeñas, de poca luminosidad e indebida ubicación, solo visibles para automóviles que venían de forma oblicua, las barreras eran pequeñas y difícilmente perceptibles para los conductores y aún bajas no impedían que los vehículos pudieran cruzar, los pastizales que estaban cerca de la vía dificultaban la visión; la que además –por la hora del accidente– se podía encontrar disminuida para el conductor por encandilamiento).

De manera tal que, como bien advertía el profesor Stiglitz, habría que haber agregado (si se quería dar valor legal pleno a estas cláusulas) que esa conducta se hubiera llevado adelante con dolo y/o culpa grave, con lo que estamos de acuerdo.

La segunda cláusula que hemos escogido para el análisis es la referida al siniestro producido o sufrido por el vehículo “...8º) cuando el vehículo asegurado sea conducido a exceso de velocidad (a los efectos de la presente exclusión de cobertura, se deja establecido que la velocidad del vehículo asegurado en ningún caso podrá superar el cuarenta por ciento [40%] de los límites máximos establecidos por la normativa legal vigente)”. Esta cláusula merece las mismas objeciones que la anterior, ya que a través de su consagración como exclusión de cobertura se deja de lado la prueba de que la conducta tipificada debe ser efectuada con dolo o culpa grave. A ello se agregan otras objeciones a que el exceso de velocidad está tipificado en la legislación de tránsito y no corresponde al contrato de seguro modificar esas reglas legales de orden público. No encontramos por nuestra parte inconveniente en fijar contractualmente extremos más favorables para el asegurado (que a la vez favorecen a los terceros damnificados reclamantes), siempre y cuando (para liberar a la aseguradora) se pruebe que fueron “producidos/provocados” con dolo o culpa grave.

La tercera de las cláusulas referidas consagra la exclusión de cobertura por los siniestros producidos “...9º) en ocasión de transitar el vehículo asegurado a contramano, existiendo señalización inequívoca en el lugar del hecho de la dirección de la circulación”. A ello hay que agregarle (para no colisionar con el art. 114, LCS, que solo se puede modificar a favor del asegurado) que esa conducción sea con dolo o culpa grave (porque puede ocurrir que, conforme las circunstancias de tiempo, lugar, personas y otras del caso concreto, que hayan habilitado esa circulación a contramano, con lo cual desaparecería el efecto liberatorio que consagra la norma).

La cuarta cláusula configura la exclusión cuando el siniestro se hubiere producido “...10) cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífica, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (u otro que corresponda) o cuando habiendo practicado este, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente. A los fines de su comprobación queda establecido que la cantidad de alcohol en la sangre de una persona desciende a razón de 0,11 gramos por mil por hora”.

La cláusula merece las mismas objeciones que las anteriores en lo que refiere a que no puede eludirse que el siniestro se hubiere producido por esa conducta efectuada con dolo o culpa grave. Otras cuestiones que se han planteado exceden el análisis que estamos efectuando y refieren a la posibilidad de presumir esa producción cuando se hubiere negado el conductor a realizarse el examen de alcoholemia o que el resultado sea superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre. Estas situaciones deben ser analizadas con extremo cuidado ya que, si bien pueden estar justificadas desde la lógica de la buena fe contractual y el correcto devenir de las conductas de las partes, no deberían excluir la prueba del dolo o la culpa grave en el resultado final que siempre debería ser la provocación (relación causal) del daño, habiendo actuado con dolo o culpa grave.

No escapa a nuestro entendimiento que tanto cruzar las barreras bajas, conducir en contramano, a exceso de velocidad o en estado de ebriedad, nos acercan fuertemente a la culpa grave (hoy también al dolo, por la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos), pero ello no se puede presuponer y el requisito debe estar plasmado en la cláusula y ser debidamente acreditado, conforme las circunstancias de tiempo, lugar, personas y las demás que hagan al caso concreto.

Muestra de las variadas interpretaciones que se les otorgan a estas cláusulas son los variados ejemplos (en uno u otro sentido) que se han dado en la jurisprudencia:

“El seguro de responsabilidad civil está destinado a cubrir los gastos culposos del asegurado, siendo de la esencia del seguro la culpa del asegurado, debiéndose acreditar la culpa grave que, en el caso de consistir en con-

ducir en estado de ebriedad, es insuficiente sostener que ella está probada con la mera ingesta de alcohol ⁽⁸⁸⁾.

“La declinación de cobertura planteada por la aseguradora citada en garantía alegando que al momento del siniestro el demandado se hallaba en estado de ebriedad es procedente, pues quien conduce el rodado en aquel estado incurre en culpa grave –causal expresamente prevista en la póliza como un supuesto de exclusión de cobertura– en tanto posee un estado de alteración mental –aunque fuera leve– que le impide actuar con la prudencia y atención debidas, en un escenario pleno de peligros y de contingencias ⁽⁸⁹⁾.”

“Es insuficiente para eximir de responsabilidad al titular registral del rodado que protagonizó un accidente de tránsito y a su aseguradora por el fallecimiento de quien viajaba como acompañante el hecho de que este haya participado del viaje conociendo el estado de ebriedad del conductor, pues tal conducta no incidió causalmente en la mecánica del accidente ⁽⁹⁰⁾.”

“La circunstancia de que el demandado se encontraba circulando de contramano al momento del siniestro no constituye una situación de culpa grave en los términos de la normativa de seguros, pues se acreditó que lo hacía a reducida velocidad y que no resultó ser el embestidor, máxime si no se ha acreditado debidamente que existiese la correspondiente señalización de la dirección de la calle en el lugar del hecho, ni que el demandado de todos modos hubiera tenido conocimiento de la infracción que estaba cometiendo ⁽⁹¹⁾.”

“La cláusula que limita la responsabilidad de la aseguradora si el accidente se ha producido por exceso de velocidad resulta abusiva a la luz del art. 37 de la ley 24.240, ya que restringe los derechos del consumidor, desnaturalizando las obligaciones de la empresa aseguradora, las cuales quedarían prácticamente vacías de contenido, porque, si bien conducir en esas condiciones ha sido calificado por la Ley de Tránsito como un supuesto de falta gravísima, y ha sido penalizado, no resulta ni imprevisible ni extraordinario, sino una de las principales causas en la producción de accidentes, por lo que es claramente abusivo considerar esta causal como constitutiva de una cláusula de exclusión en un sistema de seguro obligatorio, que también tiene que tener en vista de la finalidad de protección de las víctimas de los siniestros de tránsito, razón por la cual la compañía debería considerarlo al ponderar las variables de la ecuación económico financiera del contrato ⁽⁹²⁾.”

“Es improcedente exonerar de responsabilidad a la compañía de seguros por el accidente ferroviario sufrido por un asegurado, pues no puede concluirse la

⁽⁸⁸⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, 6-2-97, “Centurión, Miriam R. c/Herrero, Rubén A.”, L. L. B. A. 1997-627.

⁽⁸⁹⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 29-6-2015, “Avola, Hernán Ariel y otros c/Sabo, Hernán Adrián y otros s/ daños y perjuicios”, *Revista de Contratos y Seguros* 2015-XI-200.

⁽⁹⁰⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Jujuy, 1-6-2009, “Lourdes, Valeria María c/Benítez, Nieves”, *La Ley NOA* 2009 (septiembre), p. 725; *La Ley NOA* 2009 (diciembre), p. 1019.

⁽⁹¹⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 24-9-2007, “Barria, Silvia Andrea c/Zárate, Mario Oscar y otro”, *La Ley* del 16-1-2008, p. 4.

⁽⁹²⁾ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 15-5-2017, “Greco, Norma I. y ots. c/Aravena, Gerardo D. y ot. s/ Ds. y ps. s/ rec. ext. de inconstitucionalidad s/casación”, *La Ley Gran Cuyo* 2017 (diciembre), p. 4, con nota de José Luis Correa; *Revista de Contratos y Seguros* 2018-II-219.

existencia de culpa grave de su parte, en tanto no se probó que hubiera intentado cruzar las vías del tren advirtiéndole que la formación se encontraba próxima a arribar a la arteria donde acaeció el siniestro, y resulta insuficiente la acreditación de que actuó con negligencia o descuido, desde que dicha circunstancia se traslada a la aseguradora debido a que está prevista en la póliza ⁽⁹³⁾.

“No existió culpa grave del automovilista en el accidente ferroviario si el paso a nivel no se encontraba debidamente equipado con un sistema automático de brazos de barreras, pintura fluorescente, luces ni alarmas, no visualizándose las barreras hasta escasos pasos de ellas, por no existir señalización ni iluminación en la zona, no habiendo guardabarreras” ⁽⁹⁴⁾.

28. EFECTOS

La norma jurídica específica (art. 114, LCS) establece que “el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado” cuando se configure la provocación del siniestro con dolo o culpa grave, de manera tal que la aseguradora queda “liberada” (según terminología del art. 70, LCS que se aplica complementariamente).

Ahora bien, esta regla, trasladada a los casos concretos (conforme ha señalado la jurisprudencia), nos enfrenta a variados problemas que han sido tratados en puntos anteriores, siendo uno de los principales el referido a la extensión de esos efectos liberatorios (ejemplo, en el SRC automotores, con relación a las figuras del propietario/tomador/asegurado y del conductor/asegurado).

La jurisprudencia consagró los efectos liberatorios, discrepando estos pronunciamientos sobre su extensión subjetiva en las situaciones particulares: “Se configura la exención de responsabilidad del asegurador cuando el asegurado o el conductor provoca, por acción y omisión, el siniestro dolosamente o con culpa grave, apartándose así de lo establecido en la ley” ⁽⁹⁵⁾.

Las cuestiones que quedan por resolver en cada caso concreto es la propagación de los efectos liberatorios de la culpa grave del conductor al asegurado propietario (supuesto de SRC automotores) y también si para que la liberación de responsabilidad por la cobertura de la aseguradora se torne operativa se hace necesario la relación causal de la conducta con dolo o culpa grave con las consecuencias dañosas.

En párrafos anteriores hemos intentado dar respuesta a estos planteos, dejando en claro que se trata de cuestiones controvertidas en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

⁽⁹³⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 29-9-2009, “Di Crecchio, Raúl Jesús c/Mapfre Aconcagua Compañía de Seguros SA”, *Revista de Contratos y Seguros* 2009-XII-175.

⁽⁹⁴⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 10-5-99, “Perojo Graciela L. c/Instituto Ítalo Argentino de Seguros”, 35021331.

⁽⁹⁵⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala V, 27-3-88, “Isla, María E. y otro c/Pérez, Manuel”, AR/JUR/613/1988; *La Ley* 1989-A-191.

29. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Tratándose de una delimitación causal subjetiva del riesgo, la interpretación de la liberación de la aseguradora por provocación del siniestro por culpa grave o dolo debe ser restrictiva y así lo ha sostenido reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia: “La configuración de la culpa grave del asegurado como causal de exclusión de la cobertura en tanto excepción al principio general consagrado en el art. 109 de la Ley de Seguros es de interpretación restrictiva” ⁽⁹⁶⁾.

La equiparación de efectos entre el dolo y la culpa grave en la provocación del siniestro no debe implicar que se confundan ambos conceptos, que son por esencia diferentes: “La circunstancia de que según los arts. 70 y 114 de la ley 17.418 (ADLA XXVII-B-1677), tanto el ‘dolo’ como la ‘culpa grave’ produzcan los mismos ‘efectos’ jurídicos (liberación del asegurador), ello no quiere significar que no sean diferenciados en cuanto a su concepto. La igualdad del tratamiento legal que a ambos se les da en las citadas normas radica en la finalidad de proteger al asegurador frente a un proceder del asegurado que desorbita de un modo ‘anormal’ la conducta prevista por las partes en el contrato, pero sin que ello implique identificar la ‘culpa grave’ con el ‘dolo’” ⁽⁹⁷⁾.

30. PRUEBA

La prueba de la provocación del siniestro con dolo o culpa grave del asegurado se encuentra a cargo de la aseguradora.

Ésta deberá acreditar:

- Que existió provocación del siniestro.
- Que esta provocación es imputable al asegurado.
- Que el asegurado actuó en ese caso con dolo o culpa grave.
- Que la actuación/omisión con dolo o culpa grave imputable al asegurado guarda relación causal adecuada con el siniestro.
- Que es la única causa exclusiva y excluyente del siniestro.

En este sentido se ha expresado:

- La carga de la prueba es a cargo del asegurador.
- Debe ser analizada en cada caso concreto y no en abstracto.
- Deben considerarse las circunstancias particulares de las personas, tiempo, lugar y todo otro elemento que se relacione con el caso.

⁽⁹⁶⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala V, 27-2-84, “Guardia, Raquel y otro c/De Elizalde, José R.”, *La Ley* 2/44955.

⁽⁹⁷⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 9-9-82, “Sorba, Pedro E. c/Paraná, S. A.”, AR/JUR/4190/1982.

- Debe ser apreciada con prudencia y sin desnaturalizar el seguro de responsabilidad civil que le otorga contexto a la figura.

“La provocación del siniestro por dolo o culpa grave debe ser probada por el asegurador” ⁽⁹⁸⁾.

“Son las circunstancias concretas concurrentes de cada caso las que permitirán determinar si el asegurado incurrió en culpa grave” ⁽⁹⁹⁾.

“La prueba fehaciente de la culpa grave del asegurado deberá ser objeto de apreciación en cada caso concreto, sin desmedro del fin específico del seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros y la función de solidaridad al seguro” ⁽¹⁰⁰⁾.

“La prueba de la culpa grave –como causal de exoneración de responsabilidad para el asegurador– tiene que ser apreciada con prudencia a fin de evitar abuso y no tornar ilusoria la garantía debida tanto al asegurado como a la víctima del accidente” ⁽¹⁰¹⁾.

31. INVOCACIÓN EN EL PLAZO DEL ART. 56, LCS

La causal de liberación de la aseguradora, fundada en la provocación del siniestro imputable al asegurado con dolo o culpa grave de este, debe ser invocada por la aseguradora en el plazo del artículo 56, LCS.

No existe ninguna norma que disponga lo contrario.

Es una defensa que puede oponer la aseguradora, en virtud del artículo 118, LCS.

Por ende, si la quiere hacer valer deberá invocarla y expresarla en el plazo y los términos del artículo 56, LCS.

⁽⁹⁸⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 22-12-83, “Gómez, Mónica S. c/Cumbre Cooperativa de Seguros, Ltda.”, AR/JUR/2896/1983; *La Ley* 1984-C-237; en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala V, 27-3-88, “Isla, María E. y otro c/Pérez, Manuel”, AR/JUR/613/1988; *La Ley* 1989-A-191; Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 26-7-88, “Litt, Ameri B. c/Montiel, Carlos A.”, AR/JUR/2230/1988; *La Ley* 1989-D-606; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 26-10-89, “Acosta, Abel I. y otros c/Otero, Luis A.”, AR/JUR/1842/1989; *Digesto Jurídico* 1990-2-195.

⁽⁹⁹⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 14-5-84, “Idoyaga Molina, María E. c/La Holando Sudamericana Cía. de Seguros”, AR/JUR/2578/1984; *La Ley* 1985-A-341; *Digesto Jurídico* 1985-1-176; en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 8-11-99, “M & T Auto Sport SA c/Rubio, Roberto M. y otro”, AR/JUR/3986/1999; CC0002 MO 33002 RSD-205-95 S, 13-6-95, Juez Calosso (SD), carátula: “Ramos, Ramón L. c/Ledesma, Roberto s/ daños y perjuicios”.

⁽¹⁰⁰⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala VI, 2-10-87, “Nogueira, Osvaldo M. c/Wansart, Enrique F.”, AR/JUR/1668/1987; *La Ley* 1988-D-519; en el mismo sentido: SCJBA, Ac 83876 S, 23-11-2005, Juez Pettigiani (MI), carátula: “Sánchez, Mario Alberto c/Luporini, Ernesto Eugenio y/o Nicoletti, Néstor Omar y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios”.

⁽¹⁰¹⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Córdoba, 26-10-98, “Lamón, Ángel c/España y Río de La Plata Cía. de Seguros”, AR/JUR/816/1998; *La Ley Córdoba* 1999-1489.

Existen pronunciamiento de doctrina en sentido contrario, aduciendo que, al tratarse de una exclusión de cobertura, un supuesto de no seguro no es necesario un pronunciamiento expreso dentro de los treinta días corridos de recibida la denuncia del siniestro o la información complementaria esencial.

No compartimos ese criterio. Justamente la exclusión de cobertura, de interpretación restrictiva, puede configurarse o no y por ende si la aseguradora considera que así ha ocurrido debe comunicarlo fehacientemente al asegurado en el plazo de ley y expresar que ha quedado liberada de la cobertura del siniestro. Ello podrá ser controvertido por el asegurado e incluso por el tercero damnificado en el proceso judicial respectivo.

Se ha dicho en este sentido:

“En nuestro caso, al estar vigente el contrato al momento del hecho cabía el pronunciamiento de la compañía de seguros en el plazo legal y si pretendía esta última liberarse de la cobertura debía haber alegado la causal de exclusión de riesgo en tiempo oportuno. En el supuesto de culpa grave (art. 70, ley cit.) se está en presencia de un contrato vigente y no suspendido por lo que la obligación del art. 56 rige con toda su amplitud. El silencio juega su rol porque hay obligación legal de expedirse (art. 919, Cód. Civil) y se traduce en la aceptación del derecho del asegurado. Si a juicio de la aseguradora en ocasión del siniestro hubo culpa grave del asegurado, así debió denunciarlo dentro del plazo legal y, en su caso, probarlo debidamente” ⁽¹⁰²⁾.

“La aseguradora citada en garantía no puede pretender la exclusión de la cobertura argumentando el dolo del asegurado en la denuncia del siniestro por no mencionar su estado de ebriedad, pues debió pronunciarse acerca del derecho de aquel dentro del plazo de treinta días previsto por el art. 56 de la ley 17.418” ⁽¹⁰³⁾.

En sentido contrario existen también diversos pronunciamientos: “En los casos de ausencia o exclusión de cobertura no rige el cómputo del plazo del art. 56 de la Ley de Seguros, por lo cual la omisión de la aseguradora de pronunciarse en dicho plazo acerca del derecho del asegurado no importa la aceptación del siniestro –en el caso, al momento del siniestro el asegurado conducía en estado de ebriedad–, dado que por el solo transcurso del plazo no puede imponerse a cargo de la compañía de seguros un riesgo que nunca

⁽¹⁰²⁾ SC Buenos Aires, 22-12-98, “Rodríguez de Pavón, Ana S. c/Pergamino Coop. de Seguros Ltda. s/ daños y perjuicios”, Ac. 62081, juez De Lázzari (SD), *Acuerdos y Sentencias* 1998-VI-511; en el mismo sentido: SCJBA, Ac 81938 S, 29-12-2003, Juez Roncoroni (SD), carátula: “Carranza, Raúl Alberto; Farisano, Nicolás Alberto c/Jensen, Claudio Oscar ‘La Perseverancia del Sur SA Argentina de Seguros’ s/ daños y perjuicios”; CC0000 TL 9690 RSD-19-127 S, 29-11-90, Juez Lettieri (SD), carátula: “López de Tatángelo, Norma y otros c/Gallo de Kalhawy, Mabel y otros s/ daños y perjuicios”.

⁽¹⁰³⁾ CNCiv., sala L, 24-4-2006, “Szwarc, Mario c/Bombicino, José L.”, *Digesto Jurídico* del 30-8-2006, p. 1273; en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 28-2-2001, “Barracuda SRL c/Compañía Argentina de Seguros Visión”, AR/JUR/2712/2001; *Digesto Jurídico* 2001-2-551; *La Ley* 2001-F-198.

asumió, lo cual desnaturalizaría los términos del contrato y la equivalencia de las prestaciones” ⁽¹⁰⁴⁾.

32. DEFENSA ANTERIOR AL SINIESTRO Y FUNDADA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Se trata sin lugar a dudas de una defensa anterior al siniestro y fundada en el contrato de seguro y en la ley y por ende susceptible de ser invocada por la aseguradora al ser citada en garantía en base al artículo 118, LCS:

“La defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito” ⁽¹⁰⁵⁾. “La oponibilidad por la aseguradora del dolo o culpa grave del asegurado debe ser entendida como una causal de exclusión o ausencia de cobertura, en virtud de una circunstancia subjetiva puesta por el asegurado en forma previa o concomitante con el hecho dañoso y, por ende, constituye una defensa anterior al siniestro y no aquellas posteriores prohibidas por la ley” ⁽¹⁰⁶⁾.

Cualquiera sea el destino final de la exclusión de cobertura por culpa grave o dolo, lo que se está analizando en este punto es su procedencia desde la perspectiva procesal como defensa admisible, según las expresas normas que trae la LCS, y en este sentido y con ese alcance cabe afirmar que es procedente.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, 6-10-2005, “Salado, O. Aníbal y otra c/Saavedra, Rubén O. y otro”, AR/JUR/5267/2005; *La Ley NOA* 2006 (marzo), p. 156; en el mismo sentido: Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 9-9-2008, “Pian, Víctor Hugo c/Lemos, Evelio y otro”, AR/JUR/11060/2008; *La Ley Córdoba* 2008 (diciembre), p. 1230; *Revista de Contratos y Seguros* 2009-II-38.

⁽¹⁰⁵⁾ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, en pleno, 11-5-82, “Mustafá Alicia N. c/Núñez, José M.”, *Jurisprudencia Argentina* 1982-III-477, 70031464; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 26-4-83, “Herrandorena, Jorge R. c/Martín, Jorge R.”, Ac. 31.936, AR/JUR/1680/1983; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, 12-7-85, “De Madeiros, Raúl y otros c/Franco, Hugo I. y otros”, AR/JUR/720/1985; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 6-9-88, “Decesero, Agustín y otro c/Parent, Rubén G. y otros”, Ac. 39.447, AR/JUR/1190/1988; *La Ley* 1988-E-345; *Digesto Jurídico* 1989-I-433; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 23-9-96, “Giuliani, Mario y otro c/Khafif, Isaac y otros”, AR/JUR/1842/1996; *La Ley* 1998-C-682; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 8-11-99, “M & T Auto Sport SA c/Rubio, Roberto M. y otro”, AR/JUR/3986/1999; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Concepción, 31-8-2007, “Aguirre, Gilberto y otra c/Del Pino, Antonio y otros”, AR/JUR/8739/2007; *La Ley NOA* 2007 (febrero), p. 21.

⁽¹⁰⁶⁾ CC0000 PE, C 1360 RSD-37-95 S, 27-4-95, Juez Levato (SD), carátula: “Bordoni, A. y otro c/Nacura, R. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios”, mags. votantes: Levato y Ipiña; CC0000 PE, C 5335 RSD-81-6 S, 2-6-2005, Juez Ipiña (SD), carátula: “Nime, Zulma Noemí c/Herrera, Juan y/o q.r.r. s/ daños y perjuicios”, mags. votantes: Ges-teira, Ipiña y Levato.

33. DIRECCIÓN DEL PROCESO

La aseguradora que ha invocado en el plazo del art. 56, LCS la liberación por la causal de provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado no podría asumir la dirección del proceso.

No resulta compatible con el debido proceso y el derecho de defensa en juicio y con la regla legal del art. 110, LCS que la empresa de seguro que no dará cobertura al siniestro lleve adelante la dirección del proceso en representación del asegurado.

Por ello debe poner en conocimiento que declinada la cobertura, también ello implica que no asumirá la dirección del proceso, de manera tal que el asegurado tenga la debida representación legal en el proceso y no exista un evidente conflicto de intereses entre este y la empresa de seguros: “Si la compañía aseguradora opone la defensa de culpa grave del asegurado, no puede asumir la dirección del proceso, ya que son incompatibles desde el mismo momento que la oposición de la defensa en cuestión lo distancia procesalmente del asegurado”⁽¹⁰⁷⁾. Existiría una contradicción esencial que la aseguradora en el plazo del artículo 56, LCS haya invocado el dolo o culpa grave del asegurado que la libera de cobertura respecto del siniestro y que luego asuma la dirección del proceso, que es ni más ni menos que ejercer técnicamente el derecho de defensa del asegurado frente al reclamo efectuado por el tercero.

34. PREJUDICIALIDAD PENAL

Es importante dejar planteada la cuestión sobre la relación entre las acciones civiles y penales respectivas.

Más allá de toda consideración, de que el dolo y la culpa grave tendrían una caracterización y efectos especiales o particulares en el ámbito del derecho del seguro, como lo explica Barbato, ello, desde la perspectiva procesal no enerva la posible aplicación de los arts. 1774 y ss. del Cód. Civ. y Com., en los supuestos donde el hecho dañoso (siniestro en el seguro) configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal.

En este caso tendríamos la particularidad de que en el ámbito patrimonial (responsabilidad civil/seguro) se estaría discutiendo la culpa grave o el dolo del asegurado y en el ámbito penal si esta conducta configura, a su vez, un delito.

Tenemos tres dimensiones del supuesto de hecho: a) el penal, si el supuesto de hecho constituye delito; b) el de la responsabilidad civil si se configura el factor de atribución subjetivo, dolo o culpa, y c) el del seguro si ello implica una causal de liberación de la aseguradora.

⁽¹⁰⁷⁾ CC0000 AZ 32332 RSD-65-91 S, 19-6-91, Juez Céspedes (SD), carátula: “Rattiguen, Héctor c/Di Carlo s/ daños y perjuicios”, mags. votantes: Céspedes y Ojea.

En consecuencia, serían aplicables los arts. 1775, siguientes y concordantes, Cód. Civ. y Com. que llevan a la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta la conclusión del proceso penal con las excepciones legalmente contempladas.

También el art. 1776, Cód. Civ. y Com., que establece que existiendo sentencia penal condenatoria esta ha de producir efectos de cosa juzgada en el proceso civil, respecto de la existencia del hecho principal, que constituye el delito, y también de la culpa (agregamos el dolo) del condenado, lo que nos llevaría a expresar que esa caracterización lograda en sede penal no podrá ser discutida en sede civil, aunque sí calificada como culpa grave o no, a los efectos del seguro.

En relación a la regla del art. 1777, Cód. Civ. y Com., se dan dos variantes. La primera de ellas referida a que la sentencia penal decidió que el hecho no existió o que el asegurado no participó de él, circunstancias que no podrán ser discutidas en el proceso civil.

La segunda alternativa se da cuando la sentencia penal decidió que un hecho no constituye delito penal o que no se compromete la responsabilidad penal del asegurado, en cuyo caso, en el proceso civil se puede discutir libremente si ha existido culpa grave o dolo vinculada al contrato de seguro.

“Por aplicación de la ‘prejudicialidad’, en caso de declararse en sede penal la inexistencia del hecho principal o ausencia de autoría, no puede alegarse en el fuero civil su existencia; pero en el supuesto de que sea caracterizada la existencia del hecho principal en sede penal, tampoco se podrá alegar su inexistencia en sede civil, por cuanto la situación fáctica o hecho principal fijado en sede penal no puede ser desconocido en el proceso civil ulterior [...] Existe culpa grave cuando el agente se arriesga con una temeridad equivalente al dolo, quedando excluidos los hechos derivados de la inadvertencia, de la distracción, del olvido, de la torpeza, de la ligereza de la conducta”⁽¹⁰⁸⁾.

“Siempre que el Juez penal no haya tratado de modo expreso la cuestión atinente a la culpa de la víctima, la norma del artículo 1102 del Código Civil no le veda al juez civil ingresar en el campo de la consideración de la posible concurrencia de la conducta de la víctima en la provocación del daño o su agravamiento —en el caso, un accidente de tránsito en el que la víctima circulaba a exceso de velocidad—, al solo efecto de determinar si la responsabilidad civil será menguada en algún porcentual, encontrando como límite el de la principal responsabilidad en la producción del hecho dañoso y su resultado por aquel que fue declarado como autor en sede penal”⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco, 12-9-2012, “Ledesma, Miguel Gustavo y otro c/Arcor SAIC y otros s/ ordinario”, *La Ley Online*, AR/JUR/48745/2012.

⁽¹⁰⁹⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, 2-9-2008, “Vivas, Eduardo Alfredo c/Sede, Gustavo Abraham y otros”, *La Ley Patagonia* 2008 (diciembre), p. 609; *La Ley Online*, AR/JUR/10485/2008.

35. CONCLUSIONES

La causal de liberación de la aseguradora establecida en el artículo 114, LCS, por la provocación del siniestro con dolo o culpa grave del asegurado, se encuentra vigente y plenamente operativa, salvo que se cuestione la constitucionalidad de la norma.

El artículo 114, LCS debe considerarse una norma solo modificable a favor del asegurado, conforme se encuentra expresamente establecido en el artículo 158, LCS.

Los fundamentos esgrimidos como motivación de esta norma, en concordancia con los expuestos para el artículo 70, LCS, se mantienen respecto del dolo, pero resulta cuestionable sostenerlos para la culpa grave, por lo que en vista de una reforma legislativa se debería suprimir a esta como causal de liberación.

En el derecho comparado la tendencia que se reconoce en su expresión normativa es que se mantiene al dolo, pero se suprime a la culpa grave como causal de exoneración de la aseguradora.

Los proyectos de reforma legislativa en nuestro país son variados y con diversa respuesta/propuesta sobre el mantenimiento o la supresión de la culpa grave.

La calificación jurídica que se ha brindado a esta delimitación causal subjetiva del riesgo es de exclusión de cobertura o supuesto de caducidad, siendo mayoritario el posicionamiento con la primera de las categorías.

Resulta claro y preciso que el dolo o la culpa grave deben ser imputables al asegurado, o sea al o a los titulares del interés asegurable comprometido en el contrato y cualquier cláusula que exceda ese límite será considerada abusiva y nula.

El núcleo de la norma lo constituye la provocación, por lo que deberá acreditarse que esa actuación/omisión con dolo o culpa grave guarda relación causal adecuada con la producción del daño/siniestro.

Las exclusiones de cobertura que se consagran en diversos contratos de seguro, donde se describe la conducta típica que debe configurarse, solo tendrán validez si en el caso concreto y contemplando las personas, el tiempo, lugar y demás circunstancias de este, reúnen la calidad de instancia provocadora del siniestro, en relación causal adecuada y acreditando que tienen la entidad dolosa o de culpa grave que la norma requiere.

El dolo se encuentra caracterizado en el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com.: “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, con lo cual muchos supuestos que eran considerados de culpa grave hoy quedarían encuadrados en la parte final de este artículo.

La culpa grave es la omisión, grande, de mucha importancia o entidad, de la diligencia, prudencia y pericia debida, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Consideramos aplicable al contrato de seguro de responsabilidad civil la pauta de valoración de conducta del asegurado, en base a lo establecido en el artículo 1725 del Cód. Civ. y Com. en relación a la configuración del dolo o la culpa grave en el caso concreto.

El dolo o la culpa grave debe ser personal del asegurado, por lo que es definitorio identificar en cada contrato quiénes son los titulares del o de los intereses asegurables, pudiendo ser uno o varios, determinados o determinables, siendo aplicables las reglas de la contratación del seguro por sí o por cuenta ajena.

En el caso del conductor autorizado, en la póliza del seguro de la responsabilidad civil automotor, debe considerarse que los asegurados son por lo menos dos: el propietario y el conductor, por lo que el dolo o culpa grave de uno de ellos solo libera a la aseguradora de su cobertura, pero no respecto del otro asegurado (el propietario).

En relación a la persona jurídica titular del automotor, la regla aplicable es la misma y por lo tanto la culpa grave del conductor no libera de cobertura a la aseguradora respecto de la persona jurídica.

En los supuestos de daños causados por los hijos, salvo que se acredite la culpa grave o el dolo de los padres, la aseguradora no queda liberada de cobertura respecto de estos, sin perjuicio de la responsabilidad personal, si correspondiere, del hijo menor.

En relación a los seguros de responsabilidad civil de los establecimientos educativos, debe estarse a los claros términos del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. que establece una responsabilidad objetiva con una única eximente que es el caso fortuito, por lo que no deberían ser válidas las cláusulas que establezcan el dolo o culpa grave del asegurado/titular del establecimiento, porque se desnaturalizaría el seguro obligatorio impuesto legalmente, sin perjuicio de que sí se la mantenga para otros eventuales asegurados/responsables, que no sean el titular del establecimiento.

En relación al SRC respecto de los daños por accidentes de tránsito causados por vehículos autónomos, debe estarse a la regla de responsabilidad de los artículos 1769, 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. y de esta manera tendremos que solo libera de cobertura la culpa grave de cada uno de los asegurados, pero la de uno no tiene efectos expansivos sobre los demás (arts. 850, siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com.), y por ende la aseguradora tendrá que considerar cuáles son las personas aseguradas y para el supuesto de máximo nivel de automatización (o sea, sin conductor humano) tendrá que dar cobertura al propietario del vehículo autónomo, por no haber actuado él, con dolo o culpa grave.

La interpretación de la causal de liberación por provocación del siniestro por parte del asegurado, con dolo o culpa grave, es de interpretación restrictiva, debe ser acreditada por la aseguradora, la que debe hacerla valer en el plazo del art. 56, LCS para luego oponerla como defensa anterior al siniestro y vinculada al contrato de seguro (art. 118, LCS), no pudiendo en estos casos asumir o exigir que se le otorgue la dirección del proceso (art. 110, LCS).

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio – ALEGRÍA, Héctor “Códigos Civil y de Comercio Comentados”, Tomo XII, autor, Rubén Stiglitz, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2011
- ANAYA, Jaime L. – ALEGRÍA, Héctor “Derecho Comercial – Doctrinas esenciales” Tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- BARBATO, Nicolás Héctor “Culpa Grave y dolo en el derecho de seguros” Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1994
- DONATI, Antígono “Los seguros privados”, Editorial Librería Bosch, Barcelona, España, 1960.
- FERNÁNDEZ, Raymundo “Código de Comercio comentado”, edición registrada por el autor, impresión en Talleres Gráficos A. Wolter, Buenos Aires, Argentina, 1950.
- FERRER, Aldo “La economía argentina” Editorial El Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- HALPERÍN, Isaac, “Seguros”, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. “Ley de Seguros comentada y anotada” Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo VIII, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2015
- MANGIALARDI, Eduardo (Coordinador) “Derecho de Seguros”, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2001.
- MEILIJ, Gustavo “Seguro de Responsabilidad Civil” Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- MEILIJ, Gustavo Raúl – BARBATO, Nicolás Héctor “Tratado de Derecho de Seguros”, Editorial Zeus, Rosario, Argentina, 1975.
- MALAGARRIGA, Carlos “Tratado elemental de derecho comercial”, Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.
- MORANDI, Juan Carlos Héctor “Estudios de derecho de seguros”, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- PERÁN ORTEGA, Juan “La responsabilidad civil y su seguro”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1998.
- PIEDCASAS; Miguel A. “Régimen legal del Seguro”, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1999.
- PIEDCASAS, Miguel “Seguro Obligatorio Automotor”, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2010.
- RAPOPORT, Mario “Historia económica, social y política argentina”, Editorial Crítica, Buenos Aires, Argentina.
- REVISTA JURÍDICA ARGENTINA DEL SEGURO, LA EMPRESA Y LA RESPONSABILIDAD, números 25/6, editado por Mundo del Seguro SA, Buenos Aires, Argentina, sin fecha de edición.

- REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO Tomos I y II sobre “Seguros”, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- RIVERA, Julio Cesar – MEDINA, Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2015
- RUBINZAL, Diego “Historia económica argentina”, Ediciones del CCC, Buenos Aires, Argentina, 2010
- SIGNORINO BARBAT, Andrea “Derecho de Seguros – Ley N.º 19.678, de 26/10/2018, de Contratos de Seguros – Comentada y Anotada”, Editorial La Ley Uruguay – Montevideo, Uruguay, 2019.
- SOBRINO, Waldo – GAVA, Adriel – CERDA, Sebastián; “Ley de Seguros Comentada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2021.
- STIGLITZ, Rubén, “Reformas a la ley de seguros”, editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- STIGLITZ, Rubén “Derecho de Seguros”, 6º edición actualizada y ampliada, Tomos I a V, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016.
- STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel “Seguro contra la responsabilidad civil”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- VIVANTE, Cesar “Derecho Comercial” Tomo XIV, del contrato de seguro, Editorial Ediar SA, Buenos Aires, Argentina, 1952.
- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan “Código de Comercio y leyes complementarias” Tomo II, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1961.

EL EFECTO DE LA REFORMA DE LOS ARTS. 34 Y 35 DE LA LEY 19.550

POR ALFREDO L. ROVIRA *

Resumen

La Ley General de Sociedades argentina N.º 19.550 (“LGS”) trataba el supuesto del socio aparente y el del socio del socio (oculto) en los artículos 34 y 35 LGS. Dichas normas tratan de supuestos diferentes, aunque, en ambos, existe un socio ignorado por los terceros. Ambas normas tienen como precedente la teoría de la apariencia, hoy recogida por el Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyC”). El socio aparente es el comúnmente denominado “prestanombre”. El art. 19 de la ley 27.444 modificó los arts. 34 y 35 prohibiendo la actuación societaria del prestanombre, así como la del socio oculto imponiéndole al prestanombre y al socio oculto responsabilidad solidaria e ilimitada. Sin embargo, la reforma no impide que un socio celebre un “Contrato en Participación” con un tercero haciéndole participe de los derechos e incluso obligaciones que el socio asuma frente a los demás socios con lo cual la posibilidad de que un tercero adquiera participación en los derechos de un socio es posible si ambos celebran un “Contrato en Participación” ahora regulado por el CCyC.

Palabras clave

Socio oculto, socio aparente, simulación, responsabilidad, Contrato.

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho, UBA; profesor consulto titular a cargo de una de las cátedras de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho, UBA. Es profesor invitado de facultades de Derecho del país y Uruguay para cursos de posgrado. Autor de libros y múltiples publicaciones de derecho comercial.

El presente está inspirado en la comunicación expuesta por el autor en una sesión del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires el 16-5-2018 y sigue los lineamientos de su exposición en la Jornada de Homenaje al Prof. Horacio Roitman que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Bs As. el 11 de junio de 2025.

THE EFFECT OF THE REFORM OF ARTS. 34 AND 35 OF NATIONAL LAW 19550

Abstract

The Argentine law #19,550 called “Ley General de Sociedades” (General Companies Law, “GCL”) dealt with the apparent partner and the hidden partner of the partner (apparent) in Articles 34 and 35. Those norms dealt with different events though in both there is a partner unknown by third parties. Both legal provisions recognize as a precedent the theory of the appearance currently regulated by the Civil and Commercial Code of the Nation (“CCC”). The apparent partner is commonly known as “strawman”. art. 19 of Law 27,444 modified both arts. 34 and 35 prohibiting the corporate actions of the strawman as well as of the hidden partner charging on the strawman and the hidden partner joint and several unlimited liability. This notwithstanding, the reform does not impede that a partner enters into a “Contract in Participation” with a third party sharing with the other contracting party the rights and also the obligations that the partner undertakes vis-a-vis his/her/its other partners thus granting the possibility that a third party acquires a participation in the partners rights if both enter into a “Contract in Participation” currently regulated by the CCC.

Key words

Hidden partner, apparent partner, simulation, liability, Contract.

1. EL ENCUADRE GENÉRICO DEL TEMA. EL SOCIO APARENTE Y EL SOCIO DEL SOCIO EN EL RÉGIMEN ANTES DE LA REFORMA

La Ley General de Sociedades 19.550 (“LGS”) —siguiendo lo que ya venía siendo regulado por el Código de Comercio— trataba el supuesto del socio aparente y el del socio del socio (oculto) en los arts. 34 y 35 LGS.

Dichas normas tratan de supuestos diferentes, aunque participan de la nota común resultante del hecho de que, en ambos, existe un socio no ostensible, o en principio ignorado por los terceros.

Ambas normas tienen como precedente la teoría de la apariencia, hoy recogida por el Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyC”). El socio aparente es aquel que, no reuniendo los requisitos para ser legalmente calificado como socio, detenta exteriormente tal calidad ⁽¹⁾. Es el caso del comúnmente denominado “testaferro” o “prestanombre” que también estaba contemplado por el art. 1668 del Cod. Civil derogado. El art. 34 también exhibe, desde la

⁽¹⁾ Zaldívar, E., Manovil, R.M., Ragazzi, G. E., Rovira, A.L. y San Millan, C. “Cuadernos de Derecho Societario”, Aspectos jurídicos generales, Vol. I, Abeledo- Perrot, Bs. As, 1ª. reimpresión, 1978, pág. 193.

perspectiva del derecho societario, una manifestación del instituto de la simulación regulados por los arts. 333 y 334 del CCyC.

En síntesis, el socio oculto previsto en el art. 34 LGS constituye un engaño a los terceros porque participa en la sociedad en forma clandestina y por ello la Ley de Concursos extiende los efectos de la quiebra de la sociedad a quien se identifique como socio oculto encubierto por algún otro socio “aparente” en función de la responsabilidad ilimitada que resulta del art. 160 de dicha ley ⁽²⁾.

Al socio oculto la legislación (art. 298 Cod. Com. y art. 34, 2° párr. de la LGS) siempre lo consideró como responsable en forma solidaria e ilimitada con la sociedad. Se le asignó la responsabilidad personal e ilimitada pues, como regla general, el socio oculto es asimilable a un socio colectivo en los términos del art. 125 LGS. Esta solución fue criticada por Cabanellas, quien sostuvo que no había razón para extender una responsabilidad que no sea la del tipo elegido ⁽³⁾.

Por otra parte, cabe mencionar que la doctrina ha sido firme en sostener que este supuesto no es asimilable al del socio oculto de la originalmente regulada sociedad accidental o en participación en la ley 19.550 en su texto originario del año 1972, figura eliminada por la reforma introducida por la ley 26.994.

En el supuesto del socio oculto del art. 34 los terceros —por la apariencia jurídica— tienen acción contra el socio aparente y también contra el socio oculto detrás del “testaferro” en tanto verdadero socio (si pudiesen probar quien asumió tal calidad), pues este último mantiene la relación societaria con los restantes socios.

⁽²⁾ Rubin, Miguel E. “¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (tercera parte). Tal el caso del socio oculto (art. 34, 2° párrafo LGS)” (ver las citas de Rubin de Giraldi, Pedro M., “Socio oculto y la quiebra”, E.D. 181-318 y Pliner, Adolfo, “Socios ocultos”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año 1962, pág. 233. En un fallo se consideró que era socio oculto el ex socio gerente de una SRL que se desvinculó de la sociedad incorporando administradores sin residencia en el país pero que seguía actuando por la sociedad, sosteniéndose que tal actuación hace presumir su participación en los beneficios y en las pérdidas y, por lo tanto, también se lo hizo víctima de la quiebra por extensión (CNCom., Sala “A”, 26/12/1997, “Alvear 1850 SRL s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra”, <https://ar.vlex.com/tags/socio-oculto-180497>). Rubin también cita un precedente jurisprudencial donde se llegó a declararle la quiebra por extensión, y en otro se hizo lo mismo, sin importar si ello era por aplicación del art. 160 o del art. 161 inc. 1° LCQ.CNCom., Sala “A”, 29/12/2009, “Nefros S.A. s/ quiebra c. Tanus, Roberto”, exp. 46934/08, <http://www.blogdesindicatura.com.ar/2010/09/09/extension-de-quiebrasocio-oculto/>).

⁽³⁾ Art. 34, 2° párrafo: “Socio oculto- La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el art. 125”. Esto llevó a Malagarriga, Carlos “Código de Comercio Comentado”, 1917, T. 2, p. 64 a sostener que la responsabilidad del socio aparente era siempre solidaria e ilimitada cualquiera fuese el tipo social en el que actuase; esta opinión no fue compartida por la mayoría de la doctrina como se indica en el texto principal del presente. Cabanellas de las Cuevas, G. criticó esta solución por considerarla injusta en tanto si el tipo social en cuestión limita la responsabilidad este debería ser tratado bajo el referido régimen (cit. por Grispo, J. D., ob. cit. pág. 393).

Roitman cita un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B ⁽⁴⁾, que a su vez siguiendo a Karl Larenz, sostuvo que estos son casos de responsabilidad por apariencia jurídica, o sea de una responsabilidad derivada de las propias declaraciones de voluntad imputables al sujeto de que se trate ⁽⁵⁾. Es una responsabilidad derivada de la confianza. Agrega Roitman que en el art. 34 del viejo texto de la LGS se deben dar dos presupuestos: uno *objetivo*, consistente en el hecho de que la calidad de socio sea aparente frente a terceros, esto es que el prestanombre es socio de la sociedad sin serlo realmente, al que se le agrega otro presupuesto *subjetivo*, que es la conciencia por parte del prestanombre de que se está empleando su nombre como si fuera socio. Este recaudo subjetivo no requiere consentimiento expreso, sino que basta la mera tolerancia pasiva al uso del nombre.

2. LA SIMULACIÓN

El caso del testafarro originalmente contemplado en el art. 34 LGS es un típico supuesto de simulación lícita que la LGS reguló de modo idéntico al art. 299 Cod. Com., de modo que los terceros tienen acción contra el socio aparente sin perjuicio de que este tuviese acción contra el verdadero socio por cuanto *el socio aparente no es reconocido como tal por los restantes verdaderos socios* ⁽⁶⁾.

Por otro lado, el testafarro únicamente tiene derecho a reclamarles a los socios reales que encubra con su apariencia de socio la repetición de lo que pagase al tercero que le formulase el reclamo sin que ello le permita reputarse como socio, aunque tenga participación en las ganancias de la sociedad; por ello no puede pretender invocar o ejercer ninguno de los derechos que corresponden a la calidad de socio ⁽⁷⁾.

El texto original de los arts. 34 y 35 de la LGS en su texto del año 1972 fue objeto de modificación por el dec. 27/2018 (DNU) que en principio parece asimilar los supuestos del art. 34 y el del art. 35 pero, en rigor, lo que hace es

⁽⁴⁾ Chaya, Elías v. Valmed S.A., del 27/5/2005, SJA 7/9/2005 en Roitman, H. “Ley de Sociedades Comerciales Comentada”, 2ª. ed. actualizada y ampliada, T. I, La Ley 2011, pág. 739.

⁽⁵⁾ Favier Dubois, Eduardo M. (p)-Favier Dubois, Eduardo (h) “El socio aparente y el socio oculto (la actuación de ‘testaferros’ en el derecho societario)”, ed. Errepar, Doctr. Societaria y concursal, enero 2009, N.º 254, T. XXI, p. 5.

⁽⁶⁾ En el mismo sentido, Talamona, Christian M. “Adquisición y pérdida de la calidad de socio”, en Tratado de los Conflictos Societarios (Diego A.J. Duprat, director), T. II, AbeledoPerrot, Bs. As., 2013, pág. 1064 quien cita en su apoyo a Farina, Juan “Tratado de sociedades comerciales”, Parte General, Zeus, Rosario, 1978, p. 387. También Grispo, Jorge D. “Tratado sobre la Ley de sociedades comerciales”, T. I, Adhoc., Bs. As., 2005, pág. 388.

⁽⁷⁾ Cfme. Roitman, H. “Ley de Sociedades Comerciales Comentada”, 2ª. ed. actualizada y ampliada, T. I, La Ley 2011, pág. 741.

derogar el anterior texto del art. 35 lo que parece coherente con la supresión de la sociedad accidental por la ley 26.994.

El artículo 3° del referido dec. 27/2018 y posteriormente el art. 19 de la ley 27.444 sustituyeron la anterior redacción de los arts. 34 y 35 disponiendo lo siguiente:

“Socio Aparente. ARTÍCULO 34.- Prohibición. Queda prohibida *la actuación societaria* del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto”.

Y a lo expuesto se suma el artículo 4° del mismo decreto (ratificado por el art. 20 de la ley 27.444) que dispone:

“- Sustitúyese el artículo 35 de la Ley General de Sociedades N.º 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, por el siguiente:

“*Socio del socio* ARTÍCULO 35.- Responsabilidades. La infracción de lo establecido en el artículo anterior, hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley”.

Cabe así enfatizar que la reforma produce un doble efecto; por un lado, al prohibirse la figura del socio aparente o presta nombre en el campo del derecho societario, si bien no se sanciona al acto con la nulidad porque las prohibiciones tienen las sanciones específicas que la ley prohibitiva disponga produce un efecto similar al de la nulidad porque la prohibición importa convertir a un instituto que antes era considerada una simulación lícita en ilícita.

3. EL ENCUADRE JURÍDICO DESPUÉS DEL DNU 27 (2018)

La reforma planteó la problemática de indagar en qué situación quedaron aquellos que guardaban una relación de socio aparente y socio oculto antes de la reforma y la solución se encuentra en el instituto de la simulación y en la regulación de los contratos asociativos.

Como dijimos, y lo manifestó la doctrina de modo firme, no debe confundirse al socio oculto del art. 34 LGS con el socio no gestor de las sociedades accidentales o en participación reguladas por el art. 361 de la ley 19.550 antes de la reforma y ahora, con el partícipe del negocio regulado por el art. 1450 del CCyC. Esta disposición establece que “[p]artícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra estos ni estos contra aquel, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común”⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Roitman, H. ob. cit., pág. 744. Este autor aclara que en el caso del art. 34 de la ley de sociedades existe una sociedad actuando en forma expuesta frente a terceros, encontrándose oculto un socio; en el caso del art. 361 de la ley societaria derogada lo está oculta es la sociedad toda y ahora, la existencia de un negocio llevado a cabo en común (art. 1448 CCyC).

En tanto el supuesto del socio aparente y socio oculto encuadra en una simulación, cabe recordar que acto simulado entraña ocultar el verdadero acto y sus efectos, y a tal fin la doctrina lo clasificó en simulación absoluta y simulación relativa según que carezca de todo contenido u oculte otro diferente.

En la simulación absoluta las partes no tienen ninguna intención de celebrar un acto jurídico sino solamente generar una apariencia, en cambio en la simulación relativa detrás del acto se esconde otra realidad, distinta de la ostensible. Este era el supuesto del art. 34 antes de la reforma reciente. Si bien en uno u otro caso siempre hay engaño para el tercero respecto de lo que es verdadero, ello no importaba necesariamente una ilicitud.

La simulación sale a la luz por virtud de la negativa, de aquel que se presta a participar del acto simulado, a reconocer la realidad.

De esta forma, si los restantes socios del socio aparente conocieran con posterioridad a la celebración del acto social que el socio aparente no era en realidad socio, por lo general porque el socio oculto les hace saber tal circunstancia una vez constituida la sociedad, si bien este último no tendría acción contra el socio aparente tratándose de una simulación ilícita, sí la tendrían los restantes socios pues, para ellos, la simulación era lícita hasta que tuvieron conocimiento de la violación de la prohibición. Pero, si los restantes socios mantuvieran pasividad luego de conocer la existencia de la simulación ilícita, ni el socio oculto ni los restantes socios tendrían acción alguna para reclamar que el socio aparente reconozca la simulación. Esta es la situación del socio encuadrado en el art. 34 después de la reforma introducida por el dec. (DNU) 27/2018, refrendado por la ley 27.444.

Bajo el régimen de la originaria ley 19.550 el supuesto del art. 34 entrañaba una simulación lícita, pero a partir de la modificación habida por obra del DNU 27/2018 antes referido, ahora este supuesto cae en la calificación de simulación ilícita, tampoco es posible aplicar el instituto de “la conversión del acto”.

Conviene recordar que el Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales del año 2003 ⁽⁹⁾ ya había propuesto una reforma al art. 34 de la ley 19.550 eliminando la figura del socio oculto —y extendiendo la sanción por apariencia a quienes difundan o consientan la exposición del nombre de quien ocultase el testamento— a los fines de generar la confianza de solvencia aparente de la sociedad ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Dicho Anteproyecto fue elaborado por los integrantes de la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios, que el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi, creara por Resolución M.J y DH N.º 112/02. La comisión estaba integrada por los Dres. Jaime Anaya, Darío Bergel y Raúl A. Etcheverry.

⁽¹⁰⁾ Ver la explicación de los fundamentos en Anaya, Jaime “Lineamientos del anteproyecto de reformas a la ley 19.550”, LL. T. 2004-A, p. 1183.

Esa es la línea que inspiró el Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades propuesto por los Senadores Pinedo e Iturrez de Capellini en cuya comisión redactora tuve el honor de participar ⁽¹¹⁾.

En dicho anteproyecto encaramos la cuestión como sigue ⁽¹²⁾. El texto de dicho Proyecto dice:

“ARTÍCULO 34.- Prohibición. Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto. La infracción de lo establecido en el párrafo anterior, hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria y solidaria de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley.

“ARTÍCULO 35.- Responsabilidad por la apariencia. Responde ante terceros quien, siendo socio o no, difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar la confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la captación de depósitos o a la obtención de recursos o de créditos que de otro modo no se hubiera obtenido” ⁽¹³⁾.

Si bien la doctrina había debatido si la responsabilidad del socio aparente debía ser propia de la del tipo social elegido, lo que a mi juicio sería la solución adecuada siguiendo las pautas de la simulación, hubo otra parte de la doctrina —como Malagarriga— que siempre penaba al socio aparente con responsabilidad amplia como una sanción por ser parte del engaño a los terceros ⁽¹⁴⁾. Debe precisarse que el alcance de la responsabilidad del socio aparente es una simple consecuencia de la apariencia y por tanto era lógico que la extensión de la responsabilidad dependa del tipo social de que se trate y, por tanto, asumirá la responsabilidad que corresponda por razón del tipo de sociedad en la que actúe como “testaferro” ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Comisión designada por dec. DPP -58/18 del Honorable Senado de la Nación integrada por los juristas Gabriela S. Calcaterra, Arturo J. Liendo Arce, Rafael M. Manovil, Guillermo E. Ragazzi, Julio C. Rivera y Alfredo L. Rovira y la Dra. Liuba Lencova Besheva como secretaria.

⁽¹²⁾ Tramite presentado en la Comisión de Legislación General al Folio 215, N.º 1726/19.

⁽¹³⁾ Los juristas Gabriela S. Calcaterra, Rafael M. Manovil, Guillermo E. Ragazzi, Julio C. Rivera y Alfredo L. Rovira, a pedido del diputado Pablo Tonelli, revisaron el anteproyecto confeccionado en cumplimiento de la misión asignada por el dec. DPP 58/18 y el referido diputado lo volvió a presentar con algunas pocas enmiendas en diciembre de 2023 en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (Expediente 4759-D-2023).

⁽¹⁴⁾ Zaldívar, E., Manovil, R.M., Ragazzi, G. E., Rovira, A.L. y San Millan, C. “Cuadernos de Derecho Societario”, Aspectos jurídicos generales, Vol. I, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1ª. reimpresión, 1978, pág. 194.

⁽¹⁵⁾ Roitman, H. “Ley de Sociedades Comerciales Comentada”, 2ª. ed. actualizada y ampliada, T. I, La Ley 2011, pág. 740, con cita en apoyo de la opinión ya vertida por Halperín, Isaac en “Curso de derecho comercial”, Vol. I, Parte General, sociedades en General, ed. Depalma,

El art. 334 distingue los supuestos de simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita es aquella que agravia a una norma imperativa o perjudica a un tercero, provocando la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, este es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

El art. 35 LGS regulaba el supuesto del socio del socio, que parte de una premisa distinta a la del art. 34. Acá se trata de un socio real que decide, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, asociar a uno o más terceros a su derecho de participación social en la sociedad de la que participe. En este caso no hay “apariencia”, como sí la hay en el supuesto regulado por el art. 34 que ya vimos, sino realidad; *en todo caso hay una “sociedad oculta” detrás de su vínculo con los restantes socios. El art. 35 de la Ley General de Sociedades establecía que la relación entre el socio gestor u ostensible y quien quedaba oculto se regulaba por las reglas de la sociedad accidental.*

El art. 35 es coherente con el derogado art. 1730 del Código Civil que establecía que “[n]inguno de los socios puede incorporar a un tercero en la sociedad sin el consentimiento de sus consocios; pero puede asociarle a sí mismo, en la parte que el socio tenga en la sociedad”.

Esta modalidad ha quedado eliminada en el ámbito societario *por vía del dec. 27 (DNU)/2018, posteriormente refrendado por la ley 27.444.*⁽¹⁶⁾ Por ello, la nueva redacción del art. 35 LGS —salvo en el título— nada dice sobre la posibilidad de la existencia de “un socio de otro socio”, con lo que bajo el actual régimen “el socio del socio” es concebido del mismo modo que al supuesto del “socio oculto”.

Pero ello no impide que un socio le reconozca una participación a un tercero. Hoy ese supuesto es concebido un negocio en participación regulado por el art. 1448 CCyC dentro del marco general de los contratos asociativos regulados por el Capítulo 16 (Contratos Asociativos).⁽¹⁷⁾ De tal modo, entre el gestor y el partícipe se crea una relación de gestión por cuenta ajena que obliga

Bs. As., 1975, p. 292. En el mismo sentido, Talamona, Christian M. “Adquisición y pérdida de la calidad de socio”, en *Tratado de los Conflictos Societarios* (Diego A.J. Duprat, director), T. II, AbeledoPerrot, Bs. As., 2013, pág. 1060.

⁽¹⁶⁾ En los Considerandos de tal Decreto de Necesidad y Urgencia se señala: “en la Tercera Ronda de Evaluaciones Mutuas del GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), Punto 5 (Personas Jurídicas y Estructuras Jurídicas y Organizaciones sin Fines de Lucro), párrafos 728 al 731 y 746 (Recomendación 33), se ha indicado la necesidad de derogar o modificar los artículos 34 y 35 de la Ley General de Sociedades N.º 19.550 (t.o. 1984) y sus modificaciones que permiten terceros designados”. Que la normativa cuestionada no puede seguir vigente en la medida en que incentiva conductas o situaciones contrarias al curso de acción que se ha propuesto el ESTADO NACIONAL como políticas de Estado en materia de transparencia y en el combate al lavado de activos.

⁽¹⁷⁾ Está ubicado en el Título IV Contratos en Particular.

a rendir cuentas conforme las pautas sentadas en los arts. 858 y ss. del CCyC que regula la obligación de rendir cuentas ⁽¹⁸⁾.

Es decir que si bien la figura del socio del socio desaparece como modalidad societaria se reconoce su vigencia como un contrato al que se lo caracteriza como negocio en participación. Es decir que queda —al igual que en el derecho italiano— claramente caracterizado como un negocio jurídico en participación que debe tener un límite temporal.

Durante el régimen de la LGS antes de esta reforma, el art. 35 generaba polémica por cuanto si bien remitía a las sociedades accidentales se criticaba que la participación que el socio confería al tercero podría no ser transitoria, o no oculta o, simplemente no pretenderse que la participación sea en los resultados a pleno (utilidades y pérdidas) sino solo en las utilidades, etc. Roitman, fue crítico al respecto y propuso no referirse a las reglas de la sociedad accidental sino dejar la cuestión librada a la autonomía de la voluntad.

El Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 2003 no resolvió este cuestionamiento, aunque en parte lo enfrentó pues aclaró que cuando la participación no se refiriese a un negocio determinado ni se haya fijado plazo (aludiendo a la transitoriedad, aunque de un modo no del todo claro) precisó que la relación entre el socio y su socio se entendía estipulada por todo el tiempo que dure el socio en su calidad de tal. Hoy, a la luz del CCyC (art. 1442 y ss.), esa relación claramente se encuadra en un contrato asociativo que no da lugar a un sujeto de derecho y por lo tanto no solo goza de plena libertad de contenido ⁽¹⁹⁾, sino que sigue vigente y por tanto utilizable.

Así, la consecuencia de tal proceder es que entre *el socio que concede una participación a un tercero hay una cesión de los derechos —pero no de acciones, ni de la posición contractual—* que le corresponden como socio, pues este es propietario de su participación en la sociedad que integra y está libre de hacer con dicha participación lo que le plazca en la medida que con su proceder no cause un daño al partícipe. Tal convenio es válido entre las partes y el tercero es ajeno a la sociedad con la que no genera vínculo alguno no pudiendo invocar respecto de ella la condición de socio del socio ni intentar por esa vía acciones que correspondan al estado de socio ⁽²⁰⁾. Tampoco podrá ser concebido como un socio oculto.

⁽¹⁸⁾ Talamona, Christian M. “Adquisición y pérdida de la calidad de socio”, en Tratado de los Conflictos Societarios (Diego A.J. Duprat, director), T. II, AbeledoPerrot, Bs. As., 2013, pág. 1049.

⁽¹⁹⁾ Ver las referencias de Roitman, H., ob. cit. pág. 750 quien propuso no referirse a las reglas de la sociedad accidental sino dejar la cuestión librada a la autonomía de la voluntad. Hoy, a la luz del CCyC esa relación claramente se encuadra en un contrato asociativo que no da lugar a un sujeto de derecho y por lo tanto goza de plena libertad de contenido.

⁽²⁰⁾ Roitman, H., ob. cit., pág. 747.

De tal forma, en mi opinión, las relaciones de socio del socio creadas antes de la reforma de la ley por el DNU 27/2018 quedaron automáticamente convertidas en una relación contractual asociativa regulada por los arts. 1448 y ss.

Como derivación de ello ahora el negocio en participación queda totalmente excluido del microsistema societario y, por otra parte, no solo el partícipe queda obligado sino también puede accionar contra los terceros que conozcan su actuación en común. La regla es coherente con el beneficio de la transparencia.

Al respecto vale recordar el origen del negocio en participación que surge cuando un capitalista denominado *commendator* o *socius stans* le encargaba mercancías o dinero a un tercero denominado el *tractator* para que este vendiese la mercadería o la comprase con el dinero recibido permitiendo al capitalista compartir con su aportación patrimonial el negocio que dirigía otro (el *tractator*) ⁽²¹⁾. En ese entonces no se reconocía a ese negocio la naturaleza propia de una *societas*.

Es que, como dice Chulia, a partir de la *commenda* se desarrollan dos figuras distintas, por un lado, la *accomandita* dotada de patrimonio social y razón social y, por el otro, la *participatio* en la que el capitalista aparece oculto, no hay razón social y por ello se la dio en llamar *compagnia secreta* o, en la ordenanza francesa *société anonyme* ⁽²²⁾.

De ahí que se explique que en nuestro derecho —con mucho debate— la ley 19.550 de 1972 no obstante que parte importante de la doctrina negaba al negocio en participación el carácter de sociedad, englobándolo en los negocios parciarios, la comisión redactora resolvió regularlo como sociedad anómala al enfatizar que carecía de personalidad jurídica por no contratar como tal con terceros sino simplemente creando un vínculo social interno entre los integrantes y su naturaleza próxima a la sociedad, que en opinión de la Comisión, la distanciaba de los demás negocios parciarios.

Bajo la actual legislación, que sigue el modelo de varias legislaciones europeas y otras latinoamericanas cuando decide suprimir el reconocimiento del negocio en participación como un tipo societario, el encuadramiento en el negocio en participación se logra por cuanto con la regulación traída por el CCyC los supuestos a los que abordamos en el presente podrían quedar regulados por vía de cualquier contrato asociativo fundado en la libertad de contenido que la ley le autoriza en los arts. 1442 y siguientes y más específicamente en el art. 1448 CCyC.

⁽²¹⁾ Chulia, F. Vicent “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, edición del autor, Valencia, 1981, T. I, pág. 194 también refiere que el *commendator* confiaba o encomendaba fondos, un buque y su carga al *tractator*).

⁽²²⁾ Chulia, F. Vicent “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, T. I, pág. 194.

Se trata, como dijimos, de una forma asociativa calificada como “de primer grado”⁽²³⁾ que si bien persigue una finalidad común, como la sociedad, se distingue de esta porque el contrato no da lugar a un sujeto de derecho. En el derecho español se ha destacado su multiforme aplicación en función a la libertad de formas y contenidos para múltiples negocios, pero siempre destacando la nota de que permite ocultar al titular del capital aportado para el negocio en común⁽²⁴⁾.

En el derecho italiano se lo regula en el *Codice Civile* en el art. 2549 y ss. como un contrato de asociación en participación utilizado frecuentemente como un instrumento útil para conseguir financiamiento de modo de concederle al financista una participación en las utilidades del negocio en común.

El encuadre general de este contrato en nuestro derecho lo da el título del Capítulo 16 del Título IV del CCyC que regula a los contratos en particular y, entre ellos, a los Contratos Asociativos. Allí se regula al negocio en participación el cual no es más que una sección de dicho capítulo. En buen romance, el negocio en participación es un contrato asociativo que, por lo tanto, goza de todos los atributos que la Sección 1ª. del referido Capítulo 16 confiere a todos los contratos asociativos: a) libertad de forma; b) libertad de contenidos, pero con la limitación que en el negocio en participación su objeto debe ser preciso y acotado a una o más operaciones determinadas.

En efecto, como vimos, hasta la sanción del DNU 27/2018, el supuesto del art. 34 podría ser un supuesto de simulación lícita o ilícita, pero este último caso solo se daba cuando la apariencia pretendiese violar la ley y/o causar un perjuicio a tercero. A partir del nuevo texto del art. 34 introducido por el referido decreto, siempre este supuesto encuadrará como simulación ilícita por cuanto de crearse una participación societaria simulada esta será antijurídica, al ser contraria a la prohibición legal. Por ello, en virtud del art. 7º del CCyC, al regir el nuevo texto a las consecuencias de los actos anteriores, a partir de la reforma el socio oculto carece de acción para demandar a la parte que encubre su calidad de verdadero socio y podrá desconocer el acto jurídico simulado impidiendo de tal forma que el socio oculto haga valer su contrato con el socio aparente.

Es la directa consecuencia que resulta de aplicar el art. 335 CCyC, en virtud del cual los que otorgan un acto simulado ilícito (los socios que constituyeron la sociedad con un socio aparente, sabiendo que el verdadero socio era otro) no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación. Así, dado que, en la simulación ilícita, no hay acción posible el negocio ficticio es eficaz no pudiendo ser demandada su nulidad, si de ese modo se desconoce el negocio subyacente efectivamente querido por las partes; en tal caso, conforme sostiene Compagnucci de Caso, el negocio realizado produce efectos

⁽²³⁾ Uria, Rodrigo “Derecho Mercantil”, 11ª. edic. Madrid, 1976, pág. 427.

⁽²⁴⁾ Chulia, F. Vicent “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, T. 2, pág. 343.

“como si no se hubiera ocultado debajo de otro”⁽²⁵⁾. Como señalamos más arriba, la solución es conteste a lo que establecía el art. 959 del derogado Código Civil que establecía que los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación salvo para dejar sin efecto el acto simulado y las partes no pueden obtener beneficio alguno de la anulación.

Pero el DNU 27/2018 solo prohíbe la existencia de un socio aparente que encubra a un socio oculto o no ostensible. Hoy, reitero, por virtud del CCyC si bien esa modalidad ha desaparecido ello no inhibe la posibilidad de establecer un negocio en común, incluso aquel que signifique darle a un tercero una participación en la participación societaria de otra persona con terceros. No solo no está prohibida, sino que está expresamente encuadrada en una figura propia de los contratos asociativos que no constituye sociedad y por lo tanto escapa a la prohibición legal que solo está establecida en el marco del microsistema societario.

Pero esta solución será aplicable para el futuro porque no es dable convertir “al socio aparente” en negociación en participación porque la conversión no es posible cuando el acto a convertir es prohibido por la ley. Habrá que extinguir la relación de socio oculto y socio aparente, rendir cuentas finales y ceder la participación al oculto o a un testaferro que ponga dicha participación social como objeto de un negocio en participación ya que no habrá más simulación.

Por ello, si bien hemos dicho que cuando la simulación es ilícita no es posible la conversión del acto, esa conclusión merece una excepción en el supuesto en el cual el socio aparente, a pesar de no ser el socio real, por cuanto el oculto es quien hizo la real aportación, sin embargo, tiene reconocida por el socio real oculto una participación en las ganancias; con esa modalidad el socio aparente cubre el doble rol de socio aparente y socio real. En este supuesto, por vía del instituto de la conversión, el socio oculto y el aparente podrían convertir el acto en un negocio en participación en donde el socio aparente continua como socio ostensible (o gestor) y el socio oculto deviene partícipe conforme las reglas originalmente estipuladas (contribuyó al capital y redujo su participación a las utilidades en el porcentaje reconocido al socio ostensible o gestor). En este caso la situación es posible pues el socio gestor contribuye “con su actuación” ejerciendo los derechos y acciones del estado de socio frente a la sociedad y los restantes socios, en este caso, para beneficio del “negocio en participación”.

Al suprimirse del contenido del art. 35 la figura tipificada del socio del socio, como corolario de lo antedicho, la única modalidad de acto jurídico posible es celebrar un contrato o negocio en participación contemplado en el art. 1448 del CCyC.

⁽²⁵⁾ “Código Civil de la República Argentina Explicado”. T. III, pág. 317).

La admisión del negocio indirecto en la actual legislación está condicionada a que no se pretenda con ello eludir una prohibición de la ley o que tenga por fin perjudicar a un tercero. Se conecta así la condicionante de la simulación que solo es aceptada en tanto sea lícita pero no así la ilícita. De ahí que concluyo que a partir de ahora como la ley 27.444 prohíbe la apariencia de socio, si bien las relaciones creadas pueden beneficiarse tanto de la doctrina de la conversión como de la del negocio indirecto considero que no sería ello posible si se plantea una relación de apariencia nueva a partir del 11 de enero de 2018, ante la prohibición expresa introducida por el dec. 27/2018 ⁽²⁶⁾.

Otra posibilidad es que la relación societaria se establezca entre una persona que actúe como socia con terceros realizando aportes (en realidad provistos por su partícipe) y comportándose ante los restantes socios y terceros como un socio, en tanto ese socio tenga alguna participación real en las utilidades y pérdidas que le corresponda soportar en función del tipo del que se trate. Tal es la derivación de aplicar a ese supuesto las reglas del negocio en participación que serán las que regirán las relaciones del socio aparente y oculto (o partícipe) establecidas con anterioridad a la sanción del dec. 27/2018 pero que se consuman con posterioridad a su entrada en vigencia por virtud del art. 7° del CCyC.

Por otro lado, si el socio aparente fuese un simulador y no tuviese derecho alguno ni hubiese asumido obligación alguna frente a sus restantes socios y terceros que no esté cubierta por el socio oculto pierde este último la limitación de responsabilidad propia del tipo y también recibe tal extensión de responsabilidad —si la tuviera limitada— el socio aparente o simulador. Sintetizo, al incluirse ambos supuestos (socio aparente y socio oculto en el mismo párrafo), para el futuro asumen responsabilidad solidaria e ilimitada y ya no se beneficia el socio aparente de la limitación de responsabilidad que surgiera del tipo bajo el cual apareciese como socio.

Reconociendo en forma explícita la voluntad del gobierno Argentino de ingresar como miembro pleno a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el considerando considera necesario adecuar la normativa interna observada por dicho organismo y por tal razón resolvió modificar la legislación de fondo para terminar con figuras legales que se entienden contrarias a las políticas de Estado trazadas que afectan el interés de potenciar el intercambio comercial con los demás países que integran dicha organización. Ello explica la exigencia reglamentaria a cumplir, al constituir una sociedad, de tener que designar en forma juramentada quien es el beneficiario final de la participación societaria ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ El dec. 27/2018 fue un decreto de necesidad y urgencia de fecha 10 de enero de 2018 y fue publicado el día siguiente en el Boletín Oficial y luego refrendado por la ley 27.444. Esta es de fecha 30 de mayo de 2018 y fue publicada el día 18 de junio de 2018 en el Boletín Oficial.

⁽²⁷⁾ La ley 25.246, la resolución de la UIF 29/2011 y la RG //2015, art. 510, inc. 6 son normas que constituyen manifestaciones concretas en línea a prevenir el anonimato en el flujo de fondos y la modificación introducida por el dec. 27/2018 se enmarca en esa línea de acción.

Si bien podría decirse que la desburocratización a primera vista no tiene incidencia en la reforma de los arts. 34 y 35 de la LGS, en rigor, en tanto los trámites tienden a “despersonalizarse” para procesarse mediante medios electrónicos, se apunta a dar más transparencia al sistema en general y de ahí su conexión con la necesidad de que la apariencia jurídica se limite al máximo en esta nueva era del avance jurídico en un contexto tecnológico.

Por un lado, la desburocratización y la necesidad de tornar la legislación más sencilla y transparente se comunica con la voluntad del Poder Ejecutivo manifestada de cumplir con las normas que se le imponen como requisito para poder incorporar al país a los miembros plenos de la OCDE. En concreto, en este aspecto el dec. 27/2018 no hizo más que cumplir las normativas enderezadas a combatir el lavado de dinero y la evasión fiscal. Estos son los aspectos que inspiraron la modificación realizada al régimen del socio aparente y la supresión del régimen del socio del socio, que justificó que fuese refrendado por la ley 27.444 y hacen plausible la reforma introducida. En ese marco, la reforma satisface el objetivo de alinearse con los lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) al tiempo que no ofrece margen a ocultar bajo formas societarias a los sujetos del tráfico en prevención a las prácticas de lavado de dinero y evasión fiscal.

Sin embargo, reitero, esta prohibición no implicó suprimir la posibilidad de continuar recurriendo a la figura del negocio en participación, así como a cualquier otro contrato asociativo, claro está, previo regularizar la relación societaria aparente. Ello es así por cuanto se tiene presente, por un lado, que el dec. 27/2018 apunta a corregir defectos del ordenamiento existente en cuanto lo considera mal diseñado o mal implementado, y al mismo tiempo la misma norma declama que pretende responder a las necesidades ciudadanas respetando a la autonomía privada que, como se ha dicho, puede canalizarse por la vía de los contratos asociativos. Tal solución es compatible con los postulados de libertad de comercio que se desprenden de la Constitución Nacional como disposición de máxima jerarquía para sostener y preservar la libertad de comercio como principio de carácter permanente de la organización social y económica de la República y con ello pretender justificar disposiciones como las que acá son objeto de análisis y comentario.

Sentado lo anterior, también vale recordar que el régimen del socio aparente, del socio del socio y del negocio en participación viene desde los orígenes del derecho comercial. El tráfico se benefició al hacerse accesible a aquellos que por pruritos formales o de casta se considerarían “mal vistos” por intervenir activamente en el comercio. Así, el socio aparente no surgió como un mecanismo patológico “de trampear” y por ello no son aceptables generalizaciones tales como las que realiza Nissen ⁽²⁸⁾ al decir que los socios aparentes o testaferros

⁽²⁸⁾ Nissen, Ricardo A. “Ley de sociedades comerciales”, T. 1, 3ª. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., pág. 533.

constituyen solo un recurso para ocultar propiedades, con finalidad de evasión de obligaciones familiares, patrimoniales o fiscales y también, en otros casos, para ocultar una relación laboral. Es cierto que en casos así ha sido, y en rigor, la reforma introducida por el dec. 27/2018 a ello apunta, pero ello no obsta que hay que recordar que no es bueno legislar basándose en la generalización de casos patológicos existiendo mecanismos que permiten investigar la realidad económica subyacente y penar el desviado uso de los medios técnicos jurídicos que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos. De ahí que justifico que el negocio en participación pueda subsistir a pleno con la salvedad antes señalada.

BIBLIOGRAFÍA

- CHULIA, F. Vicent “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, edición del autor, Valencia, 1981, T. I.
- COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MÉNDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS (directores) “Código Civil de la República Argentina Explicado”, T. III, (RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, directores del tomo), Rubinzal-Culzoni editores.
- DIEZ PICAZO, Luis “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Ed. Civitas, 1993, T. I.
- FARINA, Juan “Tratado de sociedades comerciales”, Parte General, Zeus, Rosario, 1978, p. 387.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p)- FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) “El socio aparente y el socio oculto (la actuación de ‘testaferros’ en el derecho societario)”, ed. Errepar, Doctr. Societaria y concursal, enero 2009, N.º 254, T. XXI.
- GARO, Francisco J. “Sociedades Comerciales”, Ed. La Facultad SRL, Bs. As., 1949, T. I, pág. 11
- GIRALDI, Pedro M., “Socio oculto y la quiebra”, E.D. 181-318.
- GRISPO, Jorge D. “Tratado sobre la Ley de sociedades comerciales”, T. 1, Adhoc., Bs. As., 2005, pág. 388.
- HALPERÍN, Isaac en “Curso de derecho comercial”, Vol. I, Parte General, sociedades en General, ed. Depalma, Bs. As., 1975.
- IZZO, F e DE MAGISTRIS, I. (magistrati), I Codici Esplicati, obra colectiva coordinada por I. Pepe y dirigida y programada por F. del Giudice (ricercatore universitario), ed. Simone, Napoli, 1997.
- MALAGARRIGA, Carlos “Código de Comercio Comentado”, 1917, T. 2.
- NISSSEN, Ricardo A. “Ley de sociedades comerciales”, T. 1, 3ª. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As.
- PLINER, Adolfo, “Socios ocultos”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año 1962.

- ROITMAN, H. “Ley de Sociedades Comerciales Comentada”, 2ª. ed. actualizada y ampliada, T. I, La Ley, 2011.
- RUBIN, Miguel E. “¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (tercera parte). Tal el caso del socio oculto (art. 34, 2º párrafo LGS)”.
- VANASCO, Carlos A. “Sociedades Comerciales”, T.2 (Parte Especial) ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., 2006.
- URIA, Rodrigo “Derecho Mercantil”, 11ª. edic. Madrid, 1976, pág. 427.
- TALAMONA, Christian M. “Adquisición y pérdida de la calidad de socio”, en Tratado de los Conflictos Societarios (Diego A.J. Duprat, director), T. II, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.
- ZALDÍVAR, E., MANOVIL, R.M., RAGAZZI, G. E., ROVIRA, A.L. y SAN MILLAN, C. “Cuadernos de Derecho Societario”, Aspectos jurídicos generales, Vol. I, Abeledo- Perrot, Bs. As. 1ª. reimpresión, 1978, pág. 193.

ARBITRAJE SOCIETARIO *

POR LORENA R. SCHNEIDER **

Resumen

El arbitraje ha iniciado un camino sin retorno, erigiéndose como un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político. En tal sentido, dos factores influyen aquí: el deficiente funcionamiento de la justicia estatal para resolver este tipo de conflictos y, la particular disposición de las acciones societarias que se van acumulando y van formando un complejo catálogo de causas diversas que se alejan del rumbo que pueda encontrar una solución apropiada, ello es, en tiempo y forma. Las causas que a ello pueden atribuirse son de índole variada: excesiva dilación de los procesos, extensos plazos, excesivos rigorismos muchas veces injustificados, falta de especialización, en algunos casos, por parte de la justicia estatal, falta de modernización y aggiornamento de la justicia y del derecho de sociedades, entre los más importantes.

Palabras clave

Justicia estatal - Dilación de procesos - Desarrollo económico - Acciones sociales

* El presente artículo contiene fragmentos de la obra SCHNEIDER, LORENA R, *Arbitraje en disputas societarias*, editorial Marcial Pons, 2024.

** Abogada (UNC). Doctora en Derecho (UBA). Máster en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. Fundadora y presidente de la Comisión de Arbitraje Societaria CAS/CEMARC (de la Cámara Argentina de Comercio). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas de Madrid. Directora de la Diplomatura Corporate Lawyers (UCEMA). Directora del Curso Internacional de Arbitraje Societario (U. Austral). *Certificate in International Commercial and Investment Arbitration* (Universidad Roma Tre, UNIDROIT y, ICC Arbitration). Especialista en Derecho Societario y Arbitraje. Profesora de grado y posgrado. Autora de libros individuales, colectivos y artículos de doctrina en el país y en el extranjero.

CORPORATE ARBITRATION

Abstract

Arbitration has embarked on a path of no return, establishing itself as a contributing instrument in the consolidation of economic and political development. In this regard, two factors influence this situation: the poor functioning of the state justice system in resolving these types of conflicts and the particular nature of corporate actions, which accumulate and form a complex catalog of diverse cases that are far from the path that can lead to an appropriate solution, that is, in a timely manner. The causes that can be attributed to this are varied: excessive delays in proceedings, long deadlines, excessive, often unjustified, rigor, a lack of specialization, in some cases, on the part of the state justice system, and a lack of modernization and updating of the justice system and corporate law, among the most important.

Keywords

State justice - Delay of processes - Economic development - Social actions

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Conocida desde la antigüedad, esta forma de dirimir las diferencias mediante su sometimiento a un tercero, *árbitro*, alcanzó difusión entre los comerciantes medievales y se encuentra en los más remotos orígenes de la jurisdicción comercial. El fundamento de esta jurisdicción reside en la renunciabilidad de derechos subjetivos privados, que es admisible dentro de ciertos límites, es decir, en tanto no afecte el interés o el orden público y no perjudique a terceros ⁽¹⁾.

El panorama comparado de los últimos años muestra la clara apertura de una senda hacia la consolidación de una auténtica cultura arbitral no exenta de dificultades ⁽²⁾. Superado el periodo de enfrentamientos entre modelos económicos donde, curiosamente, el arbitraje comercial internacional jugó un importante papel como instrumento de cooperación pacífica entre los pueblos, la actual etapa de globalización da una idea aproximada del desarrollo de la institución en todos los ordenamientos jurídicos. Las pruebas más significativas de dicha tendencia son: la aproximación entre las concepciones continentales y anglosajonas que en la materia arbitral habían sido hasta la fecha contra-

⁽¹⁾ ANAYA, JAIME - PODETTI, HUMBERTO, "Código de comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados", t. I, Bibliográfica Omeba, 1965, p. 214.

⁽²⁾ Pese a la crítica, es actualmente extraordinaria la difusión del arbitraje comercial en la legislación comparada, dice De Solá Cañizares. En casi todos los países se encuentra reglamentado y, además, se han organizado importantes centros de arbitraje u organismos que actúan como tribunales arbitrales (conf. ANAYA, J - PODETTI, H, cit., p. 217).

puestas, la incorporación de los países árabes al modelo, pese a las reticencias mostradas por el derecho islámico, o la nueva cultura arbitral que se está desarrollando en América Latina y, de alguna manera, en el Continente africano ⁽³⁾.

Esta situación evidencia que el arbitraje es una de las materias jurídicas en las cuales el derecho comparado ha desarrollado una labor más completa dentro de las distintas funciones que es llamado a desempeñar; más exactamente las reglas que se desprenden de la aplicación de la metodología comparada son susceptibles de responder a todas las cuestiones susceptibles de ser llevadas a conocimiento de los árbitros y de satisfacer a las exigencias de previsibilidad en las controversias mercantiles. No obstante, todos los esfuerzos anteriores, en general en América Latina, existía un gran obstáculo para fortalecer el uso y la práctica de la institución que estamos estudiando. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. La adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno, todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales. Las leyes de arbitraje ya existen y a su promulgación contribuyó un interés empresarial basado en un ambiente favorable para proponer en los acuerdos de arbitraje a su propio país como sede de futuros arbitrajes ⁽⁴⁾.

Así, el arbitraje es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción, salvo —claro está—, un laudo incoherente o absurdo. Allí debe estar el límite del control judicial ⁽⁵⁾ si se desea mantener el nivel de autonomía del arbitraje, como instrumento válido para la resolución de conflictos.

En lo que hace al derecho de sociedades esta relación se acentúa, en importancia y utilización, debido a las necesidades que las sociedades presentan en cuanto a requerir una justicia apropiada para la resolución de sus conflictos, y la forma como está concebido el arbitraje normativamente, de manera que resulta fundamental su revisión y análisis, sobre todo si consideramos el fortalecimiento que el arbitraje ha experimentado en estos últimos años, en cuanto

⁽³⁾ FERNANDEZ ROZAS, JOSE, C, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, Estudios de Arbitraje (Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar), ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 698.

⁽⁴⁾ FERNANDEZ ROZAS, J, cit., p. 699.

⁽⁵⁾ Para el órgano judicial, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por motivos apreciables de oficio, las partes no pueden disponer de la acción de anulación, sustrayendo al tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable.

institución jurídica, y el especial proceso de modernización que vive el derecho societario tanto desde una óptica de derecho comparado como interno.

Es importante resaltar que en la República Argentina el sistema arbitral es reciente — pese a la existencia de antecedentes importantes en los albores de la organización social — sea a través de las primeras normas de 1880 que se encuentran (Código de Comercio y Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires), o en los precedentes judiciales ⁽⁶⁾ que datan de 1920 o por los tratados ⁽⁷⁾ de los que forma parte.

El Código de Comercio argentino sometía a los árbitros amigables compo-
nedores todas las cuestiones que se suscitaren entre los socios durante la
existencia de la sociedad, su liquidación o partición, salvo que se haya estipu-
lado lo contrario en el contrato de la sociedad; y al juicio de peritos la determi-
nación de los perjuicios en los efectos depositados en las barrancas o empresas
de depósitos, del estado de los efectos al tiempo de la entrega en el transporte,
de los vicios o defectos de las cosas vendidas, así como su calidad, de la im-
portancia de la reticencia en el seguro, etc. ⁽⁸⁾.

Actualmente, se encuentra regulado en el Libro VI *Proceso Arbitral* del
Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN). En
el Título I se legisla sobre el “juicio arbitral” (o arbitraje de derecho o *juris*,
arts. 736 a 765), en el Título II se desarrolla el “juicio de amigables compo-
nedores” (o arbitraje de equidad, arts. 766 a 772) y en el Título III tiene su turno
la “pericia arbitral” (art. 773). Este esquema ha sido seguido en general por la
mayoría de los códigos locales en ejercicio de las facultades normativas pro-
vinciales (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).

Por demás, en agosto de 2015 se reguló el contrato de arbitraje en el
CCyCN (arts. 1649 y ss, ley 26.664) y, en 2018, se promulgó la Ley de Arbitra-
je Comercial Internacional (ley 27.449, en adelante LACI) ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾. Ello pone en
resalto la diferencia con otros países — incluso de nuestra región —, que cuen-
tan con leyes de arbitraje de más de 30 años. Algunas de dichas normas — en

⁽⁶⁾ Por ejemplo, CS, de 1920 en caso “Couto y Cía c/ Propietarios del velero Northland”;
id., 1922, “YPF c/ armadores”.

⁽⁷⁾ Convención de Nueva York de 1958, Convención de Viena de 1980, Ley Modelo de
Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, de 1985 con enmiendas del año 2006, entre
los más destacados. Ninguno de los dos documentos menciona arbitraje societario.

⁽⁸⁾ ANAYA, J - PODETTI, H, cit., p. 216, con cita de los arts. 128, 182, 476, 498, 1194,
1196, 1269, 1307, 1309 y 1336, del CCom.

⁽⁹⁾ Ha de tenerse en cuenta que la ley 27.449 derogó el art. 519 *bis*, del CPCCN y con-
templa la incorporación de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Derecho Mercantil Internacional,
con escasas modificaciones.

⁽¹⁰⁾ Adicionalmente, como la ley 27.449 solo aplica a arbitrajes que califiquen como
comerciales e internacionales, nuestro país ha ingresado en el “dualismo” en la regulación del
arbitraje: los arbitrajes domésticos y los internacionales quedan, así, sujetos a regímenes jurí-
dicos diferenciados (conf. CAIVANO, Roque J., “Arbitraje Comercial Internacional”, Relato
Sección Derecho Internacional Privado, XXX Congreso Anual de la Asociación Argentina de
Derecho Internacional (AADI, 2018).

particular la LACI—, replican casi en su totalidad las directrices de la Ley Modelo de Arbitraje (CNUDMI/UNCITRAL) que fue concebida preferentemente para el Arbitraje Comercial Internacional, aunque sus soluciones son válidas en la mayoría de los casos, inclusive para el arbitraje interno ⁽¹¹⁾.

Es evidente que en no pocas ocasiones la parsimonia y lentitud de la jurisdicción estatal (que de forma escrupulosa trata de hacer efectivas las garantías procesales a través de variadas posibilidades de recurso interlocutorios y de comunicaciones y traslados de actuaciones a las partes) impide o retrasa el funcionamiento normal de las empresas y sociedades que no pueden estar durante años a la espera de la resolución definitiva y posteriormente de la ejecución forzosa en su caso ⁽¹²⁾. Aquí es, pues, donde cobra importancia el arbitraje y, en particular, el arbitraje societario que se desarrollará en el presente trabajo.

2. EL CONFLICTO EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

Lo primero que surge cuando se estudia el alcance de las disputas de índole societaria es la necesidad de definir qué es el conflicto. Para la Real Academia Española ⁽¹³⁾, conflicto es el *enfrentamiento, controversia, litigio. Es el conflicto entre dos o más individuos o grupos de individuos con relevancia jurídica*. Si adoptamos la noción psicológica de conflicto, este puede ser definido, sencillamente, como una percibida divergencia de intereses entre dos o más partes, que se configura cuando estas tienen intereses (objetivos, aspiraciones, deseos) que son realmente incompatibles o aun cuando, sin serlo, se perciben como tales ⁽¹⁴⁾.

El conflicto puede ser suscitado tanto por metas en pugna (en tal caso, un actor trata de imponer su objetivo a otro) como por intereses convergentes (como cuando los actores se disputan la posesión de un bien escaso). En otras palabras, el conflicto surge de las valoraciones tanto diferentes como similares de los participantes en la relación social, ya sea respecto a los fines o a los me-

⁽¹¹⁾ FERNANDEZ ROZAS, J. C., “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 57, No. 2 (julio-diciembre, 2005), p. 605.

⁽¹²⁾ GARCIA PAREDES, A., “El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post—judicial)”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Nro. 41, 2021, p. 17.

⁽¹³⁾ Fuente: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/conflicto-jur%C3%ADdico>.

⁽¹⁴⁾ CAIVANO, ROQUE, J — CEBALLOS RIOS, NATALIA, M., “Tratado de arbitraje comercial internacional argentino”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 3. Así, por ejemplo, en lo que al mundo helénico respecta, la *Iliada* de Homero, los *Nueve Libros de la Historia* de Heródoto, la *Guerra de Peloponeso* de Tucídides, *Las Helénicas* de Jenofonte, etc., describen y comentan las conflagraciones de mayor envergadura de sus respectivos tiempos históricos. En las cuatro obras anteriormente mencionadas, las hostilidades llevadas a cabo en contra de enemigos externos reciben un tratamiento preferencial (ORO TAPIA, LUIS, “La noción del conflicto”, Fuente: <https://revistas.uchile.cl>, Chile, p. 163).

dios ⁽¹⁵⁾. Esta concepción se basa en un hecho incontrovertible: la heterogeneidad y la diversidad ⁽¹⁶⁾ son propias de la condición humana. Y cuando personas naturalmente distintas entran en contacto y establecen vínculos entre sí, sus diferencias harán que más tarde o más temprano, se produzcan situaciones de conflicto. La vida en comunidad, pues, hace que los conflictos sean inevitables ⁽¹⁷⁾.

La disputa societaria ¿nace por la lucha de poderes? o ¿se suscita por la distribución de la autoridad o de posición acordada en la sociedad —lógicamente a través del sistema mayoritario—, y que a alguno no favorezca? Sobre lo primero no han de caber dudas. Para Marx, la distribución de la autoridad social es dicotómica, existiendo el estado de privación absoluto de ella. Esta radical dicotomía de autoridad conlleva a la dualidad extrema de oponentes, favoreciendo el funcionamiento del conflicto social y provocándolo de manera estructural y persistente. Y sostiene: “... dondequiera que se juntan los hombres y fundan formas sociales, hay algunos que, en razón de su posición social, dentro de un campo concreto y respecto a los demás, poseen poderes de dominio y otros que, en sus posiciones sociales, se encuentran sometidos a estos mandatos...” ⁽¹⁸⁾.

Lo cierto es pues, que se presenta el elemento “poder”, como centro principal dentro del cual luego desarrolla la teoría del conflicto ⁽¹⁹⁾. Sin embargo, conflicto no es sinónimo de confrontación. Esta última es una de las formas a través de las cuales aquel puede manejarse, pero no la única. Cuando el conflicto se exterioriza, cuando la incompatibilidad de los intereses entre las partes se hace manifiesta —dice Caivano ⁽²⁰⁾—, estas pueden resolverlo por dos vías: buscando conjuntamente un resultado mutuamente satisfactorio (o, al menos aceptable) o intentando, cada una de ellas, hacer prevalecer su interés en detrimento del otro. En el primer caso, la “gestión” del conflicto se hará en forma cooperativa y no adversarial, a través de una negociación que procura un resultado con el que ambos estén conformes. En el segundo, en cambio, se producirá una gestión adversarial y confrontativa, en la cual la satisfacción de los propios intereses se logra a expensas de los del otro.

⁽¹⁵⁾ ORO TAPIA, L, cit., p. 165.

⁽¹⁶⁾ Por tal motivo, se sostiene que es altamente improbable que los conflictos se puedan reducir a una explicación única tanto por la variedad de entidades (cosas disputadas) como por la heterogeneidad de los motivos que los suscitan. Esta indeterminación causal en buena parte se debe a que los objetos y los motivos que llevan a los actores a entrar en conflicto son virtualmente infinitos. Esto se explica básicamente por dos razones. Primera, tanto por el devenir cultural como por la historicidad de la existencia humana. Segunda, por la diversidad de aficiones de los individuos tanto en el tiempo como en el espacio. Por otra parte, la heterogeneidad de entidades que suscitan conflictos induce a concluir que tanto la manera como los medios empleados para resolverlos son también múltiples (Conf. ORO TAPIA, L, cit., p. 166).

⁽¹⁷⁾ CAIVANO, R - CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 4.

⁽¹⁸⁾ DAHRENDORF, RALF, GUSTAV, “Elementos para una teoría del conflicto social”, fuente: <http://es.scribd.com/doc/158961097/Ralf-Dahrendorf-Teoria-del-conflicto-pdf>, p. 344.

⁽¹⁹⁾ GINER, JESÚS, “Conflicto social (Teorías del)”. Fuente: https://alec.com.mx/uploads/links/97/U2.B._55_conflicto_social_teorias.pdf.

⁽²⁰⁾ CAIVANO, R, J — CEBALLOS RIOS, N, M, cit., p. 4.

¿Qué conflictos o disputas encontramos en el ámbito societario y cómo se resuelven? En materia societaria encontramos un sinnúmero de situaciones que generan conflicto, muchas de las cuales no se identifican con aquello que realmente tienen en mira los socios. Ello es: ¿quién impugna un estado contable o solicita sendas medidas cautelares (intervención judicial de la sociedad, suspensión de la ejecución de algún acuerdo) realmente busca respuesta a la pretensión contenida en dichas acciones? No siempre. En la mayoría de los casos, quienes enarbolan dichas acciones buscan presionar para lograr un mayor valor en la venta de su participación (es decir, se busca forzar su salida con el mayor valor) o, de otro lado, intentar mejorar su posición dentro de la sociedad, a través de un cargo directivo o de algún otro modo mayores beneficios económicos.

En muchas ocasiones nos encontramos frente al *abuso del derecho* ejercido, en la superioridad de los casos, por la parte mayoritaria que, a efectos de perjudicar o aprovecharse de la parte más indefensa (la minoritaria), dispone aumentar el capital social, de modo abusivo, con el objeto de diluir su participación; o dispone el no reparto sistemático —ejercicio tras ejercicio—, de las utilidades, a fin de desalentar las expectativas de la aquella minoría al cobro de dividendos; o dispone aprobar acuerdos viciados de nulidad, de diversa naturaleza, entre tantos otros casos ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ SCHNEIDER, L. R., “Ejercicio abusivo de los derechos societarios”, ed. Astrea, 2017, p. 188. Entre los ejemplos que aquí pueden citarse se encuentra: a) *el abusivo aumento de capital social* en que la parte mayoritaria aumenta deliberada y abusivamente el capital social, con el fin de diluir el porcentaje de participación del socio minoritario, por verse impedido de suscribir esas nuevas acciones; b) *el abusivo y sistemático atesoramiento de las utilidades* (dividendos). Sobre ello se ha dicho “...esta manera de proceder repugna el fundamento mismo de la existencia de las sociedades comerciales y es causa final del contrato de sociedad, que no es otro que a la obtención de ganancias por parte de sus integrantes, el cual constituye, desde el punto de vista patrimonial, el derecho más importante de todos los que goza el socio en cualquier sociedad comercial...” (conf. CNCom., sala A, del 14/10/1998, en autos “Scarpati Alfredo Horacio c. Agesa, S.A. s/ordinario”, publicado en ED, 187-688, CNCom., Sala D, del 23/12/1979, “Mihura Luis c/ Mandataria Rural S.A. s/sumario”, publicado en www.microjuris.com.ar, cita: MJ-JU-M-64884-AR, Corte Suprema de Justicia de Michigan, 1919, “Dodge V. Ford Motors Co.”, 170 N.W. 668, entre otros); c) *el bloqueo y obstrucción deliberada de las resoluciones sociales por parte del minoritario o del socio en posición igualitaria*, etc. Aquí puede citarse, además, un importantísimo Laudo arbitral en materia societaria, del año 2011, emitido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia en análisis de la causa: “Yepes Ávila Y CÍA S en C y otros c. Inversora Lopera Macías S en C y otros”, donde se discutió si habían incurrido en abuso de mayorías al tomar decisiones contrarias al interés de la sociedad, en perjuicio de los socios minoritarios. Asimismo, y como administradores de las sociedades, se ventiló su responsabilidad por violación de los deberes y obligaciones, que la ley les impone (Laudo arbitral del 3/8/2011, Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, “Yepes Ávila Y CÍA S en C y otros c. Inversora Lopera Macías S en C y otros”. A mayor abundamiento se remite a la obra citada. Precisamente, los derechos que la LSC acuerda a esta categoría de socios, no son pocos. Entre ellos, el socio minoritario tiene los siguientes derechos: a) ejercer, aunque de modo limitado, el derecho de información, a efectos de considerar convenientemente los estados contables en asamblea respectiva (art. 55, de la LSC); b) solicitar la intervención judicial de la sociedad (arts. 113 y s.s., de la LSC), en cualesquiera de los grados (mediante un veedor, coadministrador o interventor judicial); c) exigir un quórum calificado para resoluciones trascendentales en la vida de la sociedad (art. 244, de la LSC);

En este sentido, cabe enfatizar, que no todas las situaciones abusivas o que provocan desequilibrio, tienen como único protagonista a la parte mayoritaria; por el contrario, podemos encontrar una gran variedad de escenarios, en los que quienes ejercen las prácticas abusivas, son los socios paritarios (abuso del derecho entre pares o iguales), a través de diversas conductas sistemáticas de bloqueo del correcto funcionamiento de la sociedad, con la consecuente paralización del órgano de gobierno o el de administración social.

A la par de ello, las situaciones de *abuso del derecho* se presentan también, en el ejercicio desleal de las funciones por parte de los administradores sociales en el *corporate governance*; o por parte de quienes explotan de manera abusiva de su *posición dominante*, en un mercado determinado; o por parte de aquellos que abusan de la *información privilegiada*, procurando un propio beneficio (*insider trading*), etc.

Sin embargo, uno de los casos de *abuso del derecho*, que trae aparejados, quizás, los más grandes perjuicios a la sociedad —por las consecuencias que provoca—, son las prácticas abusivas ejercidas por la parte minoritaria, que pretendiéndose desprotegida, se convierte, una vez desatado el conflicto de socios, en un verdadero *opresor*, malogrando a la sociedad, bajo la única pretensión de que le sea pagado un mayor precio por su participación, o bien, obtener una posición más ventajosa dentro de la sociedad.

En consecuencia, puede advertirse que, el socio minoritario cuenta con armas muy poderosas. ¿Cuál será la consecuencia resultante del ejercicio abusivo de los derechos, por parte de este socio? Pues justamente, que se vea vulnerado el interés social, con emanación —lógicamente—, de efectos negativos hacia la sociedad, de la misma manera que los casos señalados de abuso por parte de los mayoritarios o del abuso entre iguales, entre otros. La consecuencia es la misma, y quizás mayor: el ente social se perjudica, y en muchos casos, gravemente.

Por tanto, frente a las situaciones mencionadas, se hace imprescindible hacer ver que, para poder acudir a arbitraje, debe previamente haberse pactado la cláusula arbitral que se analizará en el punto siguiente junto, no solo a su importancia, sino a las vicisitudes e implicancias que podrá presentar.

3. LA CLÁUSULA ARBITRAL

Muchas expresiones se han utilizado para resaltar la importancia del acuerdo arbitral. A modo de ejemplo, se ha dicho que “constituye el principal cimiento del arbitraje”, que es “el palo mayor de la nave denominada arbitraje, en cuanto

d) ejercer el derecho de preferencia de suscripción de acciones (art. 194, de la LSC); e) retirarse o receder, en el caso de encontrarse disconforme con eventuales modificaciones sociales (art. 245, de la LSC); f) impugnar las resoluciones asamblearias, y hasta intentar la suspensión cautelar de su ejecución (arts. 251 y 252, de la LSC); g) convocar a asambleas (art. 236, de la LSC); h) ejercitar acciones sociales de responsabilidad *uti singuli* contra los administradores sociales (art. 279, de la LSC).

es el que condiciona toda su estructura”, que es “el auténtico protagonista de la evolución del arbitraje durante el presente siglo”; y que a raíz de ello el arbitraje “es una genuina manifestación de la autonomía de la voluntad”, o “un homenaje a la libertad individual” ⁽²²⁾. Para Czernich “*el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje. Los árbitros no tendrán autoridad de conocer una causa o emitir un laudo si es que no existe un convenio arbitral válido*” ⁽²³⁾.

Rivera utiliza a estos fines la expresión “contrato” en tanto es una expresión universal el entendimiento de que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud de la cual le encomiendan a un tercero la misión jurisdiccional de resolverla ⁽²⁴⁾. Reviste tal importancia y trascendencia, que ha sido considerado como la “carta magna” del arbitraje ⁽²⁵⁾.

El origen ⁽²⁶⁾ del convenio es la autonomía de la voluntad ⁽²⁷⁾, entendida como “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus

⁽²²⁾ CAIVANO, R., - CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 211. Asimismo, indica el autor: El acuerdo a través del que exteriorizan esa voluntad es, pues, capital en la vida del arbitraje. Y la manera en que la ley regula la validez formal y material de ese acuerdo tiene un decisivo impacto en la calidad de esa legislación, pues de ello depende la eficacia, cuando no la factibilidad misma del arbitraje. El meollo de la cuestión radica en que esas disposiciones permiten iniciar sin mayores trabas el juicio arbitral, y que contemplen la posibilidad de ejecutar la cláusula arbitral que somete un litigio futuro a arbitraje. Si el acuerdo en sí mismo juega un papel central en el arbitraje, no menos decisivo es el efecto que la ley le reconozca

⁽²³⁾ CZERNICH, Dietmar, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, en C. Klausegger, P. Klein, F. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, J. Power (Dirs), ed. G. Zeiler, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, p. 73.

⁽²⁴⁾ RIVERA, Julio César — RIVERA, julio César (h) — AMADO, J, *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, Buenos Aires, 3ra. ed. actualizada y ampliada, ed. Abeledo Perrot, 2022, p. 152. De allí se extrae: *El contrato de arbitraje es aquel en virtud del cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia actual o futura y se caracteriza, pues, por la producción indirecta o mediata de efectos procesales o de efectos jurisdiccionales. Este contrato tiene un objeto que responde a un interés lícito de las partes, susceptible de valoración patrimonial y que causa obligaciones que operan en el ámbito puramente patrimonial y efectos procesales al atribuir la jurisdicción a los árbitros.*

⁽²⁵⁾ CREMADES, Bernardo, *El proceso arbitral en los negocios internacionales*, Lima, ed. Themis Revista de Derecho, No 11, 1988, p. 10.

⁽²⁶⁾ La cláusula compromisoria era una estipulación contractual en virtud de la cual los contratantes se comprometían a someter a arbitraje los conflictos que en el futuro pudieran surgir entre ellos, sustrayéndolos de la jurisdicción ordinaria. Se trataba, de un convenio que era pactado con el carácter de preliminar para el caso de conflicto, pues si este se presentaba debía, entonces, celebrarse el compromiso arbitral. No le hemos encontrado antecedentes en el derecho romano y parece ser que surgió con el derecho moderno. El compromiso arbitral venía a ser el convenio definitivo que se celebraba en cumplimiento de la cláusula compromisoria. Era la convención en virtud de la cual las partes decidían encargar la solución del litigio a los árbitros escogidos por ellas. Sus antecedentes se remontan al derecho romano en el que por el *compromissum* los litigantes escogían al *arbiter* que iba a dirimir su conflicto y se comprometían a acatar su decisión (Conf. VIDAL RAMIREZ, FERNANDO, *El convenio arbitral*, fuente: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084773>, p. 570).

⁽²⁷⁾ ¿Cuáles son las limitaciones a la autonomía de la voluntad? La fuerza obligatoria del contrato podrá ceder si las partes han echado mano a normas imperativas o indisponibles, aten-

facultades”, pero el objeto es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir y ello únicamente puede realizarse a través de normas de carácter adjetivo. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el derecho de los contratos; las segundas determinan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros ⁽²⁸⁾.

De esta forma, surge el convenio arbitral como pieza clave dentro del desarrollo ulterior del proceso, pues los árbitros no pueden apartarse, bajo peligro de nulidad, de lo acordado entre las partes; sí así lo hicieren, su sentencia y sus actuaciones podrían ser tachadas de nulidad ⁽²⁹⁾. Ello es así porque el arbitraje encuentra su origen —y su principal justificación—, en la voluntad de las par-

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

No solo ello, los límites a la autonomía de la voluntad surgen una cantidad suficientes de importantes otras disposiciones como son (art. 9º: *los derechos deben ser ejercidos de buena fe*; art. 729: *deudor y acreedor deben actuar con cuidado y previsión (buena fe)*; art. 961: *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe*; art. 1061: *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*). El fundamento —además—, lo encontramos en el *Principio de conservación del contrato (favor contractus)*, dispuesto en el art. 1066) y hasta en el *Principio de protección de la confianza (favor debitoris)*: confianza y lealtad que se deben recíprocamente las partes —art. 1067—, si tenemos especialmente en cuenta que las primeras intérpretes del contrato son, precisamente, las partes.

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

⁽²⁸⁾ FERNANDEZ ROZAS, José, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, Chile, Estudios de Arbitraje (Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar), ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 701.

⁽²⁹⁾ CREMADES, B, cit., p. 10.

tes de someter sus controversias a decisión de particulares que no pertenecen a la estructura del poder judicial, excluyendo de ese modo la intervención de los tribunales estatales ⁽³⁰⁾.

De tal forma, el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. Dicho acuerdo —para ser válido—, deberá otorgarse constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3.1. *Clausula arbitral y cláusula compromisoria* ⁽³¹⁾

El contrato de arbitraje puede presentarse bajo varias modalidades que. La primera y más común en la actualidad, es la cláusula compromisoria ⁽³²⁾, contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una *controversia futura*. En este caso, las previsiones de las partes se referirán sustancialmente a la determinación de cuáles conflictos serán resueltos por arbitraje. Se trata del contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia ya existente o reglamentan el modo en que se ha de llevar adelante el arbitraje al que están obligados en función de un acuerdo arbitral preexistente ⁽³³⁾.

Es, por tanto, un acuerdo en el que se expresa la voluntad inequívoca de someter a arbitraje la solución de todas o algunas cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, en materias de *libre disposición* ⁽³⁴⁾.

De inicio, toda cláusula compromisoria implica un acuerdo o convenio arbitral. El art. II.1, de la Convención de Nueva York ⁽³⁵⁾ define al acuerdo ar-

⁽³⁰⁾ Ello se ve reforzado por la Convención de Nueva York de 1958 que establece la imperatividad en el cumplimiento de dicha voluntad de las partes (párrafo 3, del art. II que dispone: “el tribunal al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo, remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”).

⁽³¹⁾ No obstante, esas notas diferenciadoras, en el presente trabajo se las menciona de manera indistinta.

⁽³²⁾ El compromiso, dice Alsina, es el acto por el cual, en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de la ley, las partes someten a la decisión arbitral las cuestiones concretas que en él se determinan, se nombran árbitros y se fijan las cuestiones del laudo (conf. ANAYA, J - PODETTI, H, cit., p. 214, con cita Alsina, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, Compañía argentina de editores SRL, Buenos Aires, t. III, 1943, p. 806).

⁽³³⁾ RIVERA, J, C y otros, Arbitraje comercial, internacional y doméstico, cit., p. 168.

⁽³⁴⁾ Ello se funda en la “arbitrabilidad” de las cuestiones sometidas a arbitraje (A mayor abundamiento SCHNEIDER, L, “Arbitrabilidad societaria en el derecho argentino y el derecho comparado”, publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (edición N.º 14), en enero de 2024.

⁽³⁵⁾ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), Fuente: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

bitral como: “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Como se verá, esta definición de acuerdo arbitral resulta restringida en términos formales. Dicho acuerdo o convenio de arbitraje puede resultar expreso o tácito, escrito o no ⁽³⁶⁾.

Sin embargo, —en lo que aquí interesa— expresa Caivano que la *cláusula arbitral* es un acuerdo de voluntad mediante el cual las partes manifiestan su intención de someterse a arbitraje, pero lo hacen respecto de controversias que todavía no se han suscitado (y que, quizás, jamás se susciten) ⁽³⁷⁾.

Estas especiales características del convenio arbitral permiten a cierto sector doctrinal afirmar una doble naturaleza material y procesal en este instrumento cuyo objeto, de carácter procesal, no suele suscitar especiales controversias; no obstante al ser fruto de la voluntad de las partes, que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) y les son aplicables las reglas sobre contratos ⁽³⁸⁾.

La cláusula ⁽³⁹⁾ incluida en un contrato, por la cual las partes se comprometen a recurrir al arbitraje para las diferencias que surjan entre ellos, conforme el art. 1650, del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN), debe sujetarse a las siguientes formalidades: “el convenio arbitral debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento”.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Frente a ello, debe decirse que el convenio arbitral obligatoriamente

⁽³⁶⁾ SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Cláusulas compromisorias en contratos internacionales: una aproximación comparada*, España, Anuario Hispano- Luso- americano de derecho internacional, 2017-2018, p. 200.

⁽³⁷⁾ CAIVANO, R — CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 212.

⁽³⁸⁾ FERNANDEZ ROZAS, J, *El convenio arbitral...*, cit., p. 701.

⁽³⁹⁾ Por su lado, la *International Bar Association (IBA, Directrices de la IBA para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional, 2010)* a través de su Consejo aprobó directrices para la redacción de las cláusulas de arbitraje internacional. El propósito de estas Directrices es proporcionar una introducción sucinta y accesible a la redacción de cláusulas de arbitraje internacional. Cláusulas arbitrales mal redactadas pueden resultar inejecutables y frecuentemente causan costos y demoras innecesarias. Al tener en cuenta estas Directrices, los redactores de contratos deberían poder asegurar que sus cláusulas arbitrales serán efectivas y adaptadas a sus necesidades. Ello es importante ya que una cláusula mal redactada, deficiente o ambigua (patológica), puede convertirse en una verdadera trampa para las partes.

debe ser escrito ⁽⁴⁰⁾. En nuestro caso, ello es dispuesto en el art. 15, de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante LACI), que, asimismo, en el art. 14 resuelve: “El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente” ^{(41) (42) (43) (44)}.

⁽⁴⁰⁾ Pese a estas reglas de conflicto, la Corte de Apelaciones de Celle (Alemania) decidió la invalidez de un acuerdo arbitral por faltarle forma escrita, fundándose en el artículo II de la Convención de Nueva York: “no hay un acuerdo escrito de arbitraje en los términos de la Convención, porque las partes no lo firmaron ni mencionaron en las condiciones generales del contrato de venta, ni tampoco lo acordaron a través de un canje de cartas” (Oberlandesgericht, Court of Appeal, Celle, 18 September 2003, “Seller v. Buyer”, reported in Y.B. Comm. Arb. XXX (2005) p. 536-40 (Germany No. 76). Asimismo, el Tribunal Supremo español denegó la ejecución de un laudo dictado en París bajo los auspicios de la Cámara de Arbitraje de París (CCI), la parte contra la que se solicitó la ejecución no había firmado la confirmación de venta que contiene la cláusula compromisoria. El caso es interesante ya que el Tribunal de Apelación de París había confirmado previamente la validez de la cláusula compromisoria al anular el procedimiento. La divergencia parece deberse al hecho de que la Convención de Nueva York. Los requisitos del Artículo II (2) son generalmente más exigentes que los de la legislación francesa. La primera debía ser aplicada por el tribunal español en procesos para ejecutar un laudo extranjero en virtud del Convenio, mientras que este último tenía que ser aplicado por el tribunal francés en procedimientos para anular un laudo dictado en su jurisdicción (Tribunal Supremo, Supreme Court, 16 April 1996, Actival “Internacional SA v. Conservas El Pilar SA”, reported in Y.B. Comm. Arb. XXVII (2002) p. 528-32, Spain No. 33). En otro caso español, el Tribunal Supremo español sostuvo que no había arbitraje acuerdo entre las partes, dado que ninguno de los documentos aportados con la solicitud había sido firmada por el demandado (Tribunal Supremo, 26 May 1998, reported in Y.B. Comm. Arb. XXVII (2002) p. 543-45 (Spain No. 36). En relación con una cláusula compromisoria en un contrato de fletamento, o a la que se hace referencia en este, el Tribunal Supremo Federal Suizo confirmó la conclusión de un tribunal de apelación de que no hubo acuerdo de arbitraje entre las partes, ya que el contrato de fletamento no estaba firmado y no había mención alguna a la cláusula compromisoria en las comunicaciones de la demandada (Bundesgericht, Federal Supreme Court, 31 May 2002, “A Ltd. v. B A.G.”, reported in Y.B. Comm. Arb. XXVIII (2003) p. 835-41 (Switzerland No. 34), citados por VAN DEN BERG, A, “New York Convention of 1958: Refusals and Enforcement” (18 ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007), p. 4 (traducido por la autora del presente trabajo).

⁽⁴¹⁾ En otros casos, la cláusula arbitral se declaró inválida a causa de su ambigüedad (Corte di Appello, Court of Appeal, Florence, 27 January 1988, “Eastern Mediterranean Maritime Ltd. v. SpA erealtoscana”, reported in Y.B. Comm. Arb. XV (1990) pp. 496—98 (Italy, No. 103).

⁽⁴²⁾ El mismo cuerpo de normas —en idéntico sentido que el art. 1649, del CCyCN, la Ley Modelo CNUDMI (art. 7°). Fuente: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

⁽⁴³⁾ Ley peruana (art. 13, DL 1071) Art. 13, DL 1071, de 2008. Fuente: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

⁽⁴⁴⁾ Ley de arbitraje 19.971 de Chile (art. 7°) dispone: “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios

Asimismo, es importante resaltar que el arbitraje solo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este procedimiento de arreglo de controversias; el hecho de insertar una cláusula de arbitraje en un contrato conjetura una presunción de que su intención ha sido la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en ella. Dicha elección no priva a las partes de las garantías que les ofrece la organización de la justicia estatal, sino que dichas garantías son reemplazadas por otras; por eso la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición *sine qua nom* para que los árbitros se sientan dotados de competencia plena para resolver la controversia⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾.

La cláusula arbitral es también un acuerdo de voluntades⁽⁴⁷⁾. Pero al celebrarse luego de verificado el conflicto entre las partes, es posible definir en él, de manera concreta, las específicas controversias que someten a decisión de los árbitros, así como convenir los aspectos del funcionamiento del arbitraje. Debe

electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (art. 16). “Además de lo dispuesto en el art. 16, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra” (art. 17). “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” (art. 18). Fuente: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230697>.

⁽⁴⁵⁾ FERNANDEZ ROZAS, J, *El convenio arbitral...*, cit., p. 702. Como pusiera de relieve el Laudo CCI N° 4.392, de 1983, “... en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenderse, en primer lugar, al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los tribunales estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aun cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto”. La determinación de la *voluntad inequívoca de las partes* puede complicarse cuando en el contrato existen cláusulas contradictorias. Así se puso de relieve en Venezuela en el asunto abordado por la Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 5 de mayo de 2005 (“Inversiones 225 S.A. / Desarrollos del Sol, C.A.”).

⁽⁴⁶⁾ Más importante aún resulta la cuestión de la validez del acuerdo arbitral que está gobernada por: (1) el derecho escogido por las partes para regir el acuerdo (“la ley a que las partes lo han sometido”, i.e. *lex voluntatis*) y, en su defecto (“o si nada se hubiera indicado a este respecto”), (2) la ley de la sede del arbitraje (“de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”, i.e. *lex loci arbitri*). De conformidad con el artículo V.1.a, de la CNY Convención de Nueva York, de 1958, art. V.1.a) “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. Fuente: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

⁽⁴⁷⁾ La Convención de Nueva York de 1958 reconoce el principio de la autonomía contractual (art. V.1.a) y, otorga a las partes la libertad de acordar el derecho aplicable.

aclararse que, aunque no exista una cláusula compromisoria que le sirva de antecedente, las partes pueden pactar directamente el sometimiento a arbitraje una vez que el conflicto se presentó, específicamente respecto de él ⁽⁴⁸⁾.

En consecuencia, la diferencia fundamental entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral radica en el carácter futuro o actual de las controversias cuya solución difiere a los árbitros. Como señala Carnelutti, el compromiso se refiere a una *litis iam nata*, mientras que la cláusula arbitral alude a una *litis nondum nata* ⁽⁴⁹⁾.

Para algunos, *la diferencia entre cláusula arbitral y compromiso, tan propia del derecho hispánico en todos nuestros países, queda difuminada en la práctica*. Lejos de la flexibilidad que exige el arbitraje comercial internacional se encuentran las exigencias de nuestros ordenamientos jurídicos de formalización, ya sea notarial o judicial, del compromiso como pieza clave para la eficacia del convenio arbitral ⁽⁵⁰⁾.

La *cláusula o convenio arbitral*, entonces, constituye una obligación futura que contraen las partes en una determinada relación jurídica y debe necesariamente ser diferenciada de la *cláusula compromisoria*. Tan importante es este instrumento que de ella deriva —precisamente—, la potestad decisoria del árbitro.

3.2. La cláusula estatutaria o societaria

Nuestra Ley General de Sociedades (LGS) ⁽⁵¹⁾ no ha establecido la posibilidad de que los socios o sus administradores puedan pactar arbitraje en sus estatutos. Ello no implica, en modo alguno, que los mencionados no puedan establecerlo por imperio de la autonomía de la voluntad. Sí implica, sin embargo, que la falta de dicha regulación signifique no estar a la altura de otras legislaciones que sí lo prevén y, en consecuencia, no haber avanzado en la especialización del arbitraje societario y tener cuestiones debatidas con profundidad, dadas las complejas situaciones que pueden presentarse en este ámbito dentro del seno societario.

Sin embargo, cabe mencionar que la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N.º 27.349 ⁽⁵²⁾ (del año 2017 que instituye las Sociedades por Acciones

⁽⁴⁸⁾ CAIVANO, R — CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 213.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 214.

⁽⁵⁰⁾ CREMADES, B, cit., p. 11.

⁽⁵¹⁾ Sí lo hizo la Comisión de Proyecto de Ley de Reformas a la Ley General de Sociedades del año 2019, en los arts. 15 *bis* (Arbitraje y cláusula compromisoria; Valuaciones y pericial arbitral; Cláusula compromisoria posterior) y, en el art. 15 *ter*: Medidas asegurativas y compulsorias atribuidas a los árbitros y la posibilidad de colaboración judicial); siguientes términos. Cabe agregar, además, que el art. 15 de dicho cuerpo de normas, en su inicio, dispone un procedimiento judicial más abreviado adaptado a las características del litigio.

⁽⁵²⁾ Fuente: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=273567>.

Simplificadas, SAS), sí estableció la posibilidad de que las partes pacten arbitraje en el art. 57.

En este marco, debe decirse que diversas legislaciones ⁽⁵³⁾ prevén expresamente la posibilidad de pactar arbitraje societario estableciendo que los socios pueden en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, directores o representantes, que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

La cláusula compromisoria inserta en el contrato o estatuto de una sociedad podrá someter a arbitraje a las controversias derivadas de esos documentos, del funcionamiento, disolución o liquidación de la sociedad. Como toda cláusula inserta en un contrato, obligará a las partes que lo pactaron y a sus sucesores, así como a los órganos de la sociedad y a sus integrantes. o liquidación de la sociedad ⁽⁵⁴⁾. En caso de que, en ausencia de cláusula, las partes decidan laudar sus diferencias mediante arbitraje, este vinculará a quienes así lo hayan acordado ⁽⁵⁵⁾.

En un mismo sentido, es relevante mencionar que la cláusula arbitral societaria alcanzará a todos los miembros del órgano de administración (se trate de directivos, administradores, representantes y otros funcionarios que se incorporen con posterioridad a la sociedad, así como también a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo, sea por haber sido removidos o por haber renunciado a sus cargos).

Pues bien, ¿qué ocurriría si la cláusula que establece el arbitraje societario es inválida? ¿Podrá ello afectar al resto del Estatuto? Decididamente no. Empero, cabe anticipar que, si la cláusula arbitral societaria resultará inválida, por cualquier motivo, estaríamos ante un supuesto de nulidad parcial que —conforme al art. 389, del CCyCN—, afectará exclusivamente a dicha disposición y no al resto de disposiciones válidas, si son separables. En la nulidad parcial, además, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

Otro interrogante que aquí se presenta es: ¿la eliminación o modificación de la cláusula debe adoptarse por unanimidad? Sobre ello puede señalarse la sentencia producida por el superintendente delegado de procedimientos mer-

⁽⁵³⁾ Entre ellas puede traerse el ejemplo del decreto legislativo N.º 1071, de Colombia que en su art. 48, posibilita el arbitraje estatutario.

⁽⁵⁴⁾ Ello encuentra razón de ser en el art. 1021 del CCyCN (los efectos relativos del contrato).

⁽⁵⁵⁾ VALLARINO BERRETA, Claudia, “¿Es posible en Uruguay dirimir los conflictos societarios mediante arbitraje?”, Ponencia en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2016, p. 1472.

cantiles de la Superintendencia de Sociedades el 7 de junio de 2012 en el caso de Rudy Kerckhaert c/ Metal Tek S.A. ⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾.

En tal contexto, el efecto primordial que ha de tener una cláusula estatutaria es que debe tener cierto grado de especificidad, ello es, deberá delinear los aspectos sobre los que versará (el objeto) que sirva de base para fijar las relaciones jurídicas y las eventuales situaciones conflictivas que se someten a arbitraje.

Es importante resaltar que la cláusula estatutaria no podrá oponerse a las leyes no contradecir los principios configuradores de la responsabilidad limitada contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, en especial la LGS. De más está decir, además, que, como todo contrato, la cláusula arbitral estatutaria se extingue por renuncia expresa, puede ser tácita o indirecta. Veamos los casos que pueden presentarse.

3.3. *Modificaciones a la cláusula estatutaria*

El tema para dilucidar aquí, por la complejidad que puede presentar dentro de la materia societaria es —precisamente—, el de las modificaciones a la cláusula estatutaria arbitral. Pensemos en una sociedad en la que al momento de su constitución se incorporó dentro del estatuto una cláusula arbitral ¿Qué requisitos caben establecer para su modificación? ¿El resguardo será la unanimidad? ¿Qué ocurre con las sociedades de muchos socios en que se torna dificultosa la adopción de acuerdos con amplia mayoría? ¿Qué ocurrirá con los ausentes o disidentes? ¿Podrán pedir reparación de daños a los accionistas? ¿Qué hacer cuando son cientos los accionistas, por ejemplo, en las sociedades

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, con cita: La autoridad registral mediante providencia RDGRN del 19 de febrero de 1998, revaluó su tesis original y manifestó que el pacto arbitral societario rige también para los socios futuros. Lo que dio origen a la demanda es que, en una asamblea de accionistas, por la mayoría exigida en la ley y en los estatutos, se modificó una cláusula compromisoria, eliminándose la posibilidad de un arbitraje internacional y cambiándose la sede de los arbitrajes a Bogotá. El demandante, que era un extranjero, votó en contra de la decisión, y cuando impugnó la decisión de la asamblea, sostuvo en la demanda que la cláusula compromisoria es independiente del contrato de sociedad, y, en consecuencia, no sigue las reglas de modificación de los estatutos sociales. Señaló que *la eliminación o modificación de la cláusula compromisoria debía adoptarse por unanimidad, pues de lo contrario resultaría inoponible a los ausentes o disidentes*. Con fundamento en lo anterior, en la demanda se pretendió la nulidad de la decisión de la asamblea de accionistas.

⁽⁵⁷⁾ Sobre ello, es interesante traer a la vista la Ley de Arbitraje española, ley 60/2003, de 23 de diciembre, que al normar el arbitraje estatutario en su art. 11 bis establece: “Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>, art. 11 bis.

cotizadas? ¿Qué ocurrirá con los nuevos socios que se incorporen? Muchos de estos interrogantes aun no encuentran respuesta definitiva.

La situación no resulta fácil de resolver, pero de inicios debe decirse que la exigencia estatutaria de la unanimidad para la modificación de la cláusula arbitral inserta en el estatuto o en documento separado, puede volverse una gran dificultad.

El derecho español ⁽⁵⁸⁾, no sin atravesar obstáculos, ha resuelto que “[l]a introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social”, solución que parece lógica dadas las ponderaciones efectuadas precedentemente.

En nuestro derecho, si bien no tenemos norma expresa a la que acudir, la solución la encontramos en las reglas dispuestas para el régimen de mayorías por los socios en sus propios estatutos y, en caso de silencio, en las normas pertinentes para la reforma de estatutos contenidas en la LGS. Asimismo, es doctrina mayoritaria que la cláusula compromisoria que es introducida o modificada por mayoría de votos en una asamblea general de accionistas se extiende también a los ausentes y disidentes, siempre y cuando la reforma estatutaria haya sido válidamente adoptada.

En este sentido, cuando uno o la mayoría de los socios persigan intereses extraños a esa comunidad, la voluntad de quienes se inspiran en los intereses sociales, debe ser prevaleciente, porque tiende al cumplimiento del estatuto, aceptado por todos, que delimita la actividad social. De este modo, una minoría, aún ínfima, se convierte en la *melior pars*, cuando reclama la observancia del contrato y demanda su ejecución. Eso significa, por ejemplo, que la mayoría no podría imponer a los socios disidentes una decisión inspirada en fines altruistas, salvo que ello estuviere previsto en el contrato social o fuere compatible con su giro u objeto ⁽⁵⁹⁾, pero si puede —y es lógico que así sea—, imponer una cláusula arbitral.

Girón Tena, desde su óptica, señala que el principio mayoritario trae una razón de ser técnica, en la imposibilidad de lograr la regla de la unanimidad, se brinda a los socios la subordinación a un sistema mayoritario que exige el sacrificio de la individual interpretación del interés social, a favor de la hecha por la mayoría ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Art. 11, *bis* de La ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por ley 11/2011 de 20 de mayo, dispuso de esta manera las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital.

⁽⁵⁹⁾ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección”, *Rev. Actualidad Jurídica* N.º 16, 2007, Valladolid, p. 116 y 117.

⁽⁶⁰⁾ Los juristas de la Edad Media, por primera vez habían acuñado la regla mayoritaria, a través del principio *in his quae sunt communia pluribus uti universis sufficit maior pars*,

Todo lo mencionado pone de manifiesto que los socios ausentes o disidentes no podrán iniciar acciones judiciales contra la sociedad, una vez que esta haya incluido entre sus normas una cláusula arbitral; del mismo modo, si resultaren demandados no podrán negar someterse a la cláusula arbitral, por haber sido válidamente incluida en los estatutos por la sociedad y haber recibido inscripción registral.

A la par de ello, parece conveniente que las modificaciones a la cláusula estatutaria puedan adoptarse por dos terceras partes siguiendo a la legislación española. Ello —como es lógico y a falta de previsión legal—, debe ser objeto de previsión estatutaria para que puedan quedar obligados los socios disidentes o ausentes. Sin embargo —claro está—, nada impide que, por imperio de la autonomía de la voluntad las partes acuerden establecer la unanimidad.

3.4. *Los pactos parasociales*

Los socios de una sociedad pueden celebrar entre ellos convenios o acuerdos referentes a ciertos aspectos de la sociedad que integran. Estos acuerdos constituyen los llamados pactos parasociales, o acuerdos extraestatutarios, que son aquellos acuerdos adoptados entre los socios (todos o algunos) de una sociedad con el objetivo de regular ciertos aspectos no establecidos estatutariamente, así como complementar o especificar las relaciones internas, legales o estatutarias por las que se rige esta. Estos pactos tienen un carácter contractual que obligan a las partes intervinientes. Puede darse la posibilidad que el convenio arbitral no conste en los estatutos, formando parte de un acuerdo independiente o acuerdo social. Tratándose de que una cláusula arbitral no incluidos en los estatutos pretendiéndose que los asuntos litigiosos que hayan surgido o puedan surgir sean resueltos a través del arbitraje, comprenderá solo a aquellos socios que suscribieron el convenio arbitral lo que constituye un acuerdo parasocial ⁽⁶¹⁾.

En tal sentido, tratándose de una cláusula arbitral no incluida en los estatutos, ella comprenderá solo a aquellos socios que suscribieron el convenio arbitral lo que constituye un acuerdo parasocial. En tal caso si el pacto parasocial fue suscripto por todos los socios (*clausula omnilateral*), no podrá haber

justificándola dogmáticamente con la ficción de *quod maior pars facit totum facere videtur*. Sin embargo, la sistematización del principio se debe a Gierke y su teoría de la persona jurídica quien, al diferenciar un interés de la persona jurídica, distinto al de sus miembros, encomienda el rol de intérpretes de la nueva voluntad a la mayoría de estos. Así, el principio mayoritario encuentra su aplicación dentro del capo del derecho privado, en la formación de acuerdos colectivos (conf. VERGARA, CARLOS M., “Algunas consideraciones sobre el sistema clásico de proteccionismo del accionariado en la gran sociedad anónima”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º 11, 1987, p. 37).

⁽⁶¹⁾ MONTROYA ALBERTI, JOSE, U, “El arbitraje societario. Corporate arbitration”, *Revista Jurídica “Docencia e Investigación”*, Facultad de Derecho y Ciencia Política — UNMSM, Vol. 18, N.º 1, 2016, p. 38.

inconveniente y, por tanto, dicho pacto resulta oponible entre quienes suscribieron dicho acuerdo.

El problema surge respecto del acuerdo parasocial que haya establecido una cláusula arbitral y no haya sido suscripto por la totalidad de los socios, por cuanto no podrá oponerse a la sociedad y al resto de socios y podrá dar lugar a sentencias y laudos contradictorios. Ello se explica, además, en virtud del efecto relativo de los contratos (dispuesto en nuestro ámbito por el art. 1021, del CCyCN), que establece que el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.

Se trata, pues, de *vínculos puramente obligacionales*, sin base legal ni estatutaria, destinados a influir en el funcionamiento societario, que tienen dos notas básicas de relevancia conceptual: i) la *autonomía estructural del pacto frente al negocio fundacional*: no son cláusulas del contrato de sociedad y ii) Su *dimensión teleológica*: la regulación de un interés común o de una determinada conducta social. Con ello, los socios, y al margen del contrato social, se proponen *influir en el funcionamiento de la sociedad* ⁽⁶²⁾.

Todo ello supone que —frente a un acuerdo parasocial que contenga cláusula arbitral y no incluya a todos los socios—, tendremos *inoponibilidad societaria y relatividad contractual*. Supone, pues, que no será vinculante para la sociedad ni para los terceros.

En este contexto, la sociedad es un tercero y el pacto parasocial —aun cuando hubiere sido suscripto por todos los socios—, no le sería oponible, en tanto solo tendría eficacia *inter partes* y *no erga omnes*. La postura es clara y mantiene la lógica de que los pactos celebrados entre socios y se hayan reservado para sí, no pueden resultar oponibles a la sociedad por ser un tercero. Sin embargo, se ha dado un importante precedente del Tribunal Supremo español de febrero de 2020 ⁽⁶³⁾ que —si bien mantiene dicha postura—, flexibiliza la posición al establecer que resultarán oponibles a la sociedad en dos casos: los pactos omnilaterales, ello es suscriptos por todos los socios y en los supuestos de abuso del derecho.

De más está decir que —estos pactos parasociales omnilaterales—, serán validos siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de libre disposición conforme a derecho.

⁽⁶²⁾ MUÑOZ-PEREA PIÑAR, Diego, Los pactos parasociales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 2020, fuente: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/los-pactos-parasociales-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/>.

⁽⁶³⁾ STS número 120/2020, de 20 de febrero. Más recientemente la STS español núm. 300/2022, de 7 de abril de 2022 ha vuelto a confirmar su doctrina sobre la validez y eficacia de los pactos parasociales entre quien los invocan, señalando que no son oponibles ni exigibles a personas ajenas a estos, entre ellas la propia sociedad.

Otra de las cuestiones que pueden presentarse aquí que alguna de los socios pretenda desconocer la cláusula arbitral inserta en el pacto e impugne el acuerdo social ante la justicia estatal, con fundamento en que no forman parte de los estatutos sociales. En este caso, considero que —tratándose de un pacto omnilateral que recoja sumisión expresa al arbitraje—, puede perfectamente plantearse declinatoria de jurisdicción con fundamento en los pactos parasociales firmados por las partes con el fin de instar un pronunciamiento negativo del juez acerca de su competencia y, por lo tanto, que se abstenga de seguir interviniendo en el proceso, con el reparo de que esto último también puede ser utilizado para dilatar el proceso.

3.5. Inscripción de la cláusula y sus modificaciones. Oponibilidad

De inicio debe decirse que la cláusula arbitral, al ser estatutaria, debe ser inscripta ante el Registro Público. Dos cuestiones subyacen aquí en torno a ello: i) Inscripta la cláusula arbitral en el Registro Público resultará oponible a los restantes socios, aun cuando se hayan opuesto al establecimiento del proceso arbitral (socios disidentes) o hubieren estado ausentes al momento de su adopción y (socios ausentes), ii) Vinculará no solo a los socios, presentes y futuros, sino también a los miembros de la administración social, sean socios o no, porque el administrador debe conocer, cumplir y hacer cumplir los estatutos.

¿Qué ocurrirá con las modificaciones a la cláusula estatutaria que no haya inscriptas? Desde luego, no resultarán oponibles a los restantes socios o miembros de la administración social ni a la sociedad. Solo valdrán entre las partes signantes, lo que hará perder absoluta virtualidad en el plano societario, en tanto, si no comprende a todos los componentes del ente social, difícilmente pueda ser útil para resolver cualquier controversia que la organización pueda presentarse.

Ahora bien, la cláusula arbitral puede tener origen en el propio estatuto, como se vio anteriormente o, surgir con posterioridad de un acuerdo o instrumento separado del estatuto (v.gr. pactos de socios, protocolos de familia, entre otros). En estos casos, si el documento privado fue firmado por todos los socios —como debe ser—, será plenamente oponible entre ellos, pero para ser eficaz frente a terceros deberá inscribirse ante aquel Registro.

La cláusula estatutaria —aquí también—, constituye la primera pieza del arbitraje y puede definirse siguiendo a la doctrina más autorizada como aquel pacto que vincula —cabe reiterarlo—, no solo a los socios, presentes y futuros, sino también a los administradores, aunque no sean socios y aun cuando hayan cesado en sus funciones, porque el administrador debe conocer, cumplir y hacer cumplir los estatutos ⁽⁶⁴⁾. Y al momento de aceptar el cargo asume los

⁽⁶⁴⁾ Pero, además, porque el vínculo que une al administrador con la sociedad nace de un contrato. La sola aceptación del cargo implica que lo une a la sociedad un vínculo obligacional

estatutos, como conjunto normativo que regula la vida de la sociedad, de la que él es un órgano: sirva de ejemplo que en los mismos estatutos se regula la duración de su cargo, si es o no retribuido o, tal vez, las garantías que deberá prestar para aceptarlo.

3.6. *Efectos y controversias relativas a la interpretación de los estatutos o pactos posteriores de la sociedad*

Lo primero que debe decirse es que el contrato celebrado debe ser cumplido (*pacta sunt servanda*). En ese ámbito se conjugan normas de singular trascendencia como es la que establece la libertad contractual (*autonomía de la voluntad*) tanto para celebrar el contrato y cuanto para determinar su contenido (art. 958). A la par de ello, es importante remarcar que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes, ello hace referencia al efecto vinculante que pesa sobre los contratos (*fuerza obligatoria de los contratos*, art. 959). Sin embargo, el incumplimiento de los pactos no es ninguna novedad y no escapa de la realidad arbitral.

Si bien la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato previendo el arbitraje para las controversias que pudieran derivarse de él importa una renuncia a la jurisdicción estatal y habilita al interesado que fuese demandado ante los tribunales judiciales a oponer la excepción de incompetencia con base en aquella estipulación, para poder iniciar el procedimiento arbitral es necesario que ella sea complementada o precisada luego de que los conflictos hayan surgido. A tal efecto, las partes deben suscribir el compromiso arbitral o, en su defecto, acudir a un tribunal judicial a fin de que este, a través de una sentencia, dirima sus desinteligencias respecto del contenido del acuerdo, integre sus vacíos o delimite el elenco de cuestiones que los árbitros deberán resolver ⁽⁶⁵⁾.

De tal manera, el acuerdo arbitral inserto en los estatutos sociales puede dar lugar —llegado el caso— a controversias con relación al alcance y a la interpretación que cada parte pueda darle.

Como se dijo, basta, pues, que las partes fijen en la cláusula arbitral la *relación jurídica*, siendo superflua cualquier precisión en torno a las controversias concernidas: ello se reserva para las alegaciones que se formulen en la demanda o en la contestación a la demanda ⁽⁶⁶⁾.

nacido de un contrato. Ello supone una sumisión expresa al convenio arbitral (SCHNEIDER, L., *Arbitrabilidad*, cit.).

⁽⁶⁵⁾ CAIVANO, ROQUE, *El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2015. N° 13, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S, UNLP, p. 17.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*, p. 748.

Dice el art. 1061, del CCyCN que “los contratos deben interpretarse conforme a la *intención común* de las partes y al principio de la *buena fe* ⁽⁶⁷⁾”. Por su parte, el art. 1063 dispone el *sentido o significado que debe darse a las palabras*: “Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato”.

Por tanto, resulta indiscutible e indiscutido que la interpretación debe tener como objeto que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio. El art. 1065, inc. c), del CCyCN expresamente dispone que en la interpretación deben tomarse en consideración la *naturaleza y finalidad del contrato*. Por tanto, la interpretación restrictiva constituye una afectación tanto a la regla general de interpretación finalista como a la idea de preservación de los efectos del negocio. Si las partes han incluido una cláusula arbitral es porque pretenden que el diferendo se dirima por árbitros y no por jueces ⁽⁶⁸⁾.

El convenio arbitral debe considerarse aplicable, precisamente, a la determinación de la *intensidad con que aparece el vínculo*, a los fines de poder establecer las consecuencias exactas de su eventual nulidad; al fin y al cabo es una función que incumbe al tribunal arbitral, sin que ello, suponga la extensión de la competencia atribuida por las partes, pues está obligado a solucionar esta duda razonable, vistas las alegaciones efectuadas y practicada la prueba, por afectar sustancialmente a la cuestión de fondo suscitada.

La necesidad de dar solución de fondo, de acuerdo con la previsión de las partes en el convenio arbitral, requiere una respuesta definitiva a la relación entre los distintos negocios jurídicos establecidos entre ellas. Desde luego —como es lógico—, nada obsta a que las partes renuncien a la cláusula arbitral, si para ello existiere acuerdo.

4. LA ARBITRABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA. PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

Para dilucidar esta cuestión debemos considerar que en el arbitraje societario la arbitrabilidad, en primer lugar, se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores para incluir en los estatutos

⁽⁶⁷⁾ El art. 9º, del mismo cuerpo legal establece este principio dentro de sus normas rectoras en el énfasis de que “[l]os derechos deben ser ejercidos de buena fe”. En un mismo sentido, el art. 1066, establece el *principio de conservación* de los contratos en los siguientes términos: “si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

⁽⁶⁸⁾ RIVERA, J. C y otros, cit., p. 342. Expresa el autor que la regla de “interpretación restrictiva” acuñada por la jurisprudencia argentina fue un lamentable escollo a la ineficacia del pacto arbitral y apaña “arrepentimientos” tardíos que en realidad son incumplimientos del contrato arbitral.

las cláusulas que consideren oportunas, respetando las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate; y, en segundo lugar, sometiendo a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme a derecho ⁽⁶⁹⁾.

La regla general es que las materias societarias gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares siguiendo, por tanto, el criterio que ya antes esbozamos sobre la materia ⁽⁷⁰⁾.

Resulta importante hacer notar que en Argentina el arbitraje societario si es *doméstico* se regirá por las normas contenidas en el Capítulo 29, del Código Civil y Comercial de la Nación argentina (CCyCN — ley 26.994—, del año 2015) ⁽⁷¹⁾, que regula el Contrato de arbitraje y, si fuera el caso y se tratara de un conflicto de naturaleza *internacional* se regirá por la Ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional N.º 27.449, sancionada en el año 2018 ⁽⁷²⁾.

El primer cuerpo de normas —el CCyCN—, con relación a la materia arbitral dispone en el art. 1649: “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”.

Ello para luego —en el art. 1650—, establecer taxativamente las materias excluidas (entre las que se cuentan: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales). A ello debe añadirse, además, las controversias en que sean parte los Estados nacional o local, por cuanto quedan excluidas también.

El CCyCN contiene una serie de reglas sobre transacción, a las cuales cabría remitirse por aplicación del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación argentina (CPCCN) ⁽⁷³⁾. Contrariamente a la regla del art. 849, del CCiv ⁽⁷⁴⁾, el art. 1642, del CCyCN establece que la transacción es “de interpre-

⁽⁶⁹⁾ VASQUEZ PALMA, MARÍA, F, “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20 (1), 2014, p.1.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, p. 1.

⁽⁷¹⁾ Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

⁽⁷²⁾ Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>.

⁽⁷³⁾ Fuente: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>.

⁽⁷⁴⁾ El Código de Vélez establecía en el art. 849: “En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición”. Cabe mencionar que conforme el CCyCN —art. 1641—, “la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

tación restrictiva”. En cuanto a las restricciones, el art. 1644, del CCyCN prohíbe transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables”.

Asimismo, el art. 1646 prohíbe hacer transacciones a: a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial y, c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión ⁽⁷⁵⁾.

Si la arbitrabilidad se determina con base en lo dispuesto en el CPCCN, habría que aplicarse el principio general consagrado en el art. 736 ⁽⁷⁶⁾ y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el derecho involucrado susceptible de transacción conforme a la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del art. 737, del mismo cuerpo legal ⁽⁷⁷⁾.

Lo arbitrable —expresa Boggiano—, es aquello que puede ser objeto de transacción con renunciaciones recíprocas de derechos disponibles para las partes y, por ello, renunciables ⁽⁷⁸⁾. Si el objeto del contrato está dentro de las materias de libre disposición la consecuencia inmediata es que se está en presencia de una materia arbitrable y el conflicto que pueda surgir estaría bajo el paraguas de la arbitrabilidad entraría en el campo de competencia de los árbitros ⁽⁷⁹⁾.

En lo que hace a la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible ⁽⁸⁰⁾ relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad.

Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por tanto su arbitrabilidad, no son los derechos extrasocietarios (v.gr. los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de estos, sino que

⁽⁷⁵⁾ CAIVANO, R - CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 131.

⁽⁷⁶⁾ Art. 736, CPCCN: “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el art. 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de este. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”. Art. 737: “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”. Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#21>.

⁽⁷⁷⁾ CAIVANO, R - CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 132. N. 5

⁽⁷⁸⁾ BOGGIANO, ANTONIO, “Tratado de derecho internacional privado”, sexta edición actualizada, ed. Thomson Reuters - La Ley, t. I, 2017, p. XXXIV.

⁽⁷⁹⁾ GARCIA PAREDES, A, cit., p. 18.

⁽⁸⁰⁾ En tal sentido resulta interesante el art. 2.1 de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, que dispone: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” La propia Exposición de Motivos de la ley, esta no da un elenco de cuestiones arbitrables —como lo hace el CCyCN—, sino que parte del principio de la disponibilidad de las materias para fijar su arbitrabilidad o no. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social⁽⁸¹⁾.

Pues bien, como puede verse, el CCyCN no excluye la materia societaria y se encarga expresamente de resguardar las cuestiones de derecho privado en las que se encuentre comprometido el orden público. Corresponde, por tanto, analizar los diversos supuestos que aquí se presentan.

En concreto en el derecho societario, la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias⁽⁸²⁾.

A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de *ius cogens*, propias del derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias⁽⁸³⁾.

Siendo ello así, el principio general consagrado por el art. 958, del CCyCN (*Libertad de contratación*), coherente con el art. 19, de la Constitución Nacional de la República Argentina, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular⁽⁸⁴⁾.

4.1. La impugnación de acuerdos

La gran pregunta aquí es la siguiente: ¿Es materia arbitrable la impugnación de acuerdos asamblearios o de las juntas de accionistas? Precisamente, una de las materias más controvertidas ha sido la impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral. Si bien esta discusión se encuentra superada en el arbitraje internacional y, en el ámbito local, existen todavía algunos inconvenientes prácticos.

Se ha identificado como uno de los problemas de la impugnación de acuerdos societarios en sede arbitral el que los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social no forman parte del convenio arbitral estatutario, por lo que deben acudir al Poder Judicial. Entonces, es posible que un mismo acuerdo societario sea impugnado, simultáneamente, en sede arbitral y judicial. Ante esta situación, la doctrina e, incluso, algunas legislaciones han pro-

(81) FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en *Anuario de Justicia Alternativa, Barcelona, Derecho Arbitral*, Nro. 2/2001, JM Bosch Editor, 2001, p. 137.

(82) RODRIGUEZ ROBLEDO, MARÍA, I, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, <https://core.ac.uk/download/pdf/19714435.pdf> (acceso en: 14 de septiembre de 2023) p. 49.

(83) *Ibidem*, p. 49

(84) CAIVANO, R y N. CEBALLOS RIOS, cit., p. 132. N. 5

puesto soluciones para evitar esta duplicidad de procesos y los inconvenientes que ello implica ⁽⁸⁵⁾.

Principalmente, aquellas posibles soluciones consisten en extender los efectos vinculantes del laudo o permitir la intervención de los terceros legitimados en el arbitraje ⁽⁸⁶⁾.

El debate se inició con un predominio de las posturas contrarias a la arbitralidad societaria. A ello contribuyó decisivamente el peso excesivo de la concepción cuasi-pública e institucionalista que de la sociedad anónima en particular legó a España la historia de la mayor parte de nuestro siglo XX, así como las concomitantes interpretaciones predominantes de la no tan institucionalista su primera Ley reguladora de 1951 ⁽⁸⁷⁾.

No menor contribución procedía de la vieja Ley española de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y el tratamiento significativamente restrictivo del instituto consagrado en su texto: el arbitraje, en efecto, fue contemplado con recelo por el poder en cuanto que competidor de la entonces denominada “función judicial” integrada en la “unidad de poder” establecida. El panorama paulatinamente cambió: la liberalización operada en el último cuarto de siglo de la vida española determinó la promulgación de una nueva ley de sociedades anónimas y de una nueva —e intermedia— Ley de Arbitraje en 1989 y 1988 respectivamente ⁽⁸⁸⁾.

A pesar de los antecedentes que se han reseñado la jurisprudencia de los tribunales especializados de la Capital Federal de Argentina ha sido particularmente estricta en la interpretación de las cláusulas arbitrales en materia societaria, habiéndose sostenido que ciertas acciones —como la de nulidad de asamblea—, exceden de ámbito excepcional y estricto que caracteriza al arbitraje con lo cual se reproducía la solución propiciada por España ⁽⁸⁹⁾.

Otro precedente olvidable —dice Rivera—, declaró ser ajeno al arbitraje en cual se debatía la nulidad de las cláusulas del contrato social, entre ellas específicamente la cláusula compromisoria y la remoción de los administradores; claramente la decisión revela una total incompreensión de la idea de autonomía del convenio arbitral ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁵⁾ O’NEILL DE LA FUENTE, CECILIA y del pino yupari, MELISA, “Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú”, *THEMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020. p. 190.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 190.

⁽⁸⁷⁾ ILLESCAS, RAFAEL, “No va más sobre la arbitralidad de las cuestiones societarias”, *Rev. De arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1 (1), 2008, p. 35.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 35.

⁽⁸⁹⁾ RIVERA, J. C., y otros, cit., p. 281, con cita: Dictamen del Fiscal de Cámara en CN-Com., Sala D, 22/11/1997, “Atorrasagasti, M, C c/ Atorrasagasti Bargués Piazza y Cía S.R.L.”, ED, 181-155.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 281, con cita: En realidad, el dictamen podría interpretarse en que las nulidades asamblearias son materia no arbitrable; CNCom., Sala D, 20/10/1978 “Volonte, Hipólito c/ Volonte, Gilberto”, LL, 1979-A, 462 con cita: CNCom., Sala A, 2/5/1963, “Pazi”, ED, 6-517.

Los mencionados antecedentes lucen envejecidos a la luz de lo que ocurre en la actualidad en materia de arbitraje societario. Un hito importante —que ya tiene su tiempo—, es la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) en caso “Sugem S.A.”, donde estableció expresamente: *Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre este, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo.*

Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* ⁽⁹¹⁾ pero el convenio arbitral no las alcanza a ellas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no impide el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de estos ⁽⁹²⁾.

De este modo, los tribunales ordinarios no volverán a interferir en los procesos arbitrales sobre impugnación de acuerdos sociales, causando el retraso en la solución de los problemas, en contra de la voluntad manifestada por los socios. Por fin, las disputas originadas en esta materia, si los socios conscientemente así lo desean y pactan, podrán resolverse con las ventajas que son reconocidas al arbitraje: la especialización de los árbitros, la celeridad, la discreción o no publicidad, entre otras. Cuestión distinta es que tanto la regulación legal como la praxis del arbitraje —en esta materia y en otras— deban ser objeto de perfeccionamiento y modernización: como ocurre con muchas, si no con todas, nuestras instituciones. El Tribunal Supremo pone así punto final a una doctrina errónea ⁽⁹³⁾.

El arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabi-

⁽⁹¹⁾ Cabe recordar que es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *Ius Cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier Tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

⁽⁹²⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, Número 355/98, recaída en el Recurso 455/1994, en “Sugem Sociedad Anónima”, Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnacion-acuerdos-acto-245759>. Allí se agrega: “no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”.

⁽⁹³⁾ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnacion-acuerdos-acto-245759>.

lidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación ⁽⁹⁴⁾.

También lo serán, las aprobaciones de cuentas; los conflictos relacionados con los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios); la responsabilidad de los administradores (acción social y acción individual); los conflictos y controversias que puedan suscitarse entre socios o con administradores a propósito de la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; en estos casos, el conflicto — incluyendo la convocatoria judicial de la junta en los supuestos previstos por la ley — puede ser resuelto mediante arbitraje; la impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad supérstite incluyan la sumisión a arbitraje ⁽⁹⁵⁾.

En el nuevo contexto así creado, una percepción más contractual de las sociedades vino a recobrar pie; igualmente, una posición pública no ya reticente sino fomentadora del arbitraje, sobre todo a partir de la vigente Ley española No 60/2003 ⁽⁹⁶⁾, que lo estableció de manera decidida. La consecuencia del nuevo ambiente fue la definitiva aceptación de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias y, particularmente, la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por las juntas generales de las SA ⁽⁹⁷⁾ y las SRL ⁽⁹⁸⁾ mediando, obviamente, un acuerdo arbitral de inserción estatutaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, la ha consagrado de una manera amplia en una pluralidad de resoluciones a lo largo de los últimos años ⁽⁹⁹⁾.

En la actualidad resulta claro que la impugnación de los acuerdos sociales es susceptible de someterse a arbitraje. Sin embargo, la STS de España, del 9 de julio de 2007 en análisis del caso “Transportistas Abulenses Unidos” ⁽¹⁰⁰⁾

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, con cita: MUÑOZ PLANAS, JOSE, M, *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, 1978, p. 436 y ss.

⁽⁹⁵⁾ Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, “Informe sobre el Arbitraje Societario en España”, 2019, https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf.

⁽⁹⁶⁾ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>.

⁽⁹⁷⁾ Sociedad anónima.

⁽⁹⁸⁾ Sociedad de Responsabilidad Limitada.

⁽⁹⁹⁾ ILLESCAS, R, cit., p. 36. N. 15

⁽¹⁰⁰⁾ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera), nº 776/2007, de 9 de julio de 2007 “Avitrans Urgente, SL / Transportistas Abulenses Unidos Sociedad Limitada de Comercialización”. Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnaci-acuerdos-sociales-1-30959803>. Del texto judicial reproducido se infiere que (i) los demandantes en impugnación judicial de un acuerdo social de exclusión eran tres socios de la SRL demandada; (ii) que los estatutos contenían desde el inicio de la vida societaria una cláusula arbitral que excluía expresamente la impugnación por vía arbitral de acuerdos sociales y que la SRL excepcionó de conformidad con dicho pacto social; (iii) que dicha cláusula fue aceptada en su día por los socios impugnantes; (iv) que la cláusula en cuestión fue en un determinado momento modificada para

rechazó de manera tajante la arbitrabilidad en un asunto de discrepancia entre socios y sociedad derivado de la adopción de un acuerdo social de exclusión de socios por parte de la junta general de una SRL. Y lo hace alegando que los socios excluidos y discrepantes con el acuerdo no había previamente a la irrupción del conflicto aceptado la cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales sin que, por tanto, se les pudiera considerar como obligados por ella ⁽¹⁰¹⁾.

De una parte, supone sin más la vuelta a los viejos tiempos en los que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias por la propia naturaleza de las sociedades, la subsiguiente indisponibilidad de las discrepancias sociales y la no obligación para los socios de las cláusulas estatutarias que ellos no hubieren personalmente consentido y casi firmado. Además, y, de otra parte, la STS podría significar la negación de la incorporación a la acción o a la participación social de todos los elementos del *status* del socio o la intrasmisibilidad de algunos de los elementos configuradores de su situación societaria —en el caso el precepto de los Estatutos en el que se contiene la cláusula arbitral ⁽¹⁰²⁾.

Así esos elementos adquieren la condición de personalísimos e intransferibles no obstante la circulación de la acción, de la participación social o, en suma, de la condición de socio. En este sentido, el fallo judicial podría trascender el campo del arbitraje y sus requisitos de hecho y derecho para que pueda practicarse: llegaría a afectar, por así decir, al derecho de sociedades y, en particular, a los límites y las condiciones de la transmisión y mercabilidad de la condición de socio, se halle esta documentada mediante participaciones sociales o incorporada a título o anotación electrónica negociable ⁽¹⁰³⁾.

El sometimiento arbitral de los acuerdos sociales, plasmado en un convenio, no supone, tal y como se ha encargado de matizar la doctrina procesal, renuncia alguna a las normas procesales de orden público, si bien, ello, no obstante, cierto sector de la jurisprudencia todavía ha venido manteniendo la tesis atinente a la imposibilidad de someter a decisión arbitral la impugnación de acuerdos sociales fundada en la violación de normas de derecho societario. Ahora bien, la tesis recién aludida no ha sido secundada por la jurisprudencia

eliminar la restricción arbitral mencionada; (v) que dos de los socios demandantes habían sido excluidos de la SRL anterior o simultáneamente a la modificación estatutaria en materia arbitral y que (vi) el tercer socio demandante votó en contra de la modificación expansiva de la cláusula estatutaria arbitral. Por todo ello, y tras divergentes entendimientos de la disputa por el tribunal de instancia y la apelación, el TS decidió finalmente, como ya se ha indicado, que “frente a ellos —los tres socios— no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente —la arbitral por parte de la sociedad demandada judicialmente—”. En suma, el TS declara la inarbitrabilidad de la discrepancia y la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal a los fines de impugnación del acuerdo de exclusión. La STS indicada afirma, como ya se ha comprobado, que uno de los socios no se encuentra obligado por la cláusula arbitral derivativamente inserta en los estatutos sociales porque “votó en contra” de dicha inserción novatoria.

⁽¹⁰¹⁾ ILLESCAS, R, cit., p. 35. N. 15.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*, p. 36.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*.

más autorizada de los últimos tiempos que ha defendido abiertamente y con una transparencia meridiana el sometimiento a arbitraje, tanto de la nulidad de la Junta de accionistas, como de la impugnación de los acuerdos sociales, todo ello sin perjuicio de que si algún extremo estuviera fuera del poder de disposición de las partes no pudieran los árbitros pronunciarse sobre él, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo ⁽¹⁰⁴⁾.

Así pues, la impugnación de los acuerdos sociales, en resumen, tan solo podrá realmente someterse, con carácter general, a un arbitraje societario si el convenio arbitral se halla contenido en una cláusula estatutaria, de cuya inexcusable publicidad en el Registro mercantil depende, a juicio de un sector doctrinal la aludida sumisión arbitral dado que tanto en el caso de que el convenio no figure en los estatutos (pacto extraestatutario) ⁽¹⁰⁵⁾, como en el de que no se encuentre inscrito (pacto parasocial) ⁽¹⁰⁶⁾ no cabe el arbitraje porque dicho convenio solo vincula a los firmantes y, por tanto, no puede surtir efectos frente a todos los socios ⁽¹⁰⁷⁾.

Sin embargo, los terceros no accionistas que se encuentren interesados en la nulidad de los acuerdos sociales, en virtud de cuya ejecución se derivan perjuicios notables no quedarán obligados, como es lógico, a someter sus discrepancias a un árbitro puesto que, en modo alguno resultaría admisible la privación de la tutela judicial efectiva de estos sujetos, ajenos al ente social pero especialmente interesados en la legalidad y regularidad de las actuaciones de este que se encuentren de cualquier manera vinculadas a la debida satisfacción de sus legítimos intereses ⁽¹⁰⁸⁾.

En el momento presente constituye una doctrina legal y firme la tesis concerniente a que el convenio arbitral vincula a los socios presentes y futuros dado que su inscripción configura la posición de socio, esto es, el complejo de derechos y obligaciones que definen aquella posición, de tal suerte que toda novación subjetiva de la posición del socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ CALAZA LÓPEZ, SONIA, “El arbitraje societario”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003, p. 200, con cita: La STS de 18 de abril de 1998 (r. 2984) señala, asimismo, que “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de estos”.

⁽¹⁰⁵⁾ Ello es, un pacto de socios, que no forma parte del Estatuto social y que puede —entre otras cosas—, disponer el establecimiento de una cláusula arbitral.

⁽¹⁰⁶⁾ Se trata de aquellos convenios llevados a cabo por dos o más socios de una sociedad que buscan *regular cuestiones societarias que no han sido establecidas* por sus estatutos o contratos sociales o que complementar las relaciones intra societarias, legales o reglamentarias de la compañía, entre las que se encuentra también la posibilidad de establecer una cláusula arbitral. En la práctica, resultan asimilados a los pactos extraestatutarios.

⁽¹⁰⁷⁾ CALAZA LÓPEZ, S, cit, p. 200.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*, cit., p. 202.

El sometimiento individual a la cláusula compromisoria de los sujetos ajenos al ente social viene, asimismo, determinada por la voluntaria incorporación de estos a la sociedad en el preciso momento en el que adquieren la condición de socio o accionista puesto que, tal y como ha tenido ocasión de matizar la doctrina, la voluntad de este nuevo socio o accionista, cuando adquiere la acción o participación, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas y condiciones del estatuto sin que sea admisible exigir, a mayores, un consentimiento explícito de adhesión parcial.

La adaptación del contenido de las cláusulas compromisorias estatutarias a las premisas que configuran el moderno arbitraje societario o, en su caso, la incorporación *ex novo* de la sumisión a arbitraje de las controversias de nuestras sociedades tan solo podrá acometerse, como parece lógico, por la vía de una eventual modificación estatutaria. Tanto la modificación de la cláusula compromisoria ya incluida en los estatutos de una sociedad anónima o cooperativa, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afectará, por igual, a todos los socios, accionistas y administradores de esta.

Con ello, puede verse el grado de avance que ha tenido el arbitraje en lo que hace a la impugnación de acuerdos en España y, en especial, con la reforma española del año 2011 por la ley 11/2011 ⁽¹¹⁰⁾.

A dichos efectos, el art. 11 *bis* de la ley 11/2011 ⁽¹¹¹⁾ regula lo siguiente sobre el arbitraje societario y la impugnación de acuerdos en España: i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen: ii) La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social y iii) Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral (ley 11/2011, 2011) ⁽¹¹²⁾.

Como bien señala Perales Viscasillas, para disipar cualquier duda sobre la arbitrabilidad se incluyó expresamente la referencia a la impugnación de acuerdos sociales, pero se estableció como limitación que estas controversias sean resueltas necesariamente mediante arbitraje institucional, descartando, de esa manera, los arbitrajes *ad hoc* en esta materia ⁽¹¹³⁾.

Por otro lado, en Italia, también la doctrina y la jurisprudencia fueron inicialmente reacias al arbitraje societario. Sin embargo, con la reforma lle-

⁽¹¹⁰⁾ O'NEIL DE LA FUENTE, C - DEL PINO YUPARI, M, cit., p. 190, N. 14

⁽¹¹¹⁾ Fuente: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-8847>.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 191.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*,

vada a cabo por el decreto legislativo 5/2003 ⁽¹¹⁴⁾ se estableció una regulación más favorable para fomentar el arbitraje societario (Rodríguez, 2010, p. 127). Entre dichas reformas, se incluyó la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios, tal como se desprende de la lectura del art. 35, inciso 5, del decreto legislativo 5/2003, el cual señala que el convenio arbitral puede incluir como objeto controversias sobre la validez de los acuerdos sociales ⁽¹¹⁵⁾.

La sumisión a arbitraje, también *non rituale*, de una controversia, no precluye el recurso a la tutela cautelar del art. 669 —quinquies del código procesal civil, pero en el caso que la cláusula compromisoria permita la resolución mediante arbitraje de las controversias que tengan por objeto la validez de los acuerdos sociales, a los árbitros compete siempre el poder de disponer, con orden no reclamable, la suspensión de la eficacia del acuerdo (decreto legislativo 5/2003) ⁽¹¹⁶⁾.

Así pues, se les puso fin a las discusiones doctrinarias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios (Pieralli, 2005). En la citada norma, también se puede apreciar que, para el caso de impugnación de acuerdos, los árbitros tienen la facultad de suspender la eficacia de aquellos. Sobre este particular, Pieralli sostiene que es una medida innovadora, toda vez que “en Italia, en efecto, en el arbitraje de derecho común la regla es que los árbitros no pueden conceder medidas cautelares”. [...] De este modo el legislador ha querido, evidentemente, evitar “interferencias y condicionamientos sobre el arbitraje en curso”.

Adicionalmente, el art. 36, del decreto legislativo 5/2003 establece que en el caso de controversias sobre la validez de los acuerdos sociales el arbitraje debe ser de derecho y el laudo debe ser impugnabile, aunque se pacte lo contrario en la cláusula arbitral, lo cual también aplica para los arbitrajes internacionales: i) También cuando la cláusula compromisoria autoriza a los árbitros a decidir en equidad o con laudo no impugnabile, los árbitros deben decidir con sujeción a derecho, con laudo recurrible con arreglo al art. 829.2 del código procesal civil, cuando para decidir hayan conocido de cuestiones no comprometibles o bien cuando el objeto del juicio venga constituido por la validez de los acuerdos sociales, ii) La presente disposición se aplica también en el caso del laudo emitido en un arbitraje internacional (decreto legislativo 5/2003) ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾Amayorabundamiento: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 192.

La ley de compañía del Ecuador ⁽¹¹⁸⁾ —que regula expresamente el arbitraje societario dispone que “las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad anónima, entre estos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de controversias ⁽¹¹⁹⁾. Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad anónima, incluida la impugnación de determinaciones de junta general o Directorio, así como el abuso del derecho” (art. 137.2).

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior —agrega la norma antes indicada—, también podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social o fuera de él. De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario entre el cesionario y todos los socios cobijados por el convenio arbitral. Este pacto en contrario podrá plasmarse a través de cualquier medio verificable, físico o digital, que demuestre la voluntad de todos los socios. Las cláusulas consagradas en los estatutos para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, solo podrán ser incluidas, modificadas o suprimidas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100%) del capital social.

Finalmente, en Alemania, el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales también ha sido un tema controvertido. Al respecto, la Corte Suprema Federal de Alemania ha emitido tres pronunciamientos en los cuales expone los lineamientos para arbitrar la validez de los acuerdos societarios, en concreto, la sentencia del 29 de marzo de 1996, la del 6 abril de 2009 y la del 6 de abril de 2017 (Hertel & Covi, 2018). En el segundo pronunciamiento, la sentencia del 6 abril de 2009, la Corte Suprema Federal admitió la arbitrabilidad de las controversias sobre la validez de acuerdos societarios en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y reconoció que las partes pueden pactar un efecto *erga omnes* ⁽¹²⁰⁾ para el laudo (Hertel & Covi, 2018) ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Fuente: <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-companias>. En el suplemento del Registro Oficial número 269 de 15 de marzo de 2023 se publicó la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo.

⁽¹¹⁹⁾ Generalmente denominados ADR por sus siglas en inglés *Alternative Dispute Resolution*, implican diferentes métodos o sistemas dirigidos a la resolución de conflictos, de manera consensuada, pacífica y extrajudicial a los que pueden acudir las personas ante una situación de controversia, entre los que se encuentra —claro está—, el arbitraje.

⁽¹²⁰⁾ Si bien la regla es que el laudo es aplicable solo al caso particular, es decir, no tiene efectos *erga omnes*, se encuentra en crisis. Existen no pocas situaciones en que el laudo produce ciertos efectos frente a todos. En idéntico sentido lo reconoce la legislación belga y suiza para casos de propiedad intelectual.

⁽¹²¹⁾ O’NEIL DE LA FUENTE, C - DEL PINO YUPARI, M, cit., p. 192. N. 14.

Al respecto, la sentencia en mención estableció los siguientes requisitos que debe cumplir el convenio arbitral: 1) todos los accionistas dieron su consentimiento al arbitraje, ya sea mediante una cláusula de arbitraje en los estatutos o por acuerdo separado; 2) todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso; 3) todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal; 4) todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas ⁽¹²²⁾.

De lo expuesto, podemos advertir que en el derecho alemán se acepta la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos societarios y que, a la vez, los estándares establecidos restringen, en parte, el arbitraje con el objetivo de proteger a los demás miembros de la sociedad que no pretenden impugnar el acuerdo. En la medida que se cumpla con permitir la participación de todos los miembros de la sociedad, el laudo será vinculante para ella ⁽¹²³⁾.

Desde esta perspectiva, la impugnación de los acuerdos puede calificarse como acción de cumplimiento contractual. A partir de ahí, no es difícil concluir que los intereses que están en juego, cuya tutela se persigue a través de la acción de impugnación, tienen una naturaleza privada y patrimonial y son absoluta y perfectamente disponibles. Lo dicho se manifiesta en el plano procesal por la aplicación del principio dispositivo, que faculta a los legitimados para ejercitar libremente la acción, para configurar el objeto del procedimiento y, en su caso, para renunciar, transigir, desistir o allanarse, sin intervención de una instancia pública.

En consecuencia, la ley permite que todos los conflictos societarios se sometan a arbitraje, sin que existan límites a la arbitrabilidad, más allá del principio general que establece que solo son arbitrables controversias en materias de libre disposición. Ahora bien, en el derecho de sociedades, cuyo objeto son intereses económicos, no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores. Cuestión diferente es que puedan existir normas imperativas o incluso de orden público, que constituyan barreras infranqueables para la libre disposición de las partes. En el caso de que este tipo de normas sean relevantes, los árbitros estarán obligados a aplicarlas. Y su actuación será controlada por el Juez en sede de anulación del laudo. Pero la existencia de derecho necesario no representa un impedimento para que todas las controversias societarias se puedan resolver en vía arbitral ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, p. 192. N. 14.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*, p. 193.

⁽¹²⁴⁾ Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 21, p. 42.

4.2. *Acumulación de acciones y caducidad de plazos*

Establece el art. 251, de la Ley General de Sociedades ⁽¹²⁵⁾ (LGS) que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Pues bien, para la promoción de la señalada acción, el legislador ha dispuesto que la acción se instará en contra de la sociedad por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea de accionistas. Sobre ello, es importante mencionar que el indicado plazo es fatal, de caducidad; es decir que fenece por el mero transcurso del tiempo.

Ahora bien, ¿qué ocurre si un socio inicia el proceso arbitral designando su árbitro? ¿Podrá su consocio iniciar su propio procedimiento arbitral de impugnación de la misma decisión social designando a otros árbitros?, o deberá someterse a los ya designados?

En virtud de lo normado en el art. 253, de la LGS, salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior (252), solo se proseguirá el juicio después de vencido el término del art. 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

En tal caso, podría resultar conveniente hacer prevalecer el sistema mayoritario que impera en materia societaria, debiendo —por tanto—, quienes intenten nuevas acciones acumularlas con las ya iniciadas, quedando sometidos al tribunal arbitral ya designado. Lo contrario importaría no solo desnaturalizar el proceso arbitral en orden a la celeridad que allí ha de imperar sino, además, contrariar los principios dispuestos en la ley societaria.

Asimismo, si las acciones fueran promovidas por más de un legitimado en forma individual, se entiende que tales legitimados deberán designar o admitir la designación de un mismo árbitro o tribunal, en tanto, es importante remarcar la idea de que no puede admitirse que la incorporación al trámite pueda retardar un proceso ya iniciado.

El Club de Arbitraje Español ⁽¹²⁶⁾ dispuso como solución que, si los demandantes o demandados deben nombrar un árbitro, es preciso que todos

⁽¹²⁵⁾ Según la [Ley. 19.550] (<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19550-25553>).

⁽¹²⁶⁾ Art. 84, Informe cit. Asimismo, El Reglamento Arbitral Modelo del CEA permite a la institución arbitral la acumulación de procesos arbitrales, pero con la limitación de que los dos (o más) procedimientos acumulables deben haber surgido de una misma relación jurídica y deben haberse entablado entre las mismas partes. En el caso de arbitrajes societarios, es im-

ellos se pongan de acuerdo sobre la designación. De no alcanzarse este acuerdo, todos los árbitros deberán necesariamente ser designados por la institución arbitral. En el arbitraje estatutario este problema se ve paliado por la exigencia legal de que todos los árbitros sean designados por la institución arbitral.

Resulta importante aquí la solución consagrada por los precedentes del derecho alemán para los cuales: todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso; 3) todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal; 4) todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas.

Es interesante traer a la vista las previsiones de la ley de compañías de Ecuador ⁽¹²⁷⁾—, (art. 17), donde expresamente establece que en caso de conflictos intrasocietarios, el levantamiento del velo societario podrá ser ordenado por un tribunal arbitral, de así determinarlo el estatuto social. En sede arbitral también se podrá ordenar el levantamiento del velo societario para imponer responsabilidad personal y solidaria sobre aquellos socios, accionistas o administradores que hubieren utilizado una compañía signataria de un convenio arbitral con proditorios fines de conformidad con este artículo, siempre que se pueda demostrar, de manera inequívoca, la participación activa y determinante de los socios, accionistas o administradores no signatarios en la negociación, celebración, ejecución o terminación del negocio jurídico que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

La indicada ley trae una novedosa e importante disposición con relación a las sociedades por acciones simplificadas, al establecer que “si se efectuare una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario” ⁽¹²⁸⁾.

prescindible ampliar el campo de la acumulación, para facultar a la institución a que unifique diferentes procedimientos arbitrales, siempre que se refieran a un mismo conflicto, y aunque las partes en los diferentes procedimientos no sean las mismas. También es imprescindible regular la intervención de un tercero, que esté facultado para participar en el proceso arbitral. En este caso, el plazo para interponer la acción caduca a los cuarenta días, y hasta esa fecha es posible que nuevos accionistas planteen impugnaciones adicionales. Por ello, la Propuesta de Reglamento Arbitral permite a la institución que espere hasta la fecha de caducidad, con la finalidad de acumular desde el principio todas las impugnaciones por causa de anulabilidad que se puedan plantear contra ese acuerdo (art. 87).

⁽¹²⁷⁾ Fuente: <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-companias>.

⁽¹²⁸⁾ Artículo agregado por Disposición reformativa octava de ley. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de febrero del 2020.

4.3. Las acciones de responsabilidad social y retribución de los administradores. Remisión

En relación con el órgano de administración, González de Cossío expresa que los temas sobre los cuales pueden suscitarse controversias parecen ser: cumplimiento de las resoluciones de la asamblea, adopción de resoluciones, derechos de las minorías en el órgano de administración, revocación y muerte de un administrador, acción de responsabilidad ⁽¹²⁹⁾.

A ello pueden adicionarse, las controversias que se susciten en torno a las facultades e incompatibilidades de los administradores, gerentes delegados, el incumplimiento de sus deberes y las acciones de responsabilidad y, desde luego, los conflictos de interés intrasocietarios.

Podría considerarse que la acción de responsabilidad es de arbitrabilidad cuestionable al poderse interpretar como una medida de tipo sancionadora. Sin embargo, el objeto de dicho litigio es la determinación de si el órgano correspondiente (o las personas que lo conforman) incumple una obligación legal, estatutaria o una resolución del Consejo de Asamblea. Dado que se trata del cumplimiento de un deber legal contractual o corporativo, parece que la arbitrabilidad de esta no se ve comprometida ⁽¹³⁰⁾.

Pues, como bien expresara el art. 38, del dec.-ley 677/2001 ⁽¹³¹⁾ (actual art. 46, de la Ley de Mercado de Capitales, N.º 26.631) ⁽¹³²⁾ resultan arbitrables *todas las acciones derivadas de la ley 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.*

Resulta entonces indudable que el arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación ⁽¹³³⁾.

Así las cosas, se consideran arbitrables tanto las acciones de responsabilidad, como las de retribución de los administradores. La cláusula por la que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza

⁽¹²⁹⁾ CARRASCO FERNÁNDEZ, FELIPE, M, “Arbitraje societario”, *JURIDICA. Anuario de la Escuela de Der. de la Universidad Iberoamericana*, No. 2009-39, 2009, p. 360.

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem*, p. 361.

⁽¹³¹⁾ Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (hoy derogado). Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=67128>.

⁽¹³²⁾ Fuente: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206592/texact.htm>.

⁽¹³³⁾ VICENT CHULIÁ, F, cit., N. 19.

societaria puede involucrar no solo a los socios entre sí, sino, además, a los vínculos entre estos con la sociedad o sus órganos.

Ello por cuanto, tanto la modificación de la cláusula compromisoria ya incluida en los estatutos de una sociedad, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afectan, por igual, no solo a los socios, sino también a los administradores de esta.

Se ha dicho, además, que los conflictos por responsabilidad de los administradores pueden dar lugar a problemas de jurisdicción *ratione temporis*, si fueron nombrados con anterioridad a la adopción del pacto arbitral estatutario; para clarificar la cuestión, el Club Español de Arbitraje ⁽¹³⁴⁾ en el Convenio Arbitral Tipo insertó una disposición transitoria, que sujeta a arbitraje a los administradores que lo sean en el momento en el que la modificación estatutaria se anote en el Registro Mercantil. Adicionalmente, la Comisión recomienda que se incluya en el documento de aceptación del cargo de administrador una sumisión expresa al convenio arbitral.

No sucede lo mismo —expresa Balbín ⁽¹³⁵⁾—, respecto de la responsabilidad de los administradores para con terceros —acreedores sociales—, quienes no se encuentran obligados a someterse al arbitraje establecido en el contrato social. Respecto de la acción individual de responsabilidad, dado su carácter extracontractual y que atiende al perjuicio ocasionado a terceros, la cláusula arbitral tampoco les es oponible.

4.4. Acciones de exclusión, disolución y liquidación

En los apartados anteriores ha quedado sentado ya que es doctrina pacífica la que establece que resultan arbitrables la acción de exclusión y separación del socio y las acciones de disolución y liquidación del ente social. La arbitrabilidad en tales supuestos —al igual que los restantes que se han analizado— responde a la disponibilidad de los derechos. Los supuestos de exclusión o de separación del socio suponen cuestiones de derecho privado y, por tanto, de libre disposición por las partes.

Para el ejercicio de la acción de exclusión —conforme al art. 91, de la LGS—, si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

En este sentido, la ley de compañías ecuatoriana establece: “Acordada la exclusión de un socio por la Junta, esta decidirá, además, la reducción del

⁽¹³⁴⁾ Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 21, p. 42.

⁽¹³⁵⁾ BALBÍN, SEBASTIÁN, “Ejercicio de la acción en materia societaria”, 1ª Ed., ed. Cátedra jurídica, 2022, p. 418.

capital social con la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía o en sede arbitral” (art. 118) ⁽¹³⁶⁾.

Esto último —la suspensión provisoria de los derechos del socio, por tratarse de una medida cautelar—, podrá perfectamente ser dispuesta en sede arbitral por el o los árbitros que se hayan designado. Por demás, si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

En lo que hace a la disolución y liquidación de la sociedad, al ser materia disponible, resultan también perfectamente arbitrables. Ello en virtud de dos puntos de vista: i) ante la existencia de uno de los supuestos configurados en el art. 94, de la LGS o, ii) por virtud de una decisión posterior por parte de los socios que incorpore o modifique la cláusula estatutaria. Esto último resulta posible en atención al régimen de mayoría societaria y de la autonomía de la voluntad.

4.5. *¿Extensión de la cláusula estatutaria a los administradores?*

La ley brasileña N.º 6404/76 ⁽¹³⁷⁾ en su art. 109, establece que ni los estatutos ni la junta general pueden privar al accionista del derecho a que §2º) El estatuto de la sociedad pueda establecer que los desacuerdos entre los accionistas y la sociedad, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, puedan ser resueltos mediante arbitraje, en los términos previstos (texto incluido por la ley 10.303 de 2001).

Lo mencionado hace ver que la ley de Brasil guarda silencio con relación a la inclusión de los administradores. Dicho silencio del legislador con relación a los administradores hace ver para la doctrina brasileña que los conflictos con los administradores no son susceptibles de arbitraje.

Sin embargo, la ley 12.375/2010 ⁽¹³⁸⁾, en su art. 14. (Art. 1061, de la ley 10.406, de 10 de enero de 2002, Código Civil), entra en vigor con la siguiente redacción: “Art. 1061. La designación de administradores no socios dependerá

⁽¹³⁶⁾ La indicada norma hace ver, además, que “la junta general no deberá aprobar la exclusión de un socio que ha sido ordenada en sede judicial o arbitral. En aquel caso, la sentencia o laudo que ordena la exclusión será inscrita, directamente, en el correspondiente registro. Producida dicha inscripción, la compañía deberá instrumentar la correspondiente reducción de capital en el plazo de 90 días para la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía”.

⁽¹³⁷⁾ BRASIL. Lei das Sociedades Anônimas. Lei N° 6.404. 15 de diciembre de 1976. Disponible en: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/leis-decretos/lei6404.html> (acceso en: 14 de septiembre de 2023)

⁽¹³⁸⁾ BRASIL. Lei de XYZ do Brasil. Lei N° 12375. 15 de diciembre de 2010. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112375.htm (acceso en: 14 de septiembre de 2023).

de la aprobación unánime de los socios, mientras el capital no esté integrado, y por lo menos los 2/3 (dos tercios), previa integración”.

En esta dirección, puede citarse la ley peruana de arbitraje —decreto legislativo N.º 1071⁽¹³⁹⁾—, que en su art. 14 dispone: “el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Como vemos, la ley peruana se apoya en el consentimiento desplegado a través de la conducta y así ha sido interpretada por los jueces y doctrinarios de dicho país⁽¹⁴⁰⁾.

Tan claro es que la cláusula compromisoria no reviste un carácter accidental, que se ha reconocido en numerosas instancias que su modificación no constituye una reforma al contrato social, y, por tanto, no se rige por la ley de mayorías. Así lo ha afirmado la Superintendencia de Sociedades citando al Tribunal Superior de Bogotá: Es por tales razones que, en criterio del Tribunal Superior de Bogotá (el ordenamiento jurídico) señaló una autonomía entre la cláusula compromisoria y el contrato, de tal suerte que aquella es un pacto que puede estar contenido en un contrato o documento anexo a él, pero que como “convenio” que es, debe estar avalado por todas las personas que intervienen en él [...]. La cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron^{(141) (142)}.

⁽¹³⁹⁾ Fuente: https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf.

⁽¹⁴⁰⁾ CAPUTO, LEANDRO, *¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario?* Fuente: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1343/Es%20necesario%20el%20consentimiento%20para.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁽¹⁴¹⁾ VALENCIA CORREA, CAMILA - IBARRA IBARRA, GUSTAVO y ARTE-TA CABALLERO, PABLO, J, “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/71%20\(2022\)/82570824003/index.html](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/71%20(2022)/82570824003/index.html).

⁽¹⁴²⁾ VALENCIA CORREA, C, y otros, cit. de donde se lee: El anterior análisis es de gran importancia para determinar la aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos suscitados con los administradores sociales. Como contrato autónomo, la vinculatoriedad del pacto arbitral requiere del consentimiento de todas las partes y, en este caso, del administrador. Es vital analizar, entre otros factores, la forma en la que el administrador brinda su consentimiento para habilitar la aplicación del pacto arbitral. A propósito de este tema, resulta pertinente resaltar dos proyectos de ley mediante los cuales se ha pretendido modificar el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Estos proyectos corresponden a los Proyectos de ley 006 de 2019[(archivado) y 009 de 2021, los cuales proponen una modificación al artículo 3º del Estatuto de Arbitraje,

La ley 18.046 de Chile ⁽¹⁴³⁾, arts. 125 y 4, inc. 10 hacen ver que la naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran *entre los accionistas en su calidad de tales, o entre estos y la sociedad o sus administradores*, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador ⁽¹⁴⁴⁾. Claramente, la ley chilena regula la extensión de la cláusula compromisoria al conflicto de interés surgido con los administradores.

En tal sentido, la ley de compañías ecuatoriana no solo establece la arbitrabilidad de las acciones dirigidas en contra de los administradores societarios, sino que, además, dispone expresamente que “los administradores de hecho y ocultos únicamente podrán ser declarados como tales a través de sentencia judicial o, cuando correspondiere, mediante laudo arbitral” (art. 272.8).

Por su parte, la ley 60/2003 española ⁽¹⁴⁵⁾ establece en su art. 11 *bis* el arbitraje estatutario en los siguientes términos: i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen; ii) La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social y, iii) Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral. Como puede verse, la ley española hace extensiva la cláusula compromisoria a los administradores sociales.

Recopilando lo señalado, el administrador tiene también un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como

consistente en la introducción de un nuevo párrafo que aplica por vía legal el pacto arbitral estatutario a los conflictos con los administradores sociales. A continuación, se transcribe el párrafo propuesto en el Proyecto de ley 009 de 2021, el cual resulta ser una versión modificada del párrafo propuesto en el Proyecto de ley del 2019: Párrafo 2. Todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad entre los asociados, la sociedad, los administradores y el revisor fiscal, podrán someterse a decisión arbitral en virtud de una cláusula compromisoria o compromiso o al conocimiento de amigables componedores. Cuando el pacto arbitral o de amigable composición se incluya en los estatutos sociales, vinculará a los asociados actuales y futuros. Igualmente, incluirá a los administradores y al revisor fiscal si así se pacta expresamente en los estatutos. [...] La inclusión, supresión o modificación de un pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales requerirá el voto favorable de un número plural de socios que represente por lo menos el setenta y ocho (78%) del capital suscrito en caso de las sociedades por acciones, o de las cuotas sociales o partes de interés de las demás sociedades. Cuando la inclusión, supresión o modificación del pacto arbitral o de amigable composición de los estatutos sociales afecte a los administradores, al revisor fiscal o a los accionistas sin derecho a voto se requerirá su consentimiento para que dichas decisiones les sean oponibles.

⁽¹⁴³⁾ Fuente: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29473>.

⁽¹⁴⁴⁾ Fuente: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_chl_anexo_26_sp.pdf.

⁽¹⁴⁵⁾ Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>.

en las de sus subalternos. Difícilmente, puede interpretarse que el deber de observar atentamente el cumplimiento de los estatutos o normas legales implica la voluntad de adherirse al contrato social y mucho menos al pacto arbitral. No puede pasarse por alto que, en virtud del principio de la relatividad de los actos jurídicos, “los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros”, y por ello “no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración”. De ahí que, al ser el administrador ajeno a la suscripción del contrato social, y con más razón, del pacto arbitral, no puede imponérsele la obligación de someter las controversias a un tribunal de arbitramento ⁽¹⁴⁶⁾.

La ley argentina nada dice al respecto, pero adherimos la postura que entiende que para que resulte viable extender la cláusula compromisoria a los administradores sociales, estos deben acreditarse una serie de circunstancias que no pueden darse por sentadas por el simple hecho de que tales sujetos pertenecen al órgano de administración de la sociedad. Tal como se le exige a cualquier otra persona la manifestación de voluntad expresa e inequívoca para acceder a la justicia arbitral o para obligarse en cualquier otro negocio jurídico, lo mismo debería suceder respecto de los administradores. Como se ha mencionado reiteradamente, la inobservancia del principio de habilitación por parte del administrador supondría una vulneración a una norma de rango constitucional y se estaría ignorando el carácter autónomo e independiente de la cláusula compromisoria.

5. VALORACIONES FINALES

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22.^a edición (DRAE), “seguridad jurídica” es equivalente, en única acepción, a la “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. Aunque necesitada de alguna matización, esta definición del Diccionario coincide plenamente con la propia de la ciencia jurídica. También para la ciencia del derecho, la seguridad jurídica hace primordialmente referencia a la “certeza”, certeza del derecho ⁽¹⁴⁷⁾.

En efecto, la seguridad jurídica busca que la “estructura” del ordenamiento jurídico sea correcta (sea justo para decirlo en otras palabras), y también que lo sea su “funcionamiento”. La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos democráticos. Entre esos principios encontramos los siguientes: (i) *lege promulgata*, según el cual para que una norma jurídica sea obligatoria debe haber sido adecuadamente promulgada (haber sido dada a conocer a sus

⁽¹⁴⁶⁾ VALENCIA CORREA, C y otros, cit.

⁽¹⁴⁷⁾ AMORÓS DORDA, F., “Seguridad jurídica”, Fundación Sociedad de la Información — SOCINFO, Seminario “Seguridad Jurídica y Administración Electrónica”, Madrid, 9 de mayo de 2012, p. 2.

destinatarios mediante las formalidades establecidas en cada caso); (ii) *lege manifesta*, según el cual las leyes (normas jurídicas en general), deben ser claras, comprensibles, alejadas de todo formalismo oscuro; (iii) *lege plena*, según el cual las consecuencias jurídicas de algunas conductas deben estar tipificadas en un texto normativo; (iv) *lege stricta*, según el cual algunas conductas pueden ser reguladas mediante cierto tipo de normas, es lo que se conoce como “reserva de ley”; (v) *lege previa*, según el cual las leyes solo pueden regir hacia el futuro y, (vi) *lege perpetua*, según el cual los ordenamientos jurídicos deben ser lo más *estables* posibles a fin que las personas los conozcan y puedan ajustar su conducta a lo que ellos dispongan. Como se puede apreciar, dichos principios no tienen sentido por sí solos; es decir, para que en verdad puedan estar al servicio de la seguridad jurídica, es necesario que todos ellos, sin excepción, estén presentes en un ordenamiento jurídico determinado ⁽¹⁴⁸⁾.

Pues bien, la experiencia demuestra que, los países que han incorporado el arbitraje societario —entre ellos Brasil, Perú, Colombia, Chile, España, entre otros, reciben mayor cantidad de inversiones internas y externas. Ello se explica por cuanto, el arbitraje —como mecanismo más eficiente de resolución de disputas—, se traduce en seguridad jurídica y, por tanto, en fuente de riqueza. A los inversores —internos y sobre todo externos—, les interesa conocer de antemano que desarrollarán inversiones en países en los que es de especial importancia al valor de la seguridad jurídica y, asimismo, que cuenten con mecanismos eficaces para la resolución de disputas como resulta el arbitraje.

La ley societaria —de 50 años ya— resulta insuficiente para brindar mecanismos idóneos tendientes a resolver las disputas societarias, al contrario, contribuye a robustecerlos. Así, los litigios que se dan en materia societaria son de índole y naturaleza muy variada, requieren imprescindible celeridad, mucho más si existe un efecto económico. En este sentido, se advierte la ineficacia del sistema judicial para resolver adecuadamente —ello es, en el tiempo y la forma que requiere la actividad mercantil— los conflictos que se dan en el seno societario. Las causas que a ello pueden atribuirse son de índole variada: excesiva dilación de los procesos, extensos plazos, excesivos rigorismos muchas veces injustificados, falta de especialización de algunos jueces en la materia societaria, falta de modernización y *aggiornamento* de la justicia, entre los más importantes. Todo lo mencionado demuestra que la justicia ha dejado ya —definitivamente— de ser un modo adecuado o eficaz de resolución de controversias.

En consecuencia, lo mencionado hasta aquí muestra a las claras la importancia del arbitraje societario como mecanismo indiscutible de resolución de disputas en tanto ha podido zanjar los obstáculos que lo ponían en duda,

⁽¹⁴⁸⁾ CARBONEL, Miguel, “Los derechos fundamentales en México”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/7.pdf>, p. 588.

exhibiendo grandes y notables ventajas. Todo ello promovió su sólida construcción y desarrollo en importantes países de la región. Hacia allí debemos ir: a la República Argentina le urge promover, desarrollar y sostener firmemente al arbitraje societario como piedra angular para resolver las disputas que allí se originen y, por demás, proteger a los inversores, en tanto este tipo de arbitraje brinda seguridad jurídica al inversor tanto interno como externo y ello podrá traducirse en riqueza para la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección”, *Rev. Actualidad Jurídica* N.º 16, 2007.
- ANAYA, JAIME - PODETTI, HUMBERTO, “Código de comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados”, t. I, Bibliográfica Omeba, 1965.
- AMORÓS DORDA, F., “Seguridad jurídica”, Fundación Sociedad de la Información — SOCINFO, Seminario “Seguridad Jurídica y Administración Electrónica”, Madrid, 9 de mayo de 2012.
- BALBIN, SEBASTIÁN, “Ejercicio de la acción en materia societaria”, 1ª Ed., ed. Cátedra jurídica, 2022.
- BOGGIANO, ANTONIO, “Tratado de derecho internacional privado”, sexta edición actualizada, ed. Thomson Reuters - La Ley, t. I, 2017.
- CAIVANO, ROQUE, El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2015. N° 13, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S, UNLP.
- , “Arbitraje Comercial Internacional”, Relato Sección Derecho Internacional Privado, XXX Congreso Anual de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI, 2018).
- CAIVANO, ROQUE, J. — CEBALLOS RIOS, NATALIA, M., “Tratado de arbitraje comercial internacional argentino”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2020.
- CAPUTO, LEANDRO ¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario? Fuente: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1343/Es%20necesario%20el%20consentimiento%20para.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- CARBONEL, MIGUEL, “Los derechos fundamentales en México”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/7.pdf>, CREMADES, Bernardo, El proceso arbitral en los negocios internacionales, Lima, ed. Themis Revista de Derecho, N.º 11, 1988.
- CZERNICH, Dietmar, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, en C. Klausegger, P. Klein, F. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, J.

- Power (Dirs), ed. G. Zeiler, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2015.
- DAHRENDORF, RALF, GUSTAV, “Elementos para una teoría del conflicto social”, fuente: <http://es.scribd.com/doc/158961097/Ralf-Dahrendorf-Teoria-del-conflicto-pdf>.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, Barcelona, Derecho Arbitral, N.º 2/2001, JM Bosch Editor, 2001.
- FERNANDEZ ROZAS, JOSE, C, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de Arbitraje* (Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar), ed. Jurídica de Chile, 2006.
- “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, No. 2 (julio-diciembre, 2005).
- GARCIA PAREDES, A, “El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post—judicial)”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 41, 2021.
- GINER, JESÚS, “Conflicto social (Teorías del)”. Fuente: https://alec.com.mx/uploads/links/97/U2.B._55_conficto_social_teorias.pdf.
- ILLESCAS, RAFAEL, “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, *Rev. De arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1 (1), 2008.
- MONTOYA ALBERTI, JOSE, U., “El arbitraje societario. Corporate arbitration”, *Revista Jurídica “Docentia et Investigation”*, Facultad de Derecho y Ciencia Política — UNMSM, Vol. 18, N.º 1, 2016.
- MUÑOZ-PEREA PIÑAR, Diego, *Los pactos parasociales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2020, fuente: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/los-pactos-parasociales-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/>.
- MUÑOZ PLANAS, JOSE, M., *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, 1978.
- O’NEILL DE LA FUENTE, CECILIA y del pino yupari, MELISA, “Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú”, *THĒMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020.
- ORO TAPIA, LUIS, “La noción del conflicto”, Fuente: <https://revistas.uchile.cl>, Chile.
- RIVERA, Julio César — RIVERA, Julio César (h) — AMADO, J, *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, Buenos Aires, 3ra. ed. actualizada y ampliada, ed. Abeledo Perrot, 2022.
- SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Cláusulas compromisorias en contratos internacionales: una aproximación comparada*, España, *Anuario Hispano- Luso-americano de derecho internacional*, 2017-2018.

- SCHNEIDER, LORENA, R., “Ejercicio abusivo de los derechos societarios”, ed. Astrea, 2017.
- _____, “Arbitrabilidad societaria en el derecho argentino y el derecho comparado”, publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (edición N.º 14), en enero de 2024.
- _____, “Arbitraje en disputas societarias”, editorial Marcial Pons, 2024.
- VALENCIA CORREA, CAMILA - IBARRA IBARRA, GUSTAVO y ARTE-TA CABALLERO, PABLO, J., “La aplicación de la cláusula compromisorio a los conflictos con administradores sociales”, <[https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/71%20\(2022\)/82570824003/index.html](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/71%20(2022)/82570824003/index.html)>.
- VALLARINO BERRETA, Claudia, “¿Es posible en Uruguay dirimir los conflictos societarios mediante arbitraje?”, Ponencia en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2016.
- VASQUEZ PALMA, María F., “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20 (1), 2014.
- VERGARA, CARLOS M., “Algunas consideraciones sobre el sistema clásico de proteccionismo del accionariado en la gran sociedad anónima”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º 11, 1987.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnacion-acuerdos-acto-245759>.
- VIDAL RAMIREZ, FERNANDO, El convenio arbitral, fuente: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084773>.
- Convención de Nueva York de 1958, Convención de Viena de 1980, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, de 1985 con enmiendas del año 2006, entre los más destacados.
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/conflicto-jur%C3%ADdico>.
- Normas de la International Bar Association (IBA, Directrices de la IBA para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional, 2010).
- (Corte di Appello, Court of Appeal, Florence, 27 January 1988, “Eastern Mediterranean Maritime Ltd. v. SpA erealtoscana”, reported in *Y.B. Comm. Arb.* XV (1990) pp. 496-98 (Italia, No. 103).
- El mismo cuerpo de normas —en idéntico sentido que el art. 1649, del CCyCN—, la Ley Modelo CNUDMI (art. 7º). Fuente: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.
- Ley peruana (art. 13, DL 1071) Art. 13, DL 1071, de 2008. Fuente: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma->

el-arbitraje.pdf. - Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por ley 11/2011 de 20 de mayo.

STS número 120/2020, de 20 de febrero. Más recientemente la STS español núm. 300/2022, de 7 de abril de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, Número 355/98, recaída en el Recurso 455/1994, en “Sugem Sociedad Anónima”, Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnacion-acuerdos-acto-245759>.

Lei das Sociedades Anônimas. Lei Nº 6.404. 15 de diciembre de 1976. Disponible en: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/leis-decretos/lei6404.html>.

Lei de XYZ do Brasil. Lei Nº 12375. 15 de diciembre de 2010. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112375.htm-

https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf.

PLANIFICACIÓN SUCESORIA EMPRESARIAL: UNA MIRADA AL DERECHO BRASILEÑO

POR MARCELA MAIA * y NADIALICE FRANCISCHINI
DE SOUZA **

Resumen

El presente trabajo examina el uso de herramientas jurídicas en la planificación sucesoria empresarial dentro del ordenamiento jurídico brasileño. A partir del análisis de instrumentos como el holdings patrimonial, los pactos sucesorios, los acuerdos de accionistas y los contratos con cláusulas estratégicas diseñadas para estructurar la sucesión sin vulnerar principios fundamentales del derecho de familia, se exponen las ventajas operativas que estos mecanismos ofrecen para preservar la actividad económica de la empresa. Asimismo, se advierte sobre los riesgos de desnaturalización mediante prácticas abusivas del derecho. El estudio pone énfasis en la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad dentro del derecho privado, sin perder de vista los límites impuestos por normas de orden público, en particular el derecho a la legítima y el principio de la saisine. El análisis se apoya en doctrina y jurisprudencia reciente del Superior Tribunal de Justicia brasileño.

Palabras clave

Sucesión familiar — Preservación de la empresa — La legítima — La “saisine”

* Abogada en Brasil. Especialista en Derecho Empresarial y Económico. Maestranda en la Universidad de Buenos Aires. Docente ayudante en la cátedra de Derecho Comercial en la Universidad de Buenos Aires. Árbitra integrante del listado de la Cámara Arbitral Latinoamericana (CALA) en San Pablo, Brasil. Formación en métodos adecuados de resolución de disputas con enfoque investigativo en el Mercosur.

** Abogada en Brasil. Doctora en Derecho en la Universidad Federal de Bahía, Brasil. Magíster en Derecho Privado y Económico en la Universidad Federal de Bahía, Brasil. Especialista en Derecho Empresarial. Docente.

BUSINESS SUCCESSION PLANNING: A LOOK AT BRAZILIAN LAW

Abstract

This paper reviews the use of legal instruments in business succession planning within the Brazilian legal framework. It analyzes mechanisms such as family holding structures, succession agreements, shareholders' agreements, and contracts with strategic clauses designed for facilitating intergenerational transfer without breaking fundamental principles of Family Law. The article highlights the operational advantages of these tools in ensuring business continuity. At the same time, it cautions against the misuse of such mechanisms through abusive legal practices. Emphasis is placed on the importance of respecting party autonomy in private law, while also acknowledging the boundaries imposed by mandatory rules — particularly the right to the legitimacy and the principle of saisine. The analysis draws upon recent legal doctrine and case law from the Brazilian Superior Court of Justice.

Keywords

Family succession — Preservation of the business — The legitimate inheritance

INTRODUCCIÓN

La sucesión empresarial, particularmente en el contexto de empresas familiares o sociedades con un número restringido de socios, representa uno de los mayores desafíos para la longevidad y prosperidad de los negocios. La transición generacional o de titularidad de una empresa involucra no solo aspectos económicos y de gestión, sino también complejas cuestiones jurídicas y familiares que, si no se planifican adecuadamente, pueden derivar en litigios severos, desvalorización del patrimonio y, en casos extremos, en la disolución o quiebra de la propia actividad empresarial.

En Brasil, la búsqueda de herramientas legales que garanticen la continuidad del negocio, la protección de los intereses de la empresa y la prevención de conflictos familiares y societarios es una preocupación creciente en el ámbito del derecho comercial y sucesorio.

En este escenario, el ordenamiento jurídico brasileño se caracteriza por una particularidad fundamental: la prohibición general de los pactos sobre herencia futura conforme establece el artículo 426 del Código Civil.⁽¹⁾

Esta restricción presenta un desafío para la planificación sucesoria empresarial, ya que limita la autonomía de las partes para disponer anticipadamente de derechos hereditarios sobre participaciones societarias.

⁽¹⁾ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Artículo 426. No puede ser objeto de contrato la herencia de una persona viva (traducción propia).

Ante esta restricción legal, la planificación sucesoria emerge como la principal herramienta en el derecho empresarial brasileño para la planificación sucesoria. Estos son instrumentos contractuales y societarios que se utilizan para establecer reglas claras sobre la transmisión de participaciones empresariales *inter vivos o mortis causa*, buscando mitigar los impactos del hecho sucesorio en función de la continuidad de la persona jurídica y los temas de herencia.

Sin embargo, su aplicación debe conciliarse con los principios del derecho sucesorio brasileño y las limitaciones impuestas por la prohibición de los pactos sobre herencia futura, lo que genera un entramado jurídico.

Dentro de este contexto, el problema que el presente artículo busca responder es: ¿Cómo el ordenamiento jurídico brasileño, frente a la prohibición de los pactos sobre herencia futura, posibilita la planificación de la sucesión empresarial y cuáles son las implicaciones de este marco legal para la seguridad jurídica, la prevención de conflictos y el riesgo de ocurrir abuso del derecho?

Para dar respuesta a esta cuestión, el objetivo principal de este artículo es analizar los institutos y las limitaciones presentes en el derecho brasileño en lo que concierne a la sucesión empresarial y la herencia futura, con especial enfoque en las principales herramientas utilizadas. Para ello, se buscarán, secundariamente: (1) Describir el régimen general de la sucesión en el derecho brasileño, con énfasis en el Principio de la *Saisine* y la prohibición de la herencia futura; (2) Examinar las herramientas legales para la planificación sucesoria empresarial; (3) La relevancia de estos instrumentos en la gobernanza corporativa; (4) Riesgos de ocurrir abuso del derecho y análisis de la jurisprudencia patria.

Metodológicamente, el artículo se dedicará al análisis argumentativo de cómo el ordenamiento jurídico brasileño concibe y aborda esta cuestión. A través de un enfoque cualitativo, la investigación bibliográfica y documental será empleada para identificar los *tópoi* (principios, argumentos y valores) que informan la regulación de la sucesión y las herramientas utilizadas, buscando comprender las premisas subyacentes que justifican las soluciones adoptadas en Brasil.

1. LA HERENCIA FUTURA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

1.1. El régimen general de la sucesión en el derecho brasileño: principio de la Saisine y prohibición de la herencia futura

El principio de la *saisine*, en el derecho brasileño, establece que, con el fallecimiento de una persona, la posesión y la propiedad de sus bienes se transmiten de forma inmediata a sus herederos legítimos. Así lo dispone expresamente el artículo 1.784 del Código Civil, al establecer que “[a]bierta la

sucesión, la herencia se transmite, desde luego, a los herederos legítimos y testamentarios” (BRASIL, 2002).

Este derecho también se encuentra garantizado en la Constitución Federal de Brasil (1988), en su artículo 5º, inciso XXX, que establece: “El derecho a la herencia está garantizado” (traducción propia). Y, según Lobo (2013, p. 36), ambas disposiciones legales tienen como “finalidad proteger a una categoría de personas” (traducción propia), es decir, los herederos.

Este principio tiene sus orígenes en el derecho feudal (PEREIRA. 2024, p. 31) y constituye una ficción jurídica cuyo propósito es “evitar que, durante el tiempo en que tramita el inventario o el ‘arrolamento,’⁽²⁾ la referida herencia remanesca sin titular” (2012).

Según Bucar (2024, p. 11), la incorporación de este principio al derecho brasileño se fundamentó en el “temor de dejar la herencia sin titular y, por lo tanto, sin administración”. Por su parte, Pereira (2024, p. 29) refuerza que la sucesión se produce con el evento de la muerte, otorgando a los herederos la titularidad del patrimonio independientemente de cualquier acto formal inicial.

El principio de la *saisine* en el derecho brasileño se ve fortalecido por la prohibición de la herencia futura, prevista en el artículo 426 del Código Civil (2002), que establece: “No puede ser objeto de contrato la herencia de una persona viva” (traducción propia).

El denominado pacto sucesorio o *pacta corvina* (en referencia a los cuervos que esperan la muerte), designa cualquier tipo de contrato cuyo objeto sea la herencia de una persona viva. Se trata de un acuerdo mediante el cual las partes disponen sobre derechos sucesorios que aún no se han perfeccionado, ya que dependen del fallecimiento de alguien.

Esta prohibición legal tiene por finalidad evitar la especulación sobre la muerte ajena y proteger al futuro titular del patrimonio, garantizándole plena libertad para disponer de sus bienes en vida, sin estar condicionado por acuerdos previos celebrados al margen del régimen legal o testamentario de la sucesión.

La prohibición está íntimamente relacionada con la distinción entre el derecho a heredar y el derecho a suceder. Según Lobo (2013, p. 36), antes del fallecimiento “no existe ningún derecho a suceder”. Y completa: “Antes de la muerte, existe una mera expectativa de derecho, pero no un derecho constituido o un derecho adquirido, porque la sucesión no ha ocurrido, siendo solo eventual” (traducción propia).

En este sentido, Pereira (2024) afirma que el derecho brasileño no “reconoce derecho adquirido a la herencia sino después de la muerte, configurándose como una mera expectativa que, por lo tanto, puede verse afectada por una nueva ley en relación con la herencia futura o de persona aún viva” (traducción propia).

⁽²⁾ *Arrolamento* es la terminología utilizada en el derecho brasileño para referirse a la denuncia de los bienes.

El Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ, 2024) se pronunció al analizar la validez de un pacto celebrado entre padre e hijo, en el cual el progenitor reconocía la paternidad del hijo y le indemnizaba, a cambio de que este renunciara a cualquier derecho hereditario. En su fallo, el tribunal concluyó que es ilícita la renuncia, así como cualquier transacción, anticipada sobre derechos sucesorios vinculados a una persona viva, esto porque no respetaba normas sucesorias de orden público.

Sin embargo, aún que la herencia sea solamente una expectativa, no se debe prohibir el detentor de los bienes de planear cómo quiere disponerlos después de su fallecimiento desde que las herramientas utilizadas no sean utilizadas con objetivo fraudulento.

1.2. La planificación sucesoria como instituto que no vulnera el principio de la saisine

La planificación sucesoria, a su vez, “es el instrumento jurídico que permite la adopción de una estrategia orientada a la transferencia eficaz y eficiente del patrimonio de una persona después de su muerte” (traducción propia). Esta herramienta reviste gran importancia para el titular del patrimonio que desea que su voluntad se cumpla tras su fallecimiento (TEIXEIRA, 2022, p. 43).

Según Hironaka y Tartuce (2019, p. 88), la planificación sucesoria es “el conjunto de actos y negocios jurídicos realizados por personas que mantienen entre sí alguna relación jurídica familiar o sucesoria, con el propósito de idealizar la división del patrimonio de alguien, evitando conflictos innecesarios y procurando concretar la última voluntad de la persona cuyos bienes integran su objeto” (traducción propia).

Teixeira (2022, p. 43) señala que “la planificación sucesoria responde a la necesidad de organización y permite que las personas enfrenten la dificultad humana de lidiar con la muerte” (traducción propia). A su vez, Reis et al. (2024) complementan que se trata de un instrumento jurídico de carácter multidisciplinario, ya que normalmente “exigirá la interacción de diversas ramas del derecho más allá del derecho de familia y sucesorio, especialmente el derecho tributario, empresarial e inmobiliario” (traducción propia).

La aceptación de la planificación sucesoria como un instrumento válido es pacífica, siempre que respete dos reglas fundamentales: (1) no puede vulnerar la porción legítima o la sucesión forzosa, es decir, la sucesión necesaria prevista en el artículo 1.845 del Código Civil brasileño; y (2) no debe involucrar pactos sucesorios o pacta corvina (HIRONAKA; TARTUCE, 2019).

En lo que respecta a la sucesión necesaria, el titular del patrimonio puede llevar a cabo el planeamiento sucesorio, pero, si tiene herederos necesarios, es decir, descendientes, ascendientes o cónyuge, no podrá disponer de más del cincuenta por ciento de sus bienes. Esto se debe a que el artículo 1.846 del Código Civil brasileño establece que “[p]ertenece a los herederos necesarios, de

pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, constituyendo la porción legítima” (BRASIL, 2002, traducción propia).

De este modo, el planeamiento sucesorio es válido siempre que respete el derecho de los herederos necesarios a recibir, al menos, la mitad del patrimonio existente al momento del fallecimiento del autor de la herencia, aún que no sea exactamente las acciones de la empresa, desde que reciba otra bien en compensación con el mismo valor.

En ese sentido, la Tercera Sala del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ, 2023) ha sostenido que “la parte indisponible del patrimonio, que corresponde a los herederos necesarios, puede figurar en el testamento, siempre que ello no implique privación o reducción de la porción que les corresponde por ley” (traducción propia).

En cuanto a la prohibición de los pactos sucesorios o pacta corvina, como ya se ha señalado en este artículo, está vedada cualquier transacción o negocio jurídico sobre herencia futura, es decir, sobre un patrimonio que aún no pertenece a la persona y que solo llegará a ser suyo una vez producido el fallecimiento del autor de la herencia. Tales actos son nulos de pleno derecho, como lo estableció el STJ en 2016, al resolver el Agravo Regimental en el Recurso Especial n.º 1.341.825-RJ, en el que afirmó:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. TRANSAÇÃO SOBRE HERANÇA FUTURA. NULIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Correto o interlocutório que, ao sanear processo de inventário, reconhece, incidentalmente, a nulidade de transação envolvendo herança de pessoa viva, mormente se o presumível autor da futura herança assina o documento de transmissão dos direitos hereditários na condição de anuente”.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSION. TRANSACCIÓN SOBRE HERENCIA FUTURA. NULIDAD. DECISIÓN MANTENIDA. RECURSO IMPROCEDENTE. Es acertado el auto interlocutorio que, al sanear el proceso de inventario, reconoce incidentalmente la nulidad de una transacción que versa sobre la herencia de una persona viva, especialmente cuando el presunto autor de la sucesión interviene como anuente en el acto de cesión de derechos hereditarios”.

(STJ, 2016, traducción propia).

A diferencia del planeamiento sucesorio, en el cual el titular del patrimonio dispone o planifica la disposición de sus propios bienes, en el pacto sucesorio es el presunto heredero quien negocia sobre un patrimonio que eventualmente podrá heredar, pero, para evitar la nulidad, es recomendable que todos los herederos firmen la planificación. La controversia gira en torno a quienes realizan el negocio jurídico, la manera con la cual se planifica y la protección de la legítima.

En este sentido, Hironaka y Tartuce (2019, p. 88-89, traducción propia) sostienen que una serie de institutos pueden ser empleados por el titular del patrimonio como herramientas para el planeamiento sucesorio, entre los cuales destacan:

a) La elección de un régimen patrimonial en el matrimonio o en la unión estable, incluso más allá de los previstos en el Código Civil brasileño (como regímenes mixtos atípicos), con estipulaciones específicas.b) La constitución de sociedades —como es el caso de las *holdings* familiares— para la administración e incluso la futura partición del patrimonio.c) La formación de negocios jurídicos especiales, como ocurre en la figura del *trust*.d) La realización de actos de disposición inter vivos, como las donaciones —con o sin reserva de usufructo— y *mortis causa*, como los testamentos, incluso con cláusulas restrictivas de incomunicabilidad, inembargabilidad e inalienabilidad.e) La ejecución de particiones en vida y cesiones de cuotas hereditarias después del fallecimiento.f) La celebración anticipada de contratos onerosos, como compraventas y cesiones de cuotas sociales, dentro de los límites jurídicos del sistema.g) La eventual inclusión de negocios jurídicos procesales en los instrumentos vinculados a varios de estos mecanismos.h) Los pactos paraempresariales, como ocurre en los acuerdos anticipados entre accionistas o socios.i) La contratación de seguros privados de previsión social, seguros de vida y fondos de inversión.

En el presente artículo, en virtud del recorte metodológico adoptado y de su afinidad con el derecho empresarial, se analizarán particularmente los siguientes institutos jurídicos utilizados en la planificación sucesoria: la renuncia a la herencia en el pacto antenupcial, las donaciones y particiones realizadas en vida, así como la constitución de *holdings* familiares.

2. LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN EL DERECHO BRASILEÑO PARA LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA

2.1. *Renuncia a la herencia en el pacto antenupcial*

En Brasil, “[e]l pacto antenupcial es un contrato celebrado por los futuros cónyuges para definir las reglas que regirán el patrimonio de la pareja después del matrimonio” (STJ, 2024, traducción propia). “El pacto antenupcial es el instrumento jurídico que *otorga mayor énfasis a la autonomía privada* en el derecho de familia, teniendo su origen en el reconocimiento de la libertad de los cónyuges para tutelar, de forma personalizada, su vida conyugal” (MAFRA; MENDONÇA, 2021, traducción propia).

La amplitud de las disposiciones posibles y de las cláusulas que pueden insertarse en el pacto antenupcial ha sido objeto de debate persistente en el ordenamiento jurídico brasileño, siendo que el Superior Tribunal de Justicia (STJ, 2024) ya ha entendido que dicho pacto “no se limita a la regulación patrimonial y puede incluir cláusulas no patrimoniales o indemnizatorias, siem-

pre que no violen la dignidad y los derechos y garantías fundamentales de los cónyuges” (traducción propia).

Esta interpretación permite una mayor autonomía de los contrayentes en cuanto a la regulación de sus relaciones personales y patrimoniales, flexibilizando normas y generando mayor reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes.

Al analizar interpretativamente el artículo 426 del Código Civil y el instituto del negocio jurídico, Rizkallah y Massaro (2023, p. 15) concluyen que la renuncia a la herencia no posee naturaleza contractual, por lo que estaría fuera del ámbito de restricciones impuestas por el pacto de corvina. Y explican que “[e]sto se debe a que la naturaleza de la renuncia no tiene el efecto de alterar la naturaleza del instituto, siendo un compartimiento menor dentro del acuerdo general del pacto” (traducción propia).

Además, Madaleno (2018, traducción propia) destaca que, en el caso de la renuncia, los dos principales argumentos que sustentan la prohibición de los pactos sucesorios, la especulación sobre la muerte de alguien, las ventajas patrimoniales que se obtendrían, y la restricción a la libertad de testar, no están presentes. No existe, por tanto, el impedimento ético, moral y normativo que impulsa la prohibición del pacto de corvina.

Esta interpretación no es unánime. Según Guércio Neto, Santos y Massoneto Junior (2023, traducción propia), se trata de una doctrina reciente que viene tomando forma en la contemporaneidad, especialmente al considerar la autonomía de la voluntad y la planificación familiar como valores jurídicos relevantes. Se parte del presupuesto de que ambos cónyuges deben encontrarse en igualdad de condiciones patrimoniales y jurídicas para poder ejercer plenamente dicha autonomía.

Aunque la previsión de renuncia en el pacto antenupcial no se encuentra actualmente contemplada en el ordenamiento civil brasileño, el Relatório Final da Reforma do Código Civil, elaborado por la Subcomisión de Derecho Sucesorio y presentado al Senado Federal como el Proyecto de Ley n.º 4/2025, prevé en el artículo 426, § 1.º, inciso II, que será permitido “a los futuros cónyuges o convivientes, mediante pacto antenupcial o de convivencia, renunciar a la condición de heredero” (traducción propia).

Asimismo, el § 2.º del mismo artículo 426 sería modificado para permitir que esa renuncia pueda formalizarse no solo mediante pacto antenupcial, sino también por escritura pública posnupcial (hecha en la escribanía), o, en el caso de la convivencia (*união estável*), en la propia escritura pública de convivencia (Senado Federal, 2025, traducción propia).

Al analizar dicha propuesta legislativa, Poletto (2024, traducción propia) considera que se trata de avances todavía tímidos, aunque relevantes, e incluso menciona experiencias extranjeras, como la europea que admiten los pactos sucesorios como instrumentos legítimos para garantizar la sucesión de una empresa familiar o la retribución de servicios prestados sin comprometer la actividad económica.

No obstante, es crucial subrayar que esta posibilidad se restringe a situaciones específicas y no implica una apertura generalizada a la validación de pactos sucesorios. La renuncia, en este contexto, se entiende como una manifestación legítima de la autonomía privada del matrimonio o de la pareja conviviente, que busca organizar de manera transparente su patrimonio y expectativas sucesorias antes del matrimonio, sin configurar especulación ni violación de la libertad de testar del *de cuius* respecto de terceros o herederos forzosos.

Así, aunque el derecho brasileño mantiene la prohibición categórica de los pactos de corvina, el debate en torno a la renuncia recíproca a la concurrencia sucesoria en los pactos antenuptiales revela un matiz interpretativo relevante. Dicho matiz refleja la búsqueda de soluciones que, sin desvirtuar el espíritu de la norma, permite a los individuos una mayor capacidad de planificación de sus vidas y patrimonios con libertad y autonomía, incluso respecto de las futuras sucesiones, lo cual resulta especialmente significativo en un contexto de creciente complejidad familiar y empresarial.

2.2. Donación y partición en vida

La denominada partición en vida tiene lugar cuando el titular del patrimonio, mediante un acto entre vivos, anticipa la distribución de sus bienes que, de otro modo, serían objeto de sucesión después de su fallecimiento.

Este instituto está autorizado por el Código Civil brasileño en su artículo 2.018, que dispone: “Es válida la partición realizada por un ascendiente, mediante acto entre vivos o de última voluntad, siempre que no perjudique la porción legítima de los herederos necesarios” (traducción propia). No se trata, por tanto, de un *pacto de corvina*, ya que consiste en una disposición patrimonial efectuada por el propio titular de los bienes respetando los límites de la legítima.

El medio más común para concretar dicha partición en vida es la donación, mediante la cual, por acto de liberalidad, el donante transfiere al donatario parte o la totalidad de su patrimonio, produciendo efectos inmediatos. El artículo 538 del Código Civil brasileño define este contrato como aquel “por el cual una persona, por liberalidad, transfiere de su patrimonio bienes o ventajas al de otra” (traducción propia).

En cuanto a la forma, no se exige un formalismo rígido para la validez del contrato de donación. De hecho, el propio artículo 541, párrafo único, del Código Civil establece que “la donación verbal será válida si se refiere a bienes muebles de pequeño valor, siempre que se realice de inmediato la entrega” (traducción propia). Para donaciones que versan sobre bienes inmuebles o muebles de valor considerable, se exige escritura pública o instrumento particular, según prevé el *caput* del mismo artículo.

Reis et al. (2024) destacan que la principal ventaja del contrato de donación con fines de planeamiento sucesorio radica en “la posibilidad de que el titular del patrimonio realice la división patrimonial, es decir, disponga de

sus bienes de la forma que considere más beneficiosa, conforme a sus propios propósitos y teniendo en cuenta la realidad de su núcleo familiar” (traducción propia).

En la misma línea, Teixeira (2022) sostiene que “la ventaja del contrato de donación en la planificación sucesoria consiste en permitir que, en vida, el titular del patrimonio disponga de sus bienes y verifique si los actos de disposición satisfacen sus objetivos” (traducción propia).

Cuando la donación tiene como finalidad la anticipación de la herencia, el donante debe respetar los límites de la legítima. En este sentido, el artículo 549 del Código Civil brasileño prohíbe expresamente la donación a un heredero necesario por un valor superior al que podría recibir por testamento. Así lo entendió el Superior Tribunal de Justicia (STJ) en el juicio del Recurso Especial n.º 2107070 - SC (2025), al declarar la nulidad de una donación *inoficiosa*, es decir, aquella que excede los límites disponibles por el causante, vulnerando la legítima y beneficiando desproporcionadamente a un heredero en detrimento de los demás.

Otras cuestiones que merecen atención al momento de realizar la partición en vida mediante donación se refieren a la irrevocabilidad de la transferencia del bien, salvo en los casos de ingratitud del donatario o de incumplimiento de carga, según lo dispuesto en el artículo 555 del Código Civil brasileño, que establece: “Puede revocarse la donación por incumplimiento del encargo o por ingratitud del donatario” (traducción propia).

En el caso de incumplimiento del encargo, la configuración se da cuando el donatario deja de cumplir la obligación, menor o accesoria, a la que se había comprometido como condición para recibir el bien. Por su parte, la ingratitud se caracteriza cuando el donatario incurre en alguno de los comportamientos tipificados en el artículo 557 del Código Civil brasileño, que establece:

“Artículo 557. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud si:

“I — el donatario atentó contra la vida del donante o cometió delito doloso de homicidio en su contra;

“II — le causó una ofensa física;

“III — lo injurió gravemente o lo calumnió;

“IV — pudiendo proveerlos, negó al donante los alimentos que este necesitaba” (traducción propia).

De este modo, si la carga está siendo debidamente cumplida y no se configura ninguna de las hipótesis legales de ingratitud, no es posible revocar la donación una vez perfeccionada y concretada. Por ello, el titular del bien debe estar plenamente convencido del acto de liberalidad, pues, tras la transferencia al donatario, los bienes ya no le pertenecen. Precisamente por esta razón, cuando la donación tiene por finalidad la partición en vida, es habitual que se incorpore una cláusula de usufructo y/o de reversión.

La cláusula de donación con reserva de usufructo vitalicio permite que el autor de la herencia transfiera el patrimonio a sus herederos, asegurándose, sin embargo, el derecho de usar y disfrutar del bien hasta su fallecimiento. De esta forma, los bienes ya son registrados a nombre de los herederos, mientras que el propietario conserva, como regla, el derecho de residir en el inmueble o de percibir sus rentas. Con el fallecimiento del usufructuario, no será necesario abrir inventario sobre estos bienes, ya que la transmisión patrimonial ya se ha producido. Esto se debe a que, conforme al artículo 1.394 del Código Civil brasileño: “el usufructuario tiene derecho a la posesión, uso, administración y percepción de los frutos” (traducción propia).

La inclusión de la cláusula de usufructo tiene, además, la función de evitar la infracción al artículo 548 del Código Civil, el cual prohíbe la donación de la totalidad del patrimonio si no se reserva parte de los bienes o renta suficiente para la subsistencia del donante. Con la percepción de frutos derivados de los bienes inmuebles, como alquileres, o de cuotas/acciones, como dividendos, el donante garantiza los recursos necesarios para su mantenimiento, aun sin ser ya el titular formal del patrimonio.

Otra cláusula común en las donaciones con fines de partición en vida es la cláusula de reversión, que permite al donante estipular que los bienes le sean restituidos en caso de que el donatario fallezca antes que él.

Esta cláusula solo puede ser estipulada en favor del donante, estando expresamente prohibida su estipulación en favor de terceros, conforme lo determina el párrafo único del artículo 547 del Código Civil brasileño, siendo por tanto una cláusula personalísima. Si se estipula en beneficio de un tercero, el acto se considera como pacto sucesorio (*pacto de corvina*) y, por ende, nulo de pleno derecho, tal como señalan Hironaka y Tartuce (2019, p. 102).

La donación puede versar tanto sobre bienes muebles como inmuebles, y es común que recaiga sobre cuotas o acciones de sociedades empresariales. En estos casos, suele estar acompañada por la constitución de un *holding* patrimonial. Así, mediante la cláusula de usufructo, el autor de la herencia asegura la percepción de dividendos de la sociedad, y mediante la cláusula de reversión garantiza que, si el donatario fallece antes que él, su participación societaria no será transferida a terceros.

2.3. Holding *patrimonial*

La empresa *holding*, también llamada *holding* patrimonial, según la definición de Mamede y Mamede (2013, p. 106), es una persona jurídica “que actúa como titular de bienes y derechos, lo que puede incluir bienes inmuebles, bienes muebles, participaciones societarias, propiedades industriales (patente, marca, etc.), inversiones financieras, entre otros” (traducción propia). Su utilidad en el ámbito del planeamiento sucesorio reside en que permite al autor de la herencia definir anticipadamente los objetivos de transición del patrimonio empresarial, como, por ejemplo: “la opción por la continuidad de la empresa

en el seno de la familia, y cómo funcionarán las futuras generaciones, o si la empresa deberá ser vendida” (Madaleno, 2013, p. 195; traducción propia).

En el contexto sucesorio, Manganelli (2017) subraya que los *holdings* patrimoniales cumplen la función de “concentrar y organizar la administración, evitando la fragmentación de los votos de los integrantes de la familia” (traducción propia).

De este modo, se evita la dilapidación del patrimonio, se reducen los riesgos de disputas familiares, la participación de hijos sin formación relevante para ejercer determinadas funciones y se garantiza la continuidad de la compañía.

No obstante, para que el *holding* patrimonial logre efectivamente sus fines, es imprescindible que su contrato social y el acuerdo de socios o accionistas estén cuidadosamente redactados y contengan cláusulas específicas, tales como la cláusula de administración, la creación de un consejo familiar, y disposiciones sobre la reversión de donaciones, además, para evitar nulidades, tener la firma de los herederos.

2.4. Diferencias entre contrato social y acuerdo de socios (accionistas)

La operatividad del planeamiento sucesorio mediante *holdings* patrimoniales depende principalmente de dos documentos: el contrato social y el acuerdo de socios o accionistas.

Según Tomazette (2014, p. 217), el contrato social es el acto constitutivo de la sociedad, aquel que le da existencia jurídica. En términos de Fazzio Júnior (2013, p. 125-126), se trata de un contrato pragmático que representa una fotografía de la sociedad empresaria, en la medida en que “indica quiénes son los socios, el objeto social, el capital social y la participación de cada socio en él, la administración de la sociedad, así como cláusulas que retratan la *affectio societatis*, tales como las de retiro, de sucesión, y la cláusula de participación en las ganancias y en las pérdidas” (traducción propia).

El contrato social se encuentra sujeto a reglas estrictas. En el caso de las sociedades limitadas, el tipo más común en Brasil, su constitución debe obedecer lo dispuesto en el artículo 997 del Código Civil brasileño, pero también pueden elegir los socios la aplicación subsidiarias de la ley de las sociedades anónimas, desde que expresamente determinado en el contrato social.

Las sociedades anónimas, por su parte, deben ajustarse a los requisitos específicos en cuanto a asambleas, publicidad y responsabilidad, establecidos en la ley 6.404, del 15 de diciembre de 1976.

A diferencia del contrato social, el acuerdo de accionistas o acuerdo de socios es un “contrato parasocial” (FAZZIO JÚNIOR, 2013, p. 243-244) y fue incorporado al ordenamiento brasileño a través de la reforma introducida por la ley 10.303, de 2001, que modificó la mencionada Ley de Sociedades Anónimas.

Con la inclusión de este mecanismo, los socios pasaron a poder establecer reglas relativas a la compra y venta de acciones, el derecho de preferencia, el ejercicio del derecho de voto o el poder de control, que deberán ser observadas

por la compañía si el acuerdo se encuentra registrado en su sede, conforme al artículo 118.

El acuerdo de socios o de accionistas ofrece mayor flexibilidad que el contrato social, ya que permite a los socios deliberar sobre cuestiones que exceden el funcionamiento formal y obligatorios de la sociedad, abarcando aspectos de convivencia y previsiones que no desean hacer públicas, como, por ejemplo, el planeamiento sucesorio familiar.

En ese sentido, Santos (2023) afirma que, mediante el acuerdo, los socios “pueden abordar materias de relevancia interna, aclarar, detallar y precisar cláusulas contractuales, pero no pueden contradecir lo estipulado en el contrato social, ni infringir preceptos legales, ni utilizarlo en perjuicio de terceros” (traducción propia).

Como regla general, el acuerdo de socios no es público y sus efectos se restringen a las partes contratantes. No obstante, si los socios optan por registrarlo ante la Junta Comercial (IGJ de Brasil), este podrá producir efectos frente a terceros.

2.5. *Cláusulas principales que aseguran la planificación sucesoria en los holdings*

Madaleno (2013, p. 194) destaca que “la planificación sucesoria no se restringe a la existencia de sociedades empresarias y mucho menos a aquellas de constitución familiar”, sin embargo, es ampliamente buscada por empresarios y socios de empresas familiares que desean garantizar la continuidad de las actividades empresariales tras el fallecimiento, o incluso como forma de realizar la transferencia del patrimonio en vida (traducción propia). No obstante, ese objetivo solo se logra mediante instrumentos jurídicos que permitan efectivizar la voluntad del autor de la herencia.

En esa perspectiva, el acuerdo de socios o de accionistas se muestra como instrumento idóneo, especialmente porque su registro no es obligatorio y sus cláusulas pueden permanecer reservadas entre los socios, como ocurre con las previsiones de contenido sucesorio. Sin embargo, nada impide que tales cláusulas también se inserten directamente en el contrato social cuando afecten a terceros, por ejemplo, los acreedores o inversores.

Entre las cláusulas con finalidad sucesoria comúnmente presentes en los *holdings* patrimoniales, aquella que regula la transferencia del patrimonio a un heredero o legatario específico es la más emblemática, dada su finalidad manifiesta.

Oliveira Filho (2022) es aún más categórico al afirmar que, dado que todos los socios son mortales, “esta cláusula debería ser de previsión obligatoria en las disposiciones contractuales societarias, especialmente en las sociedades constituidas por tiempo indeterminado” (traducción propia).

Si el contrato social y/o el acuerdo de accionistas no contempla disposiciones sobre la muerte de un socio, se aplicará lo dispuesto por el artículo 1.028 del Código Civil brasileño (regla general), según el cual los socios sobrevi-

vientes decidirán el destino de las cuotas sociales del fallecido. Es decir, decidirán si los herederos ingresan a la sociedad o si se liquida su parte, pagándose el valor al acervo sucesorio.

Con una cláusula sucesoria debidamente pactada, los socios conocerán de antemano lo que ocurrirá ante el fallecimiento de uno de ellos, pudiendo incluso establecer la incorporación de un heredero específico en detrimento de otros. En ese caso, para no violar la legítima, si existen múltiples herederos, deberá realizarse una compensación patrimonial con otros bienes.

Otra cláusula de gran relevancia en los *holdings* sucesorios es la cláusula de administración. En términos generales, dicha cláusula determina quién será el responsable por la representación legal de la sociedad, quién asumirá la gestión cotidiana y qué poderes se le confieren. La sociedad no puede quedar acéfala, y depender del poder judicial para nombrar un administrador temporal ante conflictos entre herederos no es una solución viable. Por ello, se recomienda prever desde el inicio quién asumirá la administración en caso de sucesión.

Cláusulas que restringen el ingreso de nuevos socios o limitan el retiro de herederos también son frecuentes en *holdings* patrimoniales destinadas a la planificación sucesoria. Su objetivo es asegurar que la sociedad permanezca en manos de los miembros de la familia, prohibiendo la cesión de participaciones a terceros no familiares y la comunicabilidad del patrimonio con cónyuges.

No obstante, no se puede prohibir completamente el retiro del socio, dado que tal derecho está garantizado por el artículo 1.029 del Código Civil.⁽³⁾ Sin embargo, puede estipularse que, en caso de retiro, la participación deberá ser adquirida por los demás socios o liquidada, de modo que se evite el ingreso de terceros ajenos al grupo familiar.

También es común la inclusión de una cláusula de resolución de conflictos mediante un consejo familiar. A través de esta cláusula, si surge un conflicto entre dos o más socios, antes de que derive en la ruptura o disolución de la sociedad, la familia debe reunirse y, conforme a las reglas establecidas para la resolución de controversias, intentar encontrar una solución consensuada.

Además de estas cláusulas, otras previsiones como la cláusula de usufructo sobre cuotas o acciones, y la cláusula de reversión en las donaciones de ac-

⁽³⁾ Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade. Artículo 1029. Además de los casos previstos por la ley o por el contrato, cualquier socio podrá retirarse de la sociedad; si esta fuera por tiempo indeterminado, mediante notificación a los demás socios con una antelación mínima de sesenta días; y si fuera por tiempo determinado, deberá probar judicialmente la existencia de una justa causa. Parágrafo único. Dentro de los treinta días siguientes a la notificación, los demás socios podrán optar por la disolución de la sociedad.

tivos societarios, también pueden integrarse libremente, entre muchas otras. Al tratarse de reglas de convivencia no obligatorias, tales cláusulas podrán prever cualquier disposición, siempre que no contravengan la ley.

3. LOS PACTOS SUCESORIOS COMO HERRAMIENTA DE GOBERNANZA CORPORATIVA

El adecuado diseño de un plan sucesorio empresarial se alinea con las mejores prácticas de gobernanza corporativa y constituye una herramienta clave para la gestión preventiva de riesgos organizacionales. Tal como señala el Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa (2007), las personas figuran como uno de los principales factores causales de riesgo en las organizaciones, mientras que la reputación se presenta como una de sus consecuencias más críticas.

En efecto, la falta de claridad en la definición de los objetivos estratégicos y en su adecuada comunicación interna puede comprometer la sinergia organizacional y erosionar el valor corporativo (IBGC, 2007, pp. 16—17).

Desde esa perspectiva, la ausencia de un plan sucesorio claro y consensuado representa un riesgo estructural latente, ya que una transición imprevista del liderazgo puede desencadenar disputas familiares, desalineación de propósitos y pérdida de legitimidad frente a terceros, particularmente ante empleados, socios comerciales e inversores.

En cambio, cuando la sucesión es planificada con criterios de transparencia, participación y preparación técnica de los sucesores, no solo se mitiga el riesgo vinculado al factor humano, sino que también se refuerza la reputación institucional y la confianza en la continuidad del negocio. Así, el planeamiento sucesorio empresarial debe ser comprendido no como un evento aislado, sino como un proceso transversal de gobernanza que incide directamente en la sostenibilidad estratégica de la organización familiar.

Una planificación sucesoria bien articulada constituye un pilar esencial para garantizar la continuidad operativa, la estabilidad patrimonial y la preservación de la identidad organizacional, tanto en empresas familiares como en aquellas cotizadas en bolsa. Este proceso exige una estrategia anticipada que no solo contemple la transferencia de activos y participación societaria, sino que también incorpore la preparación efectiva de los futuros sucesores, considerando criterios objetivos como la competencia técnica y la capacidad de gestión, así como factores subjetivos, tales como la disposición, la madurez y el alineamiento con los valores corporativos.

En Brasil, el ordenamiento permite una amplia libertad para la redacción de cláusulas contractuales, siempre que no contravengan normas de orden público como señalado a lo largo del artículo.

Además, la posibilidad de constituir *holdings* familiares como vehículo patrimonial y de gobernanza ha favorecido un entorno normativo y práctico

propicio para la planificación sucesoria y empresarial. Tales mecanismos, combinados con la flexibilidad negocial y la ausencia de restricciones en cuanto a la forma o contenido de los pactos entre vivos, fuera de los límites de la legítima y de la prohibición de la herencia futura, han generado un modelo ampliamente adoptado en la praxis societaria brasileña, sostenido por la jurisprudencia patria, que busca anticipar y organizar, de manera estratégica, la sucesión generacional en empresas.

Más allá de facilitar el traspaso del liderazgo, los pactos sucesorios, en los ordenamientos que los admiten, deben ser entendidos como instrumentos estratégicos de gobernanza. Su correcta utilización contribuye directamente al fortalecimiento de la actividad económica, al mantenimiento de empleos y a la preservación del tejido productivo nacional.

La carencia de una planificación sucesoria estructurada, por el contrario, puede desencadenar rupturas familiares, litigios, paralización de actividades y, incluso, la quiebra de empresas sólidas, generando impactos negativos significativos en la dinámica socioeconómica de un país. Por ello, urge repensar el marco normativo y doctrinal que regula la sucesión empresarial con libertad, especialmente en contextos jurídicos restrictivos, promoviendo soluciones que armonicen la autonomía privada con la seguridad jurídica y el interés público.

Cuando el diálogo promovido en el seno del consejo de familia no logra resultados efectivos, es recomendable recurrir al protocolo familiar, que deberá contener mecanismos orientados a prevenir que los conflictos interfamiliares interfieran en la conducción de los negocios, sin que ello implique la paralización de la actividad empresarial.

Entre los diversos temas que dicho instrumento puede abordar, destacan asuntos de gran sensibilidad para las empresas familiares, como la distribución de dividendos, la remuneración por trabajo en comparación con el capital aportado, las reglas para la compraventa de acciones, el derecho de preferencia, el ejercicio del voto, el control societario y, especialmente, la salida de socios familiares.

Tales cuestiones, por su potencial conflictivo, se benefician de una previsión clara dentro del protocolo, permitiendo así una gestión preventiva y consensuada (BONILHA, 2019, citado por CANELA; FRATTARI; LENTE, 2024).

4. LAS POSIBILIDADES DE ABUSO DEL DERECHO EN LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EMPRESARIAL: EJEMPLO DE UNA OPERACIÓN FRAUDULENTE JUZGADA POR EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE BRASIL

En el marco de una gobernanza empresarial comprometida con la integridad y la responsabilidad, resulta imprescindible considerar los límites éticos y jurídicos en el ejercicio de los derechos. Según el artículo 187 del Código Civil

brasileño, ⁽⁴⁾, incurre en ilicitud quien, aun siendo titular de un derecho, lo ejerce de manera que exceda manifiestamente los límites impuestos por su función económica o social, por la buena fe o por las buenas costumbres (Brasil, 2002).

De este modo, la actuación que desnaturaliza la finalidad del derecho o contraviene principios ético-jurídicos fundamentales puede ser calificada como abuso, y su configuración se verifica cuando se infringe al menos uno de estos tres parámetros normativos.

Un caso paradigmático que ilustra el uso abusivo de estructuras societarias con el fin de eludir derechos patrimoniales legítimos fue examinado por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil en el Recurso en Mandado de Seguridad n.º 53.531/RJ (STJ, 2017).

En el contexto de un procedimiento de sucesión iniciado tras un largo matrimonio de 27 años, el tribunal analizó la creación y manipulación de personas jurídicas con el propósito de excluir bienes del acervo conyugal.

El exesposo, controlador directo o indirecto de diversas sociedades, entre ellas, *GB Armazéns*, *Parso Participações* y *Rio Minas 10 Empreendimentos* habría registrado en nombre de tales empresas la mayor parte del patrimonio construido durante la relación conyugal, reconociendo a su expareja apenas un 3% del total.

Esta operación formalmente lícita, materializada a través de actos societarios con apariencia regular, fue considerada por el tribunal superior como una maniobra orientada a desviar bienes comunes y frustrar los efectos jurídicos de la disolución del matrimonio.

A través de un *holding* familiar, *CIB Negócios Imobiliários S.A.*, en la que la exesposa también participaba, se habrían realizado actos societarios destinados a ocultar o encubrir la titularidad real de ciertos activos relevantes, incluyendo un inmueble de alto valor situado en la Avenida Atlântica, en Copacabana (Río de Janeiro).

Ante la sospecha de fraude, el tribunal determinó, en sede cautelar, el secuestro de 60% de las acciones de la sociedad, el bloqueo del bien inmueble y la declaración de ineficacia de diversas asambleas societarias retroactivamente, por considerar que tales actos, aunque revestidos de formalidad legal, tenían una finalidad ilícita y contraria a la buena fe.

El caso pone de manifiesto cómo la instrumentalización de la persona jurídica puede configurar un abuso del derecho, cuando se desvía su función legítima para perjudicar a terceros, en este caso, la excónyuge, dando espacio a un nuevo patrimonio ficticio, desconectado de la realidad económica y construido sobre un fundamento de simulación y mala fe.

⁽⁴⁾ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Este precedente jurisprudencial refuerza la comprensión de que el principio de la autonomía privada no es absoluto, especialmente cuando se enfrenta a deberes jurídicos derivados de relaciones familiares y sucesorias. La libertad para constituir personas jurídicas, reorganizar estructuras patrimoniales o celebrar actos societarios encuentra sus límites en los principios de la buena fe, la lealtad y la función social del derecho.

Cuando tales prerrogativas se ejercen con el propósito de frustrar legítimos derechos de un cónyuge o de herederos, como ocurrió en el caso analizado, el derecho societario no puede ser invocado como escudo para legitimar fraudes. La actuación aparentemente regular en el plano formal no exime al agente de responsabilidad cuando se evidencia el desvío de finalidad, configurándose así una típica hipótesis de abuso del derecho, pasible de nulidad de los actos, ineficacia relativa y medidas de tutela patrimonial urgentes.

Este tipo de jurisprudencia cumple, además, una función pedagógica relevante: desincentivar el uso disfuncional de figuras societarias en contextos de litigio familiar y reforzar el papel preventivo de la gobernanza patrimonial ética.

5. CONCLUSIÓN

La planificación sucesoria empresarial no es solo una herramienta legítima dentro del ámbito de la autonomía privada, sino también una estrategia moderna e indispensable para la continuidad de las empresas familiares, la protección patrimonial y la estabilidad intergeneracional. Lejos de ser un mero artífice de transmisión de bienes, su adecuada implementación permite armonizar intereses afectivos, societarios y económicos, anticipando conflictos y reforzando la solidez estructural de las organizaciones.

No obstante, como lo demuestra la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, el diseño de estructuras societarias con fines sucesorios exige cautela. La instrumentalización abusiva de vehículos jurídicos, especialmente los *holdings* patrimoniales, puede desvirtuar la función social de la empresa y configurar ilícitos cuando orientada a defraudar derechos de terceros, como excónyuges o herederos forzosos.

Sin embargo, el reconocimiento de estos riesgos no debe transformarse en un óbice a la planificación sucesoria en sí misma y a la autonomía de la voluntad. Antes bien, exige una praxis responsable, fundada en los principios de buena fe, lealtad, transparencia y respecto a las normas del derecho sucesorio.

Las cláusulas contractuales, los acuerdos de socios, los protocolos familiares y los instrumentos societarios deben ser utilizados con técnica, previsión y sentido ético, sin perder de vista su rol en la preservación del tejido empresarial y del valor colectivo que muchas empresas familiares representan para la economía nacional.

En última instancia, más que restringir el uso de estos mecanismos, lo que se impone es su regulación inteligente y su implementación prudente. La planificación sucesoria empresarial, bien conducida y jurídicamente validada, no solo es compatible con el orden público, sino que constituye un poderoso instrumento de estabilidad social y desarrollo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- BUCAR, D. (2024). Existe o Droit de Saisine no Sistema Sucessório Brasileiro. In A. C. B. Teixeira & A. L. M. Nevares (Coords.), *Direito das Sucessões* (2a ed.). Foco.
- Brasil. (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- CANELA, K. C., FRATTARI, M. B., & LENTE, T. F. (2024). The family holding company with corporate governance practices as an alternative to succession planning: A dialog based on the succession series. *Revista de Direito, Arte e Literatura*, 10(1), 64—78.
- FAZZIO, Júnior, W. (2013). *Manual de Direito Comercial* (14a ed.). Atlas.
- GAGLIANO, P. S. (2012). Der Tote erbt den Lebenden e o Estrangeirismo Indesejável. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/827/Der+Tote+erbt+den+Lebenden+e+o+Estrangeirismo+Indesej%C3%A1vel>
- GUÉRCIO NETO, A. D., Santos, C. E. M. dos, & Massoneto Junior, J. F. (2023). A renúncia sucessória no pacto antenupcial: O aumento do clamor social e a nova posição que vem se formando na doutrina brasileira. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2016/A+ren%C3%Bancia+sucess%C3%B3ria+n+o+pacto+antenupcial%3A+O+aumento+do+clamor+social+e+a+nova+posi%C3%A7%C3%A3o+que+vem+se+formando+na+doutrina+brasileira>
- HIRONAKA, G. M. F. N., & Tartuce, F. (2019). Planejamento Sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, 21, 87-109. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/466>
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). (2007). Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos. <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/22121/Orienta%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20Risco%20cad3.pdf>
- LOBO, P. (2013). Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar. In *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família* (pp. 35-46). Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>
- MADALENO, R. (2013). Planejamento Sucessório. In *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>

- MADALENO, R. (2018). Renúncia de herança no pacto antenupcial. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, (27). Disponível em: https://infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf
- MAFRA, T. C. M., & Mendonça, R. B. (2021). Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. Civilistica.com, 10(3). Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/564>
- MANGANELLI, D. L. (2017). Holding familiar como estrutura de planejamento sucessório em empresas familiares. Revista de Direito, 8(2), 95—118. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1789>
- MAMEDE, G., & Mamede, E. C. (2013). Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico (3a ed.). Atlas.
- OLIVEIRA FILHO, I. de F. A. de. (2022). Cláusulas sucessórias nos contratos de sociedade. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/365523/clausulas-sucessorias-nos-contratos-de-sociedade>
- PEREIRA, C. M. da S. (2024). Instituições de direito civil: direito das sucessões (29a ed.). Forense.
- POLETO, C. E. M. (2024). Os contratos sucessórios na reforma do Código Civil. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-11/os-contratos-sucessorios-na-reforma-do-codigo-civil/>
- REIS, A. B. G. dos, Duru, F. M., & Hellmeister, R. T. (2024). Planejamento Sucessório através dos Contratos de Doação. Revista Tópicos. Disponível em: <https://revistatopicos.com.br/artigos/planejamento-sucessorio-atraves-dos-contratos-de-doacao>
- RIZKALLAH, R. J., & Massaro, R. L. S. R. (2023). A validade da renúncia ao direito concorrencial sucessório no pacto antenupcial. Direito UNIFACS — Debate Virtual, (282). Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8583>
- SANTOS, J. E. (2023). Acordo de Sócios: o que é e para que serve. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-10/ernane-santos-acordo-socios-serve/>
- Senado Federal. (2025). Projeto de Lei nº 4, de 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>
- Superior Tribunal de Justiça. (2016, 9 de novembro). Agravo em Recurso Especial n. 375.914 - RJ. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201201844315&dt_publicacao=09/11/2016
- Superior Tribunal de Justiça. (2017, 27 de outubro). Recurso em Mandado de Segurança n.º 53.531/RJ. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Recuperado de <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=77801031&tipo=0&nreg=201700537782&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171027&formato=PDF&salvar=false>

- Superior Tribunal de Justiça. (2023, 27 de junho). Testamento pode tratar de todo o patrimônio, desde que respeite a parte dos herdeiros necessários. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/27062023-Testamento-pode-tratar-de-todo-o-patrimonio--desde-que-respeite-a-parte-dos-herdeiros-necessarios.aspx>
- Superior Tribunal de Justiça. (2024, 10 de novembro). Felizes para sempre, nos termos do contrato: o que diz o STJ sobre o pacto antenupcial. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/10112024-Felizes-para-sempre--nos-termos-do-contrato-o-que-diz-o-STJ-sobre-o-pacto-antenupcial.aspx#:~:text=Mas%20o%20que%20%C3%A9%20esse,do%20casal%20ap%C3%B3s%20o%20casamento.>>
- Superior Tribunal de Justiça. (2025, 7 de fevereiro). Recurso Especial n. 2107070-SC. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=293818235@istro_numero=202303238840&peticao_numero=&publicacao_data=20250207&formato=PDF
- Superior Tribunal de Justiça. (2025). Informativo Jurisprudencial. Edição Extraordinária n. 20. Direito Privado. Disponível em: [\(https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?livre=@CNOT=020865TEIXEIRA,DanieleChaves\)](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?livre=@CNOT=020865TEIXEIRA,DanieleChaves)
- Daniele Chaves. (2022). Noções Prévias do Direito das Sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In, *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Tomo I TEIXEIRA (Coord). Fórum.
- TEIXEIRA, Daniela Chaves. (2022). Algumas ferramentas jurídicas utilizadas em um planejamento sucessório: seguro de vida, doação e fundo de rendimento. In: *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Fórum.
- TOMAZETTE, Marlon. (2014). *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. 6. ed. Atlas.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: Uma Contribuição à Pesquisa Fundamental do Direito*. Tradução de Kelly Susane E. Recchia. Revisão de Guido Antônio de Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

PREScripción DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA

POR PABLO D. FRICK * y RODRIGO JAIME **

Resumen

La ausencia de una regulación clara respecto del plazo y cómputo de la prescripción de las acciones de responsabilidad previstas por el régimen societario generó un arduo debate. El objetivo del presente trabajo es actualizar —a la luz de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente— la interesante discusión que la doctrina y la jurisprudencia efectuaron en torno a la prescripción de las acciones de responsabilidad en materia societaria. Luego de diferenciar cada tipo de acción, su objeto y los sujetos legitimados, examinamos las posiciones doctrinarias clásicas y proponemos una solución interpretativa según el régimen vigente. Finalmente, exponemos los problemas que aún subsisten y las nuevas interrogantes que se avizoran.

Palabras clave

Sociedades — acción social de responsabilidad — acción individual de responsabilidad — prescripción — suspensión

*Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Cursó estudios de posgrado en las Universidades de Salamanca y Carlos III de Madrid. Juez de la Nación (fuero comercial de la Capital Federal). Catedrático / profesor titular de Cátedra —por concurso— de Derecho Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor titular de Derecho Concursal en el Eseade. Profesor de cursos y carreras de posgrado (UBA, UCA, ESEADE, UMSA, UBelgrano, UCCuyo, entre otras). Tutor y jurado de tesis doctorales y tesinas de máster (Universidad de San Andrés, UADE, UM). Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho. Miembro de la Sociedad Científica Argentina. Director, coordinador y autor de más de 10 libros y 20 artículos sobre temas de su especialidad. Conferencista, expositor y panelista en diversos eventos jurídicos.

** Abogado (UBA). Prof. Adjunto (i) de Concursos y Quiebras en la Facultad de Derecho de la UBA, donde también dio clases de Elementos de Derecho Comercial y de Sociedades Civiles y Comercial. Prof. adjunto (i) de “Instituciones de Derecho Privado” en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA. Coordinador general de la Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico Empresarial (UBA — Derecho). Fue secretario (*ad hoc*) del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 8. Cursó diversos estudios de posgrado sobre derecho empresarial. Autor de numerosas publicaciones en temas de su especialidad.

STATUTE OF LIMITATIONS FOR LIABILITY ACTIONS IN CORPORATE MATTERS

Abstract

The absence of clear regulation regarding the statute of limitations for liability actions provided under the corporate law framework in Argentina has generated intense debate. The aim of this paper is to update—in light of the provisions of the current National Civil and Commercial Code—the discussion held by legal scholarship and jurisprudence concerning the statute of limitations for liability actions—against directors and officers—in corporate matters. After describing each type of action, its purpose, and the entitled parties, we examine classical doctrinal positions and propose an interpretive approach under the current legal framework. Finally, we outline the persisting issues and emerging new questions.

Keywords

Corporations - liability action - liability action against directors and officers - statute of limitation

1. NOCIONES PRELIMINARES

La prescripción es el medio para adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, según surge de la letra del art. 3947 del Código Civil velezano, que si bien ha sido derogado mantiene actualidad en esta breve definición. ⁽¹⁾

La prescripción liberatoria constituye, entonces, una sanción mediante la cual se priva al acreedor de la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, cuya operatividad se encuentra sujeta a la voluntad del deudor, que puede renunciarla. ⁽²⁾

De tal manera, como medio de liberación del deudor por el transcurso del tiempo expresamente fijado por la ley, sirve a la seguridad jurídica al dar estabilidad a los derechos y las relaciones entabladas. ⁽³⁾

⁽¹⁾ No es casual que Vélez Sarsfield, en la nota al art. 3961 del Código Civil derogado, haya sostenido que la prescripción de las acciones personales se funda únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligación.

Ello consagró el alejamiento de los ordenamientos jurídicos decimonónicos y contemporáneos de la idea romana según la cual las acciones civiles eran perpetuas y —por ende— imprescriptibles.

⁽²⁾ Conf. art. 2535, CCiv.y Com.

⁽³⁾ FRICK, Pablo D., Responsabilidad profesional de los administradores societarios, Buenos Aires, D&D, 2011, p. 127.

De lo anterior se colige que la prescripción es una institución jurídica que produce la aniquilación del derecho de ejercer una acción, de modo que debe analizarse mediante una interpretación restrictiva. Como contrapartida, la admisión de actos tendientes a preservar la subsistencia del derecho debe ser comprendida en forma amplia ante casos de duda. ⁽⁴⁾ Es así que el criterio restringido en su interpretación importa el beneficio de la vigencia del derecho en supuestos dudosos. Y encuentra sustento en elementales razones de seguridad y orden social; por cuanto una de las funciones del derecho es eliminar situaciones inestables, impidiendo que sean materia de revisión una vez transcurrido cierto período. ⁽⁵⁾

2. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY 19.550

Sentado lo anterior, debemos poner de relieve que el ordenamiento jurídico sobre sociedades en nuestro país carece de disposiciones específicas sobre prescripción. No contiene, por lo tanto, términos prescriptivos aplicables a las acciones de responsabilidad incoadas contra los administradores.

La cuestión no es menor, ya que la LGS contempla dos acciones de responsabilidad que pueden promoverse contra los administradores:

(a) La “acción social de responsabilidad” (arts. 276/278) que persigue la recomposición del daño causado al patrimonio del ente y puede ser iniciada por la sociedad, los socios individualmente pero en interés de aquella (o sea, ejercida *ut singuli*) o el síndico en caso de quiebra; y,

(b) la “acción individual” (art. 279) que procura recomponer intereses patrimoniales particulares del socio o tercero que la inicia. ⁽⁶⁾

Por ello, cuando de diseñar estrategias, preparar demandas, iniciar juicios o litigar en los tribunales se trata, debe tenerse en claro cuál es el plazo pres-

⁽⁴⁾ CNCiv.yCom.Fed., Sala III, “Elma S.A. c/Sanda S.A.”, del 29/10/1996; cnfr. arg. TRIGO REPRESAS, Félix —LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, La Ley, 2005, Tomo IV, p. 563.

⁽⁵⁾ CNCiv.yCom.Fed., Sala III, “DellaZoppa, Silvestre c/Caja Nacional de Ahorro y Seguros”, del 9/12/1991.

⁽⁶⁾ La acción individual del art. 279 puede ser ejercida aun en aquellos casos en los cuales la sociedad hubiera desistido de iniciar o proseguir la vía prevista en el art. 274. De tal forma, esta acción (del socio o tercero en su propio beneficio) resulta independiente de la acción social de responsabilidad, inclusive en aquellas hipótesis en las cuales se hubiera pactado un quitus respecto de la responsabilidad que el accionista atribuye individualmente y como consecuencia del daño a su patrimonio particular (conf. GRISPO, Jorge, Acción individual de responsabilidad en la ley de sociedades, publ. en La Ley del 28/12/2010). Para incoar esta acción, no es necesario obtener una autorización social. Tampoco su ejercicio se encuentra condicionado al de la acción entablada por parte de la sociedad (art. 276, LGS); ni su planteo se realiza en subsidio de la acción social, sino independientemente, pues posee diverso contenido. Es independiente de aquella y, por ende, ninguna renuncia ni transacción de la sociedad puede obstaculizarla. Así, ningún acuerdo de la asamblea ni ninguna cláusula contractual o estatutaria impide su admisibilidad (conf. ROITMAN, Horacio, Ley de sociedades comerciales, Buenos Aires, La Ley, 2006, Tomo IV, p. 601).

criptivo por invocar y el momento inicial de su cómputo. Más aún, considerando la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya relevante incidencia en el caso analizaremos más adelante.

3. EL PLAZO PRESCRIPTIVO APLICABLE A LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Para conocer el plazo prescriptivo aplicable a un conflicto de índole societario, debe acudirse a las normas sobre la materia del derecho común.⁽⁷⁾ Pero la cuestión no es tan sencilla; presenta dificultades que ya eran evidentes en el régimen anterior al del actual Código Civil y Comercial, y aquellas no han sido del todo superadas.

Analicemos entonces las variantes y vicisitudes existentes al respecto.

3.1. *El régimen anterior a la sanción de la ley 26.994*

3.1.1. *El caso de la acción ejercida por la sociedad o por los socios*

El art. 848 del derogado Código de Comercio establece que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de sociedad y las operaciones sociales opera a los tres años; siendo este plazo aplicable a todos los tipos societarios.⁽⁸⁾

Tal plazo trienal comienza a correr desde: (a) la fecha en que la asamblea declara la existencia de la causal y, en caso de inacción de la sociedad, transcurridos 3 meses de tal resolución; y, (b) la fecha en que se aprueba la gestión de los administradores.⁽⁹⁾

Por el contrario, si se trata de hechos ilícitos que generan responsabilidad de índole extracontractual, la prescripción —a criterio de ciertos autores— es de dos años (art. 4037 del Código Civil de Vélez), contados desde la comisión del hecho dañoso, el cual es independiente del cese en el cargo por parte de los administradores.⁽¹⁰⁾

Sin embargo, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha considerado que la demanda tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del administrador por mal desempeño en sus funciones con base en lo

⁽⁷⁾ FRICK, Pablo D., “Aspectos controvertidos en torno al ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del síndico concursal (nota a fallo)”, en *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones* número 231, julio/agosto de 2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 144/152; y en revista *Y* considerando de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año 12, octubre de 2008, n°83, p. 37/40.

⁽⁸⁾ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Depalma, 1964, Tomo VI, p. 115.

⁽⁹⁾ GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, Tomo II, p. 1063.

⁽¹⁰⁾ GAGLIARDO, ob. cit., p. 1063 *in fine*, con cita de la Sala B de la Cámara Comercial. Ver también OTAEGUI, Julio C., *Administración Societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979, p. 407.

preceptuado por los arts. 274 y 276 de la ley 19.550 contiene una acción típica del ordenamiento societario (acción “social” de responsabilidad), con prescindencia de que los actos del demandado revistan caracteres lícitos o ilícitos, ya que su valoración debe efectuarse de acuerdo con el standard de conducta exigido por el art. 59, que le impone el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. ⁽¹¹⁾

Otros han entendido que el plazo aplicable es el decenal del art. 846 del derogado Código de Comercio y, cuando el daño fuere individual (art. 279, LGS), el inc. 1 del art. 848. ⁽¹²⁾

Ahora bien, teniendo en cuenta que las acciones de responsabilidad revisten carácter “resarcitorio” (a favor de la sociedad en la “acción social” y a favor del socio o tercero en la “acción individual”) y que pueden ser ejercidas por fuera del contrato social, no debe descartarse la aplicación del art. 4037 del Cód. Civil —sostenida por Gagliardo y Otaegui por ejemplo, como vimos *supra*— en cuanto dispone lo siguiente: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”. Es que las normas sobre derecho común son plenamente aplicables a la actividad societaria por remisión del Título Preliminar del Código de Comercio, que la ley 19.550 integra (aunque hoy “complementa” el Código Civil y Comercial de la Nación).

No obstante, parte de la doctrina ha entendido que a las acciones de responsabilidad —tanto a la social como la individual— les resulta aplicable el plazo trienal del art. 848 inc. 1° del Código de Comercio. ⁽¹³⁾

Alegría también concluye que a las acciones social e individual de responsabilidad les es aplicable el plazo prescriptivo del mencionado art. 848 inc. 1° del Código de Comercio ⁽¹⁴⁾ y, en el mismo sentido, Roitman agrega que parece innegable que la responsabilidad que origina la acción social deriva de la manera incorrecta en que el órgano de administración realizó las operaciones sociales conforme las estipulaciones del estatuto. ⁽¹⁵⁾

⁽¹¹⁾ CNCom., Sala A, “Eledar S.A. c/Serer, Jorge A.”, del 8/10/1997, publicado en La Ley 1999-B-123.

⁽¹²⁾ HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 462.

⁽¹³⁾ SASOTBETES, Miguel A.-SASOTBETES, Miguel P., *El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980, p. 549, con cita de Farina.

Asimismo, se ha entendido que el “contrato de sociedad” al que refiere el art. 848 inc. 1° del derogado Cód. de Comercio no contemplaba la figura jurídica que define el art. 1° de la LGS, sino el instituto legal organizado por el legislador en la ley y demás disposiciones del Código que le eran complementarias (CNCom., Sala A, “Eledar S.A. ...”, con citas del fallo de la misma Sala recaído en los autos “Everest Cía. de Seguros Generales S.A. s/ quiebra c/Eros Tomas Loureiro y otros s/ daños y perjuicios”, del 12/3/1985 y de ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Código de Comercio y Leyes complementarias*, Tomo VI, p. 118 y VERÓN, Alberto V., *Sociedades Anónimas de Familia*, Tomo II, p. 836/837).

⁽¹⁴⁾ ALEGRÍA, Héctor, “Prescripción de acciones contra directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número 22, Santa Fe, RubinzalCulzoni, Santa Fe, p. 289.

⁽¹⁵⁾ ROITMAN, ob. cit., p. 583.

No obstante, según la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la prescripción breve solamente comprende a: a) las acciones de la sociedad contra los socios; b) las de los socios contra la sociedad y, c) la de los socios entre sí. En los tres casos, se aclaró, los socios deben actuar como integrantes de la sociedad y en relaciones que se consideran comprendidas en el contrato social ⁽¹⁶⁾.

3.1.2. La acción ejercida por el síndico concursal ⁽¹⁷⁾

En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, por los acreedores individualmente. De este modo, la acción social en la quiebra se somete a ciertas reglas especiales: (a) es promovida por el síndico concursal como parte coadyuvante o por separado; (b) requiere la autorización previa del art. 119 de la ley 24.522, otorgada por la simple mayoría del capital quirografario (art. 248, LCQ); y, (c) cualquier acreedor interesado puede promoverla en defecto del síndico, quien será previamente emplazado en los términos del art. 120 de la LCQ —en este caso la acción se deduce a su costa y sin conformidad previa de los acreedores—.

Ahora bien, considerando que el sujeto activo será —en primer término como dijimos— el síndico concursal, surgió el cuestionamiento de qué plazo prescriptivo resulta aplicable, dado que tal funcionario ejerce la acción en beneficio de la masa de acreedores, quienes —en principio— son terceros respecto de la sociedad y las relaciones entre esta y sus administradores.

En líneas generales existía uniformidad en la jurisprudencia para aplicar el plazo decenal del art. 846 del Código de Comercio ⁽¹⁸⁾. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la reparación de daños con base en la regla del art. 278 de la ley 19.550 genera responsabilidad tanto contractual como aquiliana. Y si la responsabilidad que se imputa es del primer tipo, no procede aplicar el art. 4037 del Código Civil, sino el 846 del Código de Comercio ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Autos “Martínez Hnos. S.A. en J° 21.313/110.931 Pérez de Arete, Elsa y María E. Pérez de Cabeza por sí y Cristina A. P. de Egea por sí y por la sucesión de María Elina Martínez c. Martínez Hnos. S.A. p/cumplimiento de contrato s/cas”, del 20/6/2006.

⁽¹⁷⁾ Nos referimos a la acción social de responsabilidad ejercida por el síndico conforme lo autorizan el art. 175 de la LCQ y el 278 de la LGS, que algunos autores denominan “acción subrogatoria concursal de responsabilidad” (ver NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, Tomo III, pp. 270 y ss.). No debe confundírsela con la acción “concursal” de responsabilidad respecto de terceros (que incluye a los administradores). Esta última —que no es objeto del presente trabajo— está regulada en los art. 173/4 de la ley 24.522 y tiene un plazo de prescripción de dos años contados desde el decreto de quiebra.

⁽¹⁸⁾ BRITTO, Nora C., “Problemas en torno a la prescripción de la acción social de responsabilidad”, en FRICK, Pablo D —director—, *Derecho Empresarial Contemporáneo*, Buenos Aires, D&D-elDial, 2010, pp. 205 y ss.

⁽¹⁹⁾ CNCom., Sala C, “Geneve c/Papin”, del 27/6/1989.

También se ha dicho que como el funcionario concursal —en su carácter de pretensor— es un tercero en relación a la sociedad y actúa en representación de la masa de acreedores, parece razonable la aplicación, a los efectos de la prescripción, de la regla del referido art. 846 del Código de Comercio ⁽²⁰⁾.

Conforme a tal doctrina, la Fiscalía General ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial adujo que las acciones de responsabilidad de tipo societario, comprensivas de la responsabilidad contractual derivadas del incumplimiento de las funciones propias de los órganos de administración y fiscalización, no comprende tan solo casos producidos por el incumplimiento de un contrato sino que se hace extensiva a las obligaciones emergentes de la ley, por lo que el plazo de prescripción de tal acción debe analizarse conforme a lo dispuesto por el art. 846 del Código de Comercio; en la medida en que el síndico es un tercero en relación a la sociedad y —reiteramos— actúa en representación de la masa ⁽²¹⁾. En similar sentido se expidió la Sala E de la Cámara Comercial en los autos “Crear Crédito Argentino S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda en Liquidación c/Campos Antonio y Otros s/ ordinario”, del 21/03/2000.

Siguiendo la línea mayoritaria referida supra, la jurisprudencia ha dicho que el plazo decenal de prescripción de la acción instaurada en los términos del art. 278 de la ley 19.550, basada en la calificación de culpable y fraudulenta de la conducta de los accionados —respecto de su actuación en el manejo de una sociedad fallida— debe comenzar a correr desde la aludida calificación de conducta, dado que al fundarse en ella esta acción resulta imposible que pudiese iniciarse antes ⁽²²⁾.

Cabe acotar que, por su parte, Roitman sostiene que el ejercicio de las acciones sociales en la quiebra se rige por el plazo de prescripción de la acción de fondo, de modo que, como la posición de la quiebra respecto de los civilmente responsables es la de tercero, se aplica el art. 4037 del Código Civil.

3.2. La prescripción en el Código Civil y Comercial de la Nación

Uno de los efectos más destacados de la reforma legislativa es la unificación de las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual. El código, recogiendo el extenso y casi unánime desarrollo doctrinario de las últimas

⁽²⁰⁾ CNCom., Sala E, “El Peregrino S.A. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad promovida por la sindicatura”, del 27/11/2001, con Dictamen Fiscal N° 87655.

⁽²¹⁾ Dictamen Fiscal N° 65509 en autos resueltos por la Sala A de la CNCom., en “Compañía Financiera del Plata S.A. s/ quiebra c/Carlino, Reinaldo s/ ordinario” del 20/12/1991.

Ver también CNCom., Sala A, “Cervecería Estrella de Galicia S.A. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad”, del 12/10/2000, con Dictamen Fiscal N° 84503.

⁽²²⁾ CNCom., Sala E, “Masaccardi de Gómez, Maria Teresa c/Personal Temporarios S.R.L y otros s/ ordinario”, del 30/10/2001.

décadas ⁽²³⁾, enfocó adecuadamente al daño como eje central de la responsabilidad y el consiguiente deber de reparar ⁽²⁴⁾.

Esta unificación de la responsabilidad civil trajo como consecuencia natural un profundo cambio en la prescripción al desaparecer la clásica diferencia entre la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual de aquella que surge como consecuencia de la inobservancia del deber genérico de no dañar (el tradicional principio *alterum non laedere*).

De su lado, la fusión en el código de las materias civil y comercial significó la desaparición de varias de las distinciones en el plazo prescriptivo referidas en los puntos anteriores, pues existe ahora una regulación *a priori* única.

El principio general en materia de prescripción liberatoria viene dado por el art. 2560 del Código Civil y Comercial que establece un plazo genérico de cinco años, en ausencia de otro distinto. Empero, en el tópico que nos ocupa, la norma más relevante parece ser la del art. 2561, segundo párrafo, que fija en tres años el plazo de prescripción para los reclamos indemnizatorios derivados de la responsabilidad civil. ⁽²⁵⁾

Parece ser entonces que la reforma de nuestro régimen jurídico simplificó considerablemente la cuestión analizada, pues en el marco actual, cualquier acción de responsabilidad contra los administradores prescribiría a los tres años, de acuerdo a lo previsto en art. 2561 —segundo párrafo— del CCiv.y Com.

No debe perderse de vista que la derogación del art. 848 inc. 1° del Código de Comercio eliminó la regulación específica del plazo prescriptivo aplicable a las obligaciones emergentes del contrato social que la doctrina mayoritaria estimaba adecuado para la acción social de responsabilidad. Además, la

⁽²³⁾ Ya en el año 1989 en las “XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, la Comisión No. 2, que trató “La unificación de los regímenes de la responsabilidad civil” formuló la siguiente declaración: “De lege lata (unanimidad) 1: Existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil a partir del dato de concebir al daño como centro de unidad del sistema.”

⁽²⁴⁾ El Código Civil y Comercial, al comenzar la sección referida a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, destaca que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716).

⁽²⁵⁾ El sistema se completa con varios supuestos especiales, enumerados en los arts. 2561 a 2564. Y si bien excede el objetivo del presente trabajo, no puede dejar de advertirse la discusión que ha generado la parte final del art. 2560 que faculta a las legislaciones locales a fijar un plazo genérico de prescripción distinto del dispuesto en el Código Civil y Comercial. Es del todo evidente que la regla enfrentará desafíos en torno a su constitucionalidad, desde que la prescripción, como forma de extinción de las obligaciones, es una materia cuya legislación corresponde en principio al Estado Federal. La previsión fue introducida por el Congreso de la Nación —no estaba en el anteproyecto— y concuerda con el art. 2534 que faculta a las legislaciones locales a regular la prescripción liberatoria “en cuanto al plazo de tributos”. En el conocido precedente “Filerosa” (CSJN, 30/09/2003) se sostuvo precisamente que, en materia de prescripción, no correspondía aplicar la norma local si esta contradecía la regulación de fondo. El mismo criterio se mantuvo ya en vigencia del actual régimen legal, en autos “First Data Cono Sur S.R.L. c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Dirección General de Rentas) s/ recurso facultativo (acción de nulidad).” (CSJN, 28/03/2023). Empero, ese precedente fue dictado con la anterior integración del Máximo Tribunal y cuenta con una extensa disidencia del Dr. Rosatti, de manera que la discusión dista de estar cerrada.

distinción sobre el origen de la responsabilidad imputada a los administradores —esto es, su carácter contractual o aquiliano— resulta ahora indiferente a efectos de establecer el plazo prescriptivo, en razón de la mencionada unificación.

También el plazo genérico decenal que preveía el art. 846 del Código de Comercio —y que varios autores y tribunales consideraban aplicable a distintos supuestos de responsabilidad, particularmente, cuando el síndico incoaba la acción— fue derogado y no parece *a priori* razonable reemplazarlo por el plazo también genérico de cinco años establecido en la nueva regulación, cuando en definitiva las acciones sociales son resarcitorias y para ello se prevé ahora un plazo legal prescriptivo específico ⁽²⁶⁾.

En efecto: el código prevé un plazo de tres años para la prescripción de los reclamos resarcitorios que proceden de la responsabilidad civil, sea contractual o no, emane del deber profesional de los administradores, del deber genérico de no dañar, o del incumplimiento del estatuto social. En tal contexto, no se advierten circunstancias que ameriten apartarse de la expresa previsión legal.

Si bien no abundan los antecedentes sobre este tema, a pesar del tiempo transcurrido desde la sanción del CCiv.yCom. —lo que se explica por el usualmente dilatado trámite que acarrearán las acciones societarias de responsabilidad hasta el dictado de la sentencia— ya existe algún caso donde se apuntó, *obiter dictum*, que el plazo de prescripción aplicable es el de tres años previsto por el art. 2561, segundo párrafo, del código de fondo, tal lo postulado en este trabajo.

Se expuso allí, en coincidencia con lo explicado más arriba, que: ⁽²⁷⁾

“... Cabe ahora focalizarse en que uno de los efectos más destacados de la reforma legislativa es la unificación de las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual. El CCCN, adoptando el desarrollo doctrinario que precedió a la sanción de dicho cuerpo normativo, enfocó al daño como eje central de la responsabilidad generador del consiguiente deber de reparar (art. 1.716, CCCN).

“Esta unificación de la responsabilidad civil trajo como derivación un profundo cambio en la prescripción, al desaparecer la clásica distinción entre la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual de aquella que surge como consecuencia de la inobservancia del deber genérico de no dañar (el tradicional principio *alterum non laedere*).

“Ergo, el principio general en materia de prescripción liberatoria viene dado, en la actualidad, por el art. 2.560, CCCN, que establece un plazo genérico de cinco (5) años, en ausencia de otro distinto. Empero, en el tópico bajo estudio, la norma más relevante parece ser la del art. 2.561, segundo párrafo, que fija en tres (3) años el plazo de prescripción para los reclamos indemnizatorios derivados de la responsabilidad civil”.

⁽²⁶⁾ Las injusticias que esta solución podría causar para cuando existe un decreto de quiebra, podrían sortearse a través del mecanismo que explicaremos en el punto 6° de este trabajo.

⁽²⁷⁾ CNCom., Sala A, “JC Taxi SRL s/ quiebra c/ D’Onofrio, Juan Carlos y otros s/ ordinario”, del 07/02/2022.

En similar sentido, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial afirmó que el plazo prescriptivo actualmente aplicable es el trienal previsto por el art. 2561 segundo párrafo del CCiv.yCom.:

“Sin perjuicio de lo expuesto, el CCCN en el art. 2561 establece que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil prescribe a los tres años, además el art. 2537 CCCN establece la forma de contar los plazos de prescripción en virtud de la modificación de una ley posterior; sea que resulte de aplicación el Código de Comercio derogado (atento que la ley de sociedades no contiene normas sobre prescripción) o que resulte de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial, la acción no se encuentra prescripta en tanto el plazo es el mismo (3 años)”⁽²⁸⁾.

Y si bien en esos precedentes se juzgó aplicable la normativa ahora derogada, marcan con claridad la posición que, creemos, tenderá a adoptar la jurisprudencia en el futuro.

4. EL *DIES A QUO*

4.1. *La acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad o por un socio*

En el caso de la sociedad *in bonis* corresponde distinguir la teoría que estima que si la propia sociedad a través de su órgano de gobierno decide iniciar la acción de responsabilidad, el plazo comenzaría a correr —para el ente— desde la celebración de la asamblea respectiva, y tres meses después para los socios que la inicien en defecto de la sociedad, de conformidad con los arts. 276/277 de la LGS, que no fue modificada en este aspecto. Asimismo, el plazo comenzaría desde la aprobación de la gestión de los directores, para quienes hayan votado en contra de tal decisión, o bien, estén ausentes en la asamblea⁽²⁹⁾.

Esa postura mereció críticas pues se ha sostenido que dejaría al arbitrio del acreedor el comienzo del plazo de prescripción. Nótese que la promoción de la acción de responsabilidad tiene como antecedente —en el supuesto analizado— la declaración de causal por parte de la asamblea. Si la sociedad, eventual acreedor de la indemnización, dilata esa decisión, el cómputo del plazo de liberación podría quedar diferido indefinidamente. Así, se entendió que el término debería computarse desde el acaecimiento del hecho dañoso, esto es, desde que tuvo lugar la conducta reprochada a los directores⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Dictamen fiscal 150642 del 26/06/2017 al que remite la CNCom., Sala B, “Ofma S.A. s/ quiebra c/ Cano, Mario Daniel y otro s/ ordinario”, del 13/07/2017.

⁽²⁹⁾ GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, 4ta. ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2004, Tomo II, p. 1063.

⁽³⁰⁾ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios*, Buenos Aires, Heliasta, Tomo 4, p. 432.

La solución, como se advierte, no es para nada lineal. Es que el director infiel seguramente intentará ocultar su actuar prejudicial para el ente, impidiendo que lo conozca. Y naturalmente, no propondrá a la asamblea una acción de responsabilidad en su contra. Esto puede tener el efecto de favorecer al director que con su acción u omisión impidió el normal ejercicio de las acciones societarias. Con razón destaca Borda que “no es posible que quien tenía el deber de interrumpir la prescripción en defensa de los bienes administrados, pueda invocar su omisión dolosa para ampararse en la prescripción corrida. Tal conducta sería contraria a la buena fe y no puede recibir el amparo del derecho” ⁽³¹⁾.

Otros autores ponen el foco en el daño, considerando que la acción queda expedita —y permite el inicio del plazo de prescripción— cuando están presentes todos los presupuestos de responsabilidad; particularmente entienden que debe prestarse atención al daño, que en definitiva es el presupuesto que determina la medida de la acción.

Desde ese prisma, se ha sostenido que “la acción queda expedita con la producción del daño, con la particularidad de que para su ejercicio es menester ‘preparar la vía’ mediante el cumplimiento de los pasos y recaudos establecidos en el art. 276 y siguientes de la LSC” ⁽³²⁾. Según esta postura, el foco no está en el hecho dañoso, de difícil cognoscibilidad, sino en la manifestación de las consecuencias económicas del accionar del administrador.

Intentando conciliar las diferentes posturas, hay autores que sostienen que la prescripción comienza a correr desde la asamblea que se pronuncie al respecto o bien desde aquella que haya considerado el ejercicio en el cual se produjeron los hechos perjudiciales. Ello, en la inteligencia de que deben convocarse asambleas dentro de los cuatro meses de cerrado el ejercicio, y la responsabilidad de los directores derivaría de la decisión sobre, precisamente, ese ejercicio ⁽³³⁾.

Si la asamblea general ordinaria no fuera celebrada, correspondería computar el plazo de prescripción desde el vencimiento del plazo para convocarla, esto es, cuatro meses después de cerrado el ejercicio pertinente ⁽³⁴⁾.

4.2. La acción individual del art. 279 de la LGS

En este caso la regla es, como ocurre en materia de responsabilidad civil, que debe tomarse como punto de partida de la prescripción al día del acaeci-

⁽³¹⁾ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones II*, 3 ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, p. 33.

⁽³²⁾ FERRER, Germán, “Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, p. 177.

⁽³³⁾ NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, Tomo III, p. 299.

⁽³⁴⁾ CNCom., Sala A, “Rodríguez Adriana M. y otros c/ Bóveda, Carlos H., y otro s/ sumario”, del 17/05/2002.

miento del daño ⁽³⁵⁾. Sin embargo, puede considerarse como el *dies a quo* de la prescripción al momento en que se tuvo conocimiento de la conducta reprochable del director si esta no fuere inmediata; o desde que debió habérselo tenido, empleando la debida diligencia ⁽³⁶⁾. Esto, por supuesto, deberá ser decidido de acuerdo a las particulares condiciones de cada caso.

Lo anterior, teniendo en cuenta que rige en la materia la previsión del art. 2550 del CCiv.yCom. (que viene a reemplazar al derogado art. 3980 del Cód. Civ.) en cuanto faculta al juez a dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente su ejercicio de la acción y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos.

4.3. La acción social iniciada por el síndico concursal (art. 278, LGS)

Si la acción fuera iniciada por el síndico de la quiebra —o por los acreedores ante la inacción de este— no parece razonable tomar alguna de las fechas antes señaladas para el cómputo de la prescripción, pues el funcionario no podía conocer, antes de su designación —ni tenía obligación de hacerlo— la forma en que se desempeñaban los directores y las posibles causales que hacen a su responsabilidad.

En tal sentido, se decidió que el plazo nunca podrá computarse desde antes de la sentencia de quiebra, dado que con anterioridad a tal decisión el funcionario —y los acreedores en defecto de aquel— carecían de legitimación para iniciar el reclamo ⁽³⁷⁾.

5. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

Por aplicación del art. 2537 del CCiv.yCom., los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Pero, si por esta se requiere un mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por es-

⁽³⁵⁾ Aun cuando ordinariamente el cómputo del plazo de prescripción comienza con el acaecimiento del hecho ilícito que origina la responsabilidad, tal criterio no es absoluto. Cuando la producción del daño es posterior al hecho, esta circunstancia lleva a tomar como punto de partida de la prescripción, la de producción del daño. Ello es así puesto que el daño es un presupuesto de la responsabilidad (conf. arts. 1067, 1109 y concs. del Código Civil). Así, la prescripción comienza a computarse, en principio, desde la ocurrencia del daño, siempre que el demandante hubiera tomado conocimiento coetáneo de este (conf. CNCiv., Sala E, “Zagdanski, Jorge J. c/Fiondella, María E. s/ sumario”, del 19/5/1994).

⁽³⁶⁾ Cnfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, La Ley, Tomo IV, p. 582. En igual sentido, ver fallo de la CNCom., Sala A, *in re*: “Zullo, Norberto c/ Kehoe, Roberto s/ ordinario”, del 22/7/2008.

⁽³⁷⁾ CNCom., Sala C, “Consorcio Avda. Libertador 4496/98 c. Gareri, Domingo”, del 7/9/1997.

tas últimas, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

6. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Tradicionalmente, el art. 845 del derogado Código de Comercio establecía que “[t]odos los términos señalados para intentar alguna acción, o practicar cualquier otro acto, son fatales e improrrogables, y corren indistintamente contra cualquier clase de personas”, lo que impedía —en principio— contemplar causales de suspensión o interrupción del cómputo. Si bien la doctrina y la jurisprudencia fueron paulatinamente relativizando ese precepto, la cuestión hoy carece de dificultad, pues serán aplicables todas las causales previstas en el CCiv.yCom.

Es sabido que la suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura, pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó. La causal puede operar impidiendo que comience el curso —cuando es simultánea o posterior a la exigibilidad del crédito— o paralizándolo.

Según el art. 2543 del CCiv.yCom., el curso de la prescripción se suspende entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo.

Esto implica, por lo tanto, que la prescripción de la acción social de responsabilidad se suspende mientras los posibles demandados continúen desarrollando sus funciones de administración. Como se observa, la norma resuelve un problema para los síndicos en las quiebras, pues cuando aquellos usualmente se encuentran en condiciones de ejercer la acción social (art. 175, LCQ), esta —habilitada por el art. 278 de la LGS— ya se halla prescripta⁽³⁸⁾.

La norma, sin embargo, no parece afectar a la acción individual de responsabilidad. Aunque esta, cabe aclararlo, siempre estará regida por la previsión del art. 2550 del CCiv.yCom., en cuanto —como hemos visto supra— faculta al juez a dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción en ciertas situaciones excepcionales valoradas individualmente.

Cierta doctrina apuntó que tampoco sería aplicable a la acción social (sea ejercida *ut singuli* o *ut universiti*) pues al decidirse la promoción de la demanda por el órgano de gobierno, se produce la remoción del director o directo-

⁽³⁸⁾ LORENTE, Javier — DI BÁRTOLO, Ariel, “Suspensión de la acción social de responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publ. en www.abogados.com.ar (consultado el 09/07/2025).

Ver también MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores”, ponencia presentada en el *VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, libro de ponencias, pp. 275/279.

res afectados (art. 276, primer párrafo *in fine*, LGS) ⁽³⁹⁾. Esto dependerá, por supuesto, de la postura que se adopte respecto del *dies a quo* de la acción de responsabilidad. Es cierto que, si se toma partido por la postura que fija a la asamblea que dispone el inicio de la acción como inicio del cómputo, entonces la suspensión prevista por el CCiv.yCom. pierde, en principio, relevancia. Empero, distinta es la solución si se admite que el término comienza a correr en un momento anterior, por ejemplo, cuando se hace evidente el daño ocasionado por el administrador que acaso siga aún en funciones.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la norma comentada tendrá aplicación, además de lo ya expuesto para los casos de quiebra, en el supuesto de la acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad, donde claramente será de utilidad a fin de acotar la discusión adelantada sobre el *dies a quo*.

Más compleja es la cuestión referida al caso de la acción social iniciada *ut singuli* por el socio. Una primera lectura llevaría a descartar la aplicación de la suspensión, en tanto la norma alude expresamente a las acciones entre los administradores o integrantes del órgano de fiscalización y “las personas jurídicas”. Esto mereció interesantes críticas —*de lege ferenda*— sugiriendo que se amplíe la posibilidad de invocar la suspensión a todos los legitimados activos ⁽⁴⁰⁾.

Desde otro ángulo, se apuntó lúcidamente que el sujeto que inicie la acción no altera su carácter de social, en tanto apunta a los daños causados al ente y solo indirectamente a los producidos en el patrimonio del socio. No se modifica entonces la naturaleza de la relación sustantiva; tanto es así que el resultado de la acción ingresará al patrimonio de la sociedad y no al del socio que ejerció la acción originariamente ⁽⁴¹⁾. Máxime si se tiene presente que la decisión asamblearia previa es, en principio, necesaria para la promoción del reclamo. Desde esta óptica, la casual de suspensión podría ser invocada por el socio que inicia la acción social *ut singuli*.

7. PRECISIONES FINALES

El Código Civil y Comercial tiene como consecuencia la simplificación del plazo prescriptivo en materia de acciones de responsabilidad. Aunque diversos problemas aún subsisten, sobre todo en lo relativo a la determinación

⁽³⁹⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 269.

⁽⁴⁰⁾ BOQUÍN, Gabriela F., “Las acciones societarias y la incidencia del instituto de prescripción”, ponencia presentada en el *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario* (Mendoza 2016), p. 1403 y sigs.

⁽⁴¹⁾ ROITMAN, Horacio - AGUIRRE, Hugo - CHIAVASSA, Eduardo, *Prescripción y caducidad en el derecho societario*, RDPyC 2021-2, 294.

del inicio del cómputo del plazo, y ello se debe en gran medida a la ausencia de normas sobre el particular en la LGS.

Lamentablemente, la reforma que introdujo cambios significativos en la ley 19.550 dejó pasar la oportunidad de esclarecer definitivamente el término prescriptivo aplicable en materia societaria y el *dies a quo* correspondiente.

En lo sucesivo, entonces, sería recomendable que se contemple la posibilidad de introducir una reforma sobre el tópico tratado, considerando las vicisitudes analizadas y los múltiples intereses involucrados ⁽⁴²⁾.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, Héctor, “Prescripción de acciones contra directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número 22, Santa Fe, RubinzalCulzoni, Santa Fe.
- BOQUÍN, Gabriela F., “Las acciones societarias y la incidencia del instituto de prescripción”, ponencia presentada en el *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario* (Mendoza 2016).
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones II*, 3 ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- BRITTO, Nora C., “Problemas en torno a la prescripción de la acción social de responsabilidad”, en FRICK, Pablo D —director—, *Derecho Empresarial Contemporáneo*, Buenos Aires, D&D-elDial, 2010.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios*, Buenos Aires, Heliasta, Tomo 4.
- FERRER, Germán, “Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, p. 177.
- FRICK, Pablo D., “Aspectos controvertidos en torno al ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del síndico concursal (nota a fallo)”, en *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones* número 231, julio/agosto de 2008, Buenos Aires, AbeledoPerrot, pp. 144/152; y en revista *Y considerando* de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año 12, octubre de 2008, n° 83, p. 37/40.
- _____, *Responsabilidad profesional de los administradores societarios*, Buenos Aires, D&D, 2011, p. 127.
- FRICK, Pablo D., “Prescripción de las acciones de responsabilidad en materia societaria”, publ. en *www.abogados.com.ar* (consultado el 09/07/2025).
- GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, Tomo II.
- GRISPO, Jorge, *Acción individual de responsabilidad en la ley de sociedades*, publ. en La Ley del 28/12/2010.

⁽⁴²⁾ FRICK, Pablo, *Responsabilidad profesional...*, op. cit., p. 134.

- HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- HEREDIA, Pablo D. — CALVO COSTA, Carlos A., *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2022, Tomo VIII.
- LORENTE, Javier — DI BÁRTOLO, Ariel, “Suspensión de la acción social de responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publ. en www.abogados.com.ar (consultado el 09/07/2025).
- LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores”, ponencia presentada en el *VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, libro de ponencias.
- NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, Tomo III.
- ROITMAN, Horacio - AGUIRRE, Hugo - CHIAVASSA, Eduardo, *Prescripción y caducidad en el derecho societario*, RDPyC 2021-2, 294.
- _____, *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2006, Tomo IV.
- SASOTBETES, Miguel A.-SASOTBETES, Miguel P., *El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980.
- TRIGO REPRESAS, Félix — LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, Tomo IV.
- VERÓN, Alberto V., *Sociedades Anónimas de Familia*, Tomo II.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Depalma, 1964, Tomo VI.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS, *TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y DERECHO COMERCIAL*, ISBN: 978-987-706-534-3, 496 PÁGINAS, AÑO 2025, EDITORIAL ASTREA

POR DANIEL ROQUE VÍTOLO *

El mundo en general, y el derecho en lo particular, enfrentan en la actualidad un sinnúmero de desafíos. Pero entre ellos quizás el que marca la diferencia y el asombro es aquel que ha dado en denominarse la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0; un proceso disruptivo de cambio que fusiona las esferas física, digital y biológica mediante el uso de tecnologías emergentes como el *blockchain*, la inteligencia artificial, el Internet de las Cosas (IoT), la robótica y la impresión 3D para automatizar y digitalizar procesos.

De la mano de la tecnología, el objetivo de esta nueva revolución es aumentar la eficiencia, productividad y sostenibilidad en las empresas y mejorar la calidad de vida de los humanos, conectando máquinas, sistemas y personas en redes inteligentes para generar una toma de decisiones autónoma. Y dentro de las nuevas tecnologías cumplen un especial rol las tecnologías disruptivas, que son aquellas que alteran el orden establecido en un sector, creando nuevos mercados y desplazando a empresas, productos o servicios anteriores.

Estas nuevas tecnologías —en especial las más disruptivas— están transformando diversos ámbitos y sectores de la sociedad, es que —como sostienen los pensadores más destacados en esta disciplina— el cambio es global y sistémico. No hay ámbito de la vida humana o del planeta que parezca quedar fuera de esta transformación, incluyendo —muy especialmente— el ámbito jurídico

Así, entre los impactos más significativos de este fenómeno transformador en el mundo del derecho pueden mencionarse —a simple título ejemplificativo—:

(i) Los contratos inteligentes; en los cuales la implementación de *blockchain* permite la creación de contratos que se ejecutan automáticamente al cumplirse ciertas condiciones, lo que plantea cuestiones sobre la validez legal y la regulación de estos instrumentos. (ii) El campo de la protección de datos; en la medida en que la proliferación de tecnologías que manejan gran-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; profesor titular emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

des volúmenes de datos, como la IA, requiere una actualización continua de las normativas de protección de datos, garantizando los derechos de los individuos frente a su uso.(iii) La propiedad intelectual; en razón de que la digitalización y el uso de tecnologías como la inteligencia artificial (IA) generan desafíos en la protección de la propiedad intelectual, ya que las creaciones generadas por máquinas plantean interrogantes sobre la autoría y la titularidad; y

(iv) La responsabilidad civil; pues con el aumento de la automatización, la responsabilidad en caso de fallas tecnológicas o daños provocados por sistemas autónomos se convierte en una cuestión de debate legal relevante.

No hay dudas que el derecho debe evolucionar para abordar estos nuevos retos; y esto incluye la necesidad de crear marcos regulatorios flexibles que puedan adaptarse a la velocidad de la innovación tecnológica, así como la formación de profesionales del derecho en estas áreas emergentes. La intersección entre las nuevas tecnologías disruptivas y el derecho es compleja y dinámica; y deviene crucial que los profesionales de las ciencias jurídicas se mantengan informados y preparados para enfrentar estos desafíos, garantizando así un entorno legal que fomente la innovación al tiempo que proteja los derechos fundamentales e individuales de todos los sujetos, así como también aquellos que tienen incidencia colectiva.

Eduardo M. Favier Dubois(h) —el autor— es un distinguido jurista, doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, profesor titular consulto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA, titular de cátedra en la Facultad de Ciencias Económicas de la misma universidad, autor de numerosas obras jurídicas, apasionado por la interacción entre Derecho y Economía. Presenta la característica de haberse desempeñado —sucesivamente— como juez nacional de Comercio y como abogado consultor y litigante —situación que le permite poder analizar los fenómenos empresariales y tecnológicos con una visión amplia—.

La obra se presenta al lector bajo dos prólogos —emanados de la pluma del propio autor— a los que este denomina —a efectos de diferenciarlos— “Prólogo” y “Presentación”, respectivamente.

El primero —el prólogo propiamente dicho— consiste en una suerte de testimonio personal a través del cual el autor describe cuál fue su recorrido y su ingreso al concepto de posmodernidad y al análisis de los cambios paradigmáticos en el abandono de la modernidad —cuestión a la cual le dedicará un capítulo específico con posterioridad—. En el segundo —“Presentación”— Favier Dubois se detendrá con una mayor circunscripción —y también con mayor brevedad— a exponer su punto de vista respecto de cómo las nuevas tecnologías —y en especial las más disruptivas— afectan e impactan al derecho comercial en la actualidad.

El cuerpo principal de la obra está dividido en cinco partes, dieciocho capítulos y una recapitulación.

La primera parte abarca cinco de los dieciocho capítulos —del I al V—, y se ocupa del origen y la historia de la cuestión a tratar en la obra.

En efecto; de la mano de un relato empático y accesible, Favier Dubois describe el modo en el cual produjo el tránsito desde la modernidad a la posmodernidad y como la humanidad se ha encontrado —de pronto— sustituyendo un mundo analógico por un mundo digital. Explica y analiza las principales “nuevas tecnologías”, indicando qué son y cómo funcionan; así como el cambio paradigmático en el devenir social de aquello que tradicionalmente se ha identificado como un estado de bienestar, por un nuevo concepto que el autor califica como “un estado de neoliberalismo y globalización”.

Concluye esta parte con lo que el autor identifica como un tránsito del mundo jurídico desde las normas legales propiamente dichas hacia un régimen de constitucionalismo social, el cual se mostraría —en su expresión más genuina— en lo que ha dado en llamarse la “constitucionalización del derecho privado”.

La segunda parte de la obra está compuesta por dos capítulos (V y VI) y allí Favier Dubois se centra en intentar descubrir y determinar los nuevos paradigmas que se presentan en el derecho comercial de la posmodernidad, y la aparición de nuevas materias mercantiles que deben ser desarrolladas, tales como la empresa, las sociedades, el crédito, el sistema financiero, los contratos, los títulos valores, los concursos y las quiebras.

La tercera parte —que comprende los capítulos VII al X— se ocupa de la empresa propiamente dicha y las sociedades, y allí el autor aborda la problemática del impacto que las nuevas plataformas tecnológicas han generado en la empresa hasta llevarla a su desmaterialización; y ello tanto en su estructura como en su gestión, bajo la idea de que estamos —según Favier Dubois— frente a una nueva realidad cuál es “la digitalización de la empresa”. Se refiere a la figura de la DAOs —*Decentralized Autonomous Organizations*— e introduce la idea de la posible aplicación del sistema de cadena de bloques o *blockchain* a procesos de publicidad registral y hasta a sistemas de control.

En la cuarta parte, y en cinco capítulos —XI al XV— el autor se avoca a los temas vinculados con el financiamiento de la actividad comercial, incluyendo entre ellos los nuevos paradigmas del crédito, el modo en el cual los sistemas crediticios y el crédito en general se han visto transformados a partir de la aparición de las criptomonedas, el régimen de las *fintechs* —que explica y analiza— y el tránsito de un sistema financiero centralizado a uno descentralizado; para finalizar —esta parte— con el análisis de los contratos inteligentes, los títulos valores y las ejecuciones electrónicas.

La quinta y última parte del libro —capítulos XVI a XVIII—, está destinada al desafío que presenta el cambio tecnológico para el régimen legal que gobierna los sistemas de prevención y resolución de la insolvencia.

Y allí, cuando el lector tiene la sensación de que la obra está concluida, el autor sorprende con una suerte de capítulo autónomo y fuera de numeración al que denomina “Recapitulación”.

Es que puede escapar a la personalidad del autor esa herencia tanto genética como cultural que le legara su padre, mi querido y admirado profesor Dr. Eduardo Mario Favier Dubois (*pater*), consistente —dicha herencia— en la función docente que debe tener y tiene todo investigador y académico del derecho. Fiel a esos genes y a esa cultura, Eduardo concluye la obra con una suerte de síntesis conceptual ordenadora de los temas tratados, a la cual le asigna el título de “Recapitulación” donde, en diez (10) jugosas páginas, fija conceptos y formula propuestas.

Del mismo modo, y con el propósito de establecer semejanzas y diferencias en los conceptos e institutos abordado a lo largo de las 496 páginas que conforman la obra, Favier Dubois incluye algunos cuadros y tablas comparativas que interpelan al lector con su contenido, lo llaman a la reflexión y lo incentivan para promover un debate sobre esos tópicos.

Como lo ha expresado Karl Schwab en su momento, de la multitud de diversos y fascinantes retos de hoy en día, lo más intenso e importante es cómo entender y dar forma a la nueva revolución tecnológica, que supone nada menos que una transformación de la humanidad. Nos encontramos al principio de una revolución que está cambiando de manera fundamental la forma de vivir, trabajar y relacionarnos unos con otros. En su escala, alcance y complejidad, la cuarta revolución industrial no se parece a nada que la humanidad haya experimentado antes.

De allí la importancia de una obra que colabora en la comprensión de esta nueva realidad desde la visión y análisis de los principales fenómenos que se presentan en este tiempo de posmodernidad y cambios disruptivos.

La obra cuenta —además— con una profusa e interesante bibliografía, debidamente identificada en su contenido, y sistemáticamente organizada. La edición del libro tiene el sello particular de Editorial Astrea, y se trata de una edición cuidada, accesible y empática para el lector.

Solo cabe augurar éxito a esta interesante y completa obra jurídica sobre tecnologías disruptivas y derecho comercial, felicitando a su autor.

Buenos Aires, primavera de 2025.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente

Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por

la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. *Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.1. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.2. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier

medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by

the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSONDE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.