DECONOMI

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

AÑO VIII - NÚMERO 26 - DICIEMBRE DE 2025

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER

DECONOMI

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

D	IFUNDIR
E	DUCAR
C	APACITAR
O	RIENTAR
N	UTRIR
O	RDENAR
M	EDITAR
I	NVESTIGAR

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick
Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi
Director Área Recursos: Natalia Waitzman
Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:
María José Alzari
Rodrigo Bustingorry
Micaela Belén Jaime
Liliana Taverna

Comité de Honor:
Héctor Alegría
Salvador Bergel
Raúl Etcheverry
Rafael Manovil

Comité Académico:
Griselda Capaldo
Horacio Corti
Miguel De Dios
Leila Devia
Graciela Junqueira
Beatriz S. Krom
Silvia Nonna
Martín Paolantonio
Jorge S. Sicoli

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

ÍNDICE

Nota del director por ***Héctor Osvaldo Chomer*** Pág. 5

Doctrina

"Deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia" por ***Antonelli Michudis Gabriela*** Pág. 6

"Arbitraje pactado en un contrato de adhesión. Propuesta de reforma legislativa del articulo 1651 inciso D del Código Civil y Comercial" por ***Cappagli Santiago*** Pag. 18

"Exclusión del Cómputo de Mayorías en Concursos Preventivos ¿Creación o Aplicación del Derecho?" por ***María Sol Flores Collazo y Agustín I. Bayá Gamboa.*** Pág. 53

"Agricultura y Apicultura. Las abejas: valor económico y productivo. Servicio Ambiental" por ***Fonrouge Nicolás*** Pág. 66

"Evaluación Ambiental Estratégica en la Minería: reflexiones a partir del fallo ´Guitian´" por ***Ojeda Juan Manuel*** Pág. 85

"Entre la elusión y el delito: los limites de la ilicitud a los que se enfrenta el contribuyente" por ***Pirolo Bárbara Eugenia y Seco Agustina*** Pág. 101

"La recomposición patrimonial en el concurso preventivo" por ***Vaiser Lidia*** Pág. 126

Nota del Director

Muy Estimados lectores:

Nos reencontramos nuevamente en esta ocasión con una gran variedad de temas explorados por muy distinguidos autores que aportan sus ideas en éste, el último número del año 2025.

Ha transcurrido gran parte del año y en ese derrotero hemos compartido variadas ediciones de la Revista.

Presentamos este último número con la esperanza de que, igual que en los anteriores, lo divulgado aquí sea de agrado y utilidad al lector.

Como siempre agradecemos la contribución desinteresada de los autores e, igualmente, la fidelidad de los lectores que nos siguen cuatrimestralmente, apoyando esta publicación.

Aguardamos esperanzados reencontrarnos el próximo año, en el que intentaremos superarnos para beneficio de todos nuestros seguidores y colaboradores.

Por fin, esperamos disfruten de este interesante número.

Héctor Osvaldo Chómer

"Deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia"

por Antonelli Michudis Gabriela [1]

I. Consideración Preliminar

La fragilidad de ciertos estándares de gobernanza empresarial quedó expuesta en las últimas décadas a través de quiebras cuyas consecuencias trascendieron el ámbito de las compañías involucradas, poniendo en evidencia fallas estructurales en los mecanismos de supervisión y control. A diferencia de aquellas originadas en contextos de crisis sistémicas —donde las causas exógenas son predominantes—, algunas quiebras se explican por una desmesurada asunción de riesgos, por la elusión de señales tempranas de advertencia y por la recurrencia sistemática al ocultamiento de información relevante.

El problema, que aún no encuentra respuesta en la legislación argentina, ha sido recientemente planteado en el derecho comparado, en Europa continental y en los trabajos de las Naciones Unidas. En el centro del debate se ubican los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia y la delimitación competencial que a partir de ellos se proyecta entre el derecho societario y el derecho concursal. La cuestión conduce a indagar si el gobierno corporativo en la Argentina dispone de herramientas adecuadas y eficaces para afrontar el denominado tercer conflicto de agencia; con qué criterios puede sostenerse que su tratamiento corresponda al derecho societario, al derecho concursal o a ambos; y cuál es la conducta esperada de los administradores en la proximidad a la insolvencia, por mencionar solo algunos de los interrogantes que se plantean.

[1] Gabriela Antonelli Michudis. Profesara adjunta regular de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, UBA.

II. Conflictos de agencia y destinatarios de la actuación de los administradores

La doctrina comparada identifica al administrador con un agente cuyo principal son los accionistas, a quienes debe su actuación, y distingue tres conflictos de agencia. Dos de ellos se vinculan con la problemática de los accionistas entre sí y con la de los accionistas frente a sus administradores, ambos principalmente abordados por el derecho continental europeo. El tercer conflicto de agencia relaciona a los socios y a la sociedad con terceros —entre ellos sus acreedores —, frente a quienes se despliegan ciertos deberes fiduciarios desde el inicio de una probable crisis de solvencia. Este último presenta un abordaje más próximo al derecho anglosajón, tradicionalmente caracterizado por un gobierno corporativo fuerte, tendiente a evitar que a las crisis globales de solvencia se añadan los riesgos derivados de fallos en el sistema de gobernanza de las compañías.

No obstante las precisiones señaladas en cuanto a las diferencias entre ambos sistemas, tanto el continental europeo como el sistema anglosajón coinciden en identificar la existencia de conflictos de intereses que pueden surgir entre socios, administradores y acreedores en la proximidad a la insolvencia así como en la necesidad de establecer en qué orden y con qué criterios se atenderán unos y otros.

III. Alertas de insolvencia incipiente y deber de actuación temprana

Tradicionalmente, el gobierno corporativo ha sido concebido como propio del derecho de sociedades en tiempos de normalidad económica en tanto que al derecho concursal se le delegaba la gestión de la crisis empresarial.

Sin embargo, en la proximidad a la insolvencia, las fronteras entre el derecho concursal y el derecho de sociedades tienden disiparse y sus funciones a solaparse, desde que comienzan a hacerse visibles los indicios de la crisis lo que da sustento a una nueva concepción del derecho concursal que ya no tendrá únicamente una finalidad solutoria, sino también de prevención y viabilización empresarial.

El inicio de las dificultades económicas de empresas viables acorta así las distancias tradicionales entre el derecho societario y el derecho concursal, que pasan a actuar en sus respectivas áreas en pos del objetivo primordial de posibilitar la reestructuración empresarial. Es entonces cuando, a los deberes ya existentes en leyes concursales comparadas —como el de solicitar la formación concursal cuando la insolvencia es inminente o actual —, se suma una tendencia que otorga sentido a la amplia elaboración en torno a las denominadas alertas tempranas, determinante de un deber temprano de actuación frente a la crisis incipiente.

En este sentido, puede decirse que una característica del nuevo concursalismo consiste en la imposición de patrones de conducta *ex ante*, a diferencia de los criterios tradicionales de actuación *ex post*. Dichos patrones se fundan en la premisa de que la insolvencia no acontece sin anticiparse, tal como explica con claridad Karsten Schmidt mediante su denominada *Teoría del rayo* en la que grafica la conducta del capitán de un barco que aplica estrictas reglas de emergencia frente a una catástrofe climática que pudo haberse previsto con antelación. Con ello, fundamenta la necesidad de un permanente autoexamen, la obligación de prevenir una crisis financiera y, si ello no fuese posible, la de sobreponerse rápidamente sin necesidad de acudir a procedimientos judiciales; concluyendo que el nuevo derecho concursal se ha convertido en un instrumento jurídico de saneamiento y reestructuración.

Bajo este nuevo paradigma, la actuación temprana de los administradores frente a la crisis es, a la vez, un valor y un deber que adquiere especial protagonismo desde la aparición de las primeras señales y cuando la insolvencia es solo probable. En el derecho europeo, esta situación ha sido identificada como *likelihood of insolvency*, noción que determina esa necesidad de reacción temprana y oportuna. De otro modo, el intenso trabajo científico desarrollado en torno a las alertas tempranas carecería de ámbito de actuación, pues los deberes de los administradores quedarían limitados a los intereses de los socios y de la sociedad bajo los estándares genéricos provistos por las leyes de sociedades.

Las señales de insolvencia incipiente o probable, que constituyen el nuevo punto de inflexión en los deberes de los administradores, marcarán el

momento a partir del cual cabe esperar un cambio de rumbo en la gestión social, orientado a evitar la insolvencia desde sus primeras manifestaciones. Ello se produce a medida que los signos incipientes se consolidan o, en la terminología recogida por la ley española conforme a la directiva 2019/1023, desde la insolvencia probable o inminente hasta la insolvencia actual[2].

A partir de un seguimiento permanente y mediante el empleo de *ratios* financieros, pueden detectarse pérdidas continuadas, tensiones de caja o reducción de activos líquidos que actúan como indicadores capaces de activar nuevas obligaciones para el órgano de administración. En efecto, una vez detectadas las señales de alerta de una incipiente crisis de solvencia, y desde la perspectiva del nuevo concursalismo, cabe concebir que la actuación de los administradores sociales deberá orientarse a la protección de los acreedores y a la viabilización de la empresa antes que a su liquidación, criterio reforzado en el art. 100 de la LGS argentina a partir de 2015. Aunque no existe consenso respecto del momento específico en que se produce este cambio de dirección —*shift of fiduciary duties*—, prevalece la tendencia a considerar que, una vez iniciada la crisis, los deberes fiduciarios de los administradores —naturalmente orientados hacia los accionistas o socios —, deberán dirigirse prioritariamente a la protección de los acreedores en caso de pérdida del capital social[3]. En tal supuesto, se sostiene que los accionistas no conservan interés alguno, salvo que pueda probarse que, en una reestructuración, serían destinatarios de algún valor residual.

Lo señalado no debe llevar a confundir los conceptos de insolvencia e infrapatrimonialización, que pueden coexistir —y, de hecho, con frecuencia

[2] Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años y se considera que la insolvencia es inminente cuando el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones Arts. 2 y 584 del Texto refundido de la Ley Concursal española.

[3] El cambio de orientación de los deberes fiduciarios en la zona próxima a la insolvencia será sostenida por autores de la talla de Karsten Schmidt, Juana Pulgar Ezquerra, Javier Megías López, Alfredo Muñoz García, con algunas voces en contra. Por ejemplo, Jorge Viera González señala que no es posible justificar la existencia de un deber de lealtad del socio frente a un tercero acreedor porque ninguna vinculación contractual le une ni siquiera en el caso de los llamados acreedores contractuales de la sociedad. Así, el deber de lealtad no alcanzaría a terceros ajenos a la sociedad postura que también sostiene Jesús Alfaro Águila Real quien considera que no es necesario modificar los deberes de los administradores en la zona próxima a la insolvencia.

sucede—, pues la insolvencia se vincula con el impago y no con el estado del patrimonio. En consecuencia, las nociones de capital social, su función de garantía y su pérdida son ajenas a este análisis desde la perspectiva de la insolvencia. Sin perjuicio de ello, las alteraciones en el patrimonio pueden considerarse señales de alerta temprana que anticipan la insolvencia y exigen de la administración una acción frente a los accionistas, a fin de que estos decidan su reintegro o su aumento. En este escenario, la administración será responsable de una restructuración no solo financiera sino, principalmente operativa, con la vista puesta en la conservación del ente viable de acuerdo con el artículo 100 de la LGS 19.550, y sin que necesariamente, en un contexto como este, el ente se encuentre en situación de insolvencia.

La advertencia del riesgo desde que la insolvencia es incipiente, probable o inminente, impone una concepción de gobierno corporativo que denominaremos *insolvency governance*, cuya finalidad ya no será maximizar el interés de los accionistas, sino proteger a los acreedores sociales. Sin que por ello desaparezca el interés social —de carácter residual—, este deberá compartir protagonismo con el interés concursal, cuyo ámbito de incumbencia se amplía, anticipándose a la liquidación e incluso a los remedios preventivos de carácter judicial[4].

[4] El artículo 19 de la Directiva 2019/1023 establece deberes de los administradores cuando existe riesgo de insolvencia (Directiva eminentemente concursal) donde fue introducida una previsión expresa de gobierno corporativo que confirma el cambio en la dirección de los deberes de los administradores desde que se inicia la crisis, que si bien interesa al derecho societario, incumbe especialmente al derecho de insolvencia. En similar sentido, el deber de actuación temprana se corrobora en la propuesta de Directiva Propuesta de directiva 702/2022 relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. Luego de considerar el diferente grado de eficiencia de las legislaciones debido a su fragmentación, incorpora en el artículo 36 proyectado la Obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia Los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad jurídica se convierta en insolvente, sus administradores estén obligados a presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia ante el órgano jurisdiccional a más tardar tres meses después de que los administradores hayan tenido conocimiento o quepa razonablemente esperar que hayan tenido conocimiento de que la entidad jurídica es insolvente. Esta referencia corrobora ese deber de actuación temprana. En un sentido similar la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresas), señala en su apartado 15 ese propósito de determinar principios básicos relativos a las obligaciones de los directores cuando una empresa se encuentra ante una insolvencia inminente o cuando la insolvencia se vuelve inevitable, puntos de referencia para ser usados por los responsables de la formulación de políticas. Se reconoce la aspiración a una acción temprana y un comportamiento adecuado de los directores aunque se considera que normas excesivamente draconianas pueden entrañar escollos y amenazas para la iniciativa empresarial. Finalmente, se aclara que esta sección no trata de la responsabilidad de los directores según el derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la

IV. Delimitación del shift of duties y necesidad de imponer deberes concursales

Una cuestión controvertida y de compleja resolución es la delimitación del momento en que se produce el cambio en la orientación de los deberes fiduciarios de los administradores. Este no puede quedar librado exclusivamente a los intereses de las partes implicadas, razón por la cual se ha sostenido que, desde el punto de vista legal y de política jurídica, resulta preferible concretarlo mediante la imposición de deberes específicos a los administradores desde la aparición de las primeras señales de una insolvencia incipiente, como también lo afirma Karsten Schmidt.

En esta aproximación se propone dejar planteada, asimismo, la disputa competencial que emerge en torno a la delimitación de los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia, debido a la autonomía de los denominados microsistemas concursal y societario. Mientras el primero mantiene vigente la lógica de maximización del interés social entendido como interés de los socios, el segundo proyecta sus efectos hacia los acreedores, exigiendo una conducta orientada a preservar el patrimonio para satisfacción de ellos en tiempos de crisis. Los regímenes de insolvencia eficaces, además de posibilitar una reorganización eficiente o una liquidación ordenada, deben permitir el examen de las conductas de los directores en el período previo a la insolvencia. Y aunque no esté claro el alcance de las obligaciones de los directores cuando la empresa enfrenta dificultades financieras sin encontrarse aún en situación de insolvencia, se propicia su delimitación desde el derecho concursal a través de la imposición de deberes concretos.

V. Alertas de insolvencia incipiente y deber de actuación temprana

responsabilidad civil de origen extracontractual, sino que se centra solamente en aquellas obligaciones que podrían incluirse en la ley relativa a la insolvencia.

Tradicionalmente, el gobierno corporativo ha sido concebido como propio del derecho de sociedades en tiempos de normalidad económica en tanto que al derecho concursal se le delegaba la gestión de la crisis empresarial.

Sin embargo, en la proximidad a la insolvencia, las fronteras entre el derecho concursal y el derecho de sociedades tienden disiparse y sus funciones a solaparse, desde que comienzan a hacerse visibles los indicios de la crisis lo que da sustento a una nueva concepción del derecho concursal que ya no tendrá únicamente una finalidad solutoria, sino también de prevención y viabilización empresarial.

El inicio de las dificultades económicas de empresas viables acorta así las distancias tradicionales entre el derecho societario y el derecho concursal, que pasan a actuar en sus respectivas áreas en pos del objetivo primordial de posibilitar la reestructuración empresarial. Es entonces cuando, a los deberes ya existentes en leyes concursales comparadas —como el de solicitar la formación concursal cuando la insolvencia es inminente o actual —, se suma una tendencia que otorga sentido a la amplia elaboración en torno a las denominadas alertas tempranas, determinante de un deber temprano de actuación frente a la crisis incipiente.

En este sentido, puede decirse que una característica del nuevo concursalismo consiste en la imposición de patrones de conducta *ex ante*, a diferencia de los criterios tradicionales de actuación *ex post*. Dichos patrones se fundan en la premisa de que la insolvencia no acontece sin anticiparse, tal como explica con claridad Karsten Schmidt mediante su denominada *Teoría del rayo* en la que grafica la conducta del capitán de un barco que aplica estrictas reglas de emergencia frente a una catástrofe climática que pudo haberse previsto con antelación. Con ello, fundamenta la necesidad de un permanente autoexamen, la obligación de prevenir una crisis financiera y, si ello no fuese posible, la de sobreponerse rápidamente sin necesidad de acudir a procedimientos judiciales; concluyendo que el nuevo derecho concursal se ha convertido en un instrumento jurídico de saneamiento y reestructuración.

Bajo este nuevo paradigma, la actuación temprana de los administradores frente a la crisis es, a la vez, un valor y un deber que adquiere especial protagonismo desde la aparición de las primeras señales y cuando la

insolvencia es solo probable. En el derecho europeo, esta situación ha sido identificada como *likelihood of insolvency*, noción que determina esa necesidad de reacción temprana y oportuna. De otro modo, el intenso trabajo científico desarrollado en torno a las alertas tempranas carecería de ámbito de actuación, pues los deberes de los administradores quedarían limitados a los intereses de los socios y de la sociedad bajo los estándares genéricos provistos por las leyes de sociedades.

Las señales de insolvencia incipiente o probable, que constituyen el nuevo punto de inflexión en los deberes de los administradores, marcarán el momento a partir del cual cabe esperar un cambio de rumbo en la gestión social, orientado a evitar la insolvencia desde sus primeras manifestaciones. Ello se produce a medida que los signos incipientes se consolidan o, en la terminología recogida por la ley española conforme a la directiva 2019/1023, desde la insolvencia probable o inminente hasta la insolvencia actual[5].

A partir de un seguimiento permanente y mediante el empleo de *ratios* financieros, pueden detectarse pérdidas continuadas, tensiones de caja o reducción de activos líquidos que actúan como indicadores capaces de activar nuevas obligaciones para el órgano de administración. En efecto, una vez detectadas las señales de alerta de una incipiente crisis de solvencia, y desde la perspectiva del nuevo concursalismo, cabe concebir que la actuación de los administradores sociales deberá orientarse a la protección de los acreedores y a la viabilización de la empresa antes que a su liquidación, criterio reforzado en el art. 100 de la LGS argentina a partir de 2015. Aunque no existe consenso respecto del momento específico en que se produce este cambio de dirección —*shift of fiduciary duties*—, prevalece la tendencia a considerar que, una vez iniciada la crisis, los deberes fiduciarios de los administradores —naturalmente orientados hacia los accionistas o socios —, deberán dirigirse prioritariamente a la protección de los acreedores en caso de pérdida del capital social[6]. En tal

[5] Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años y se considera que la insolvencia es inminente cuando el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones Arts. 2 y 584 del Texto refundido de la Ley Concursal española.

[6] El cambio de orientación de los deberes fiduciarios en la zona próxima a la insolvencia será sostenida por autores de la talla de Karsten Schmidt, Juana Pulgar Ezquerra, Javier Megías López, Alfredo Muñoz García, con algunas voces en contra. Por ejemplo, Jorge Viera González

supuesto, se sostiene que los accionistas no conservan interés alguno, salvo que pueda probarse que, en una reestructuración, serían destinatarios de algún valor residual.

Lo señalado no debe llevar a confundir los conceptos de insolvencia e infrapatrimonialización, que pueden coexistir —y, de hecho, con frecuencia sucede—, pues la insolvencia se vincula con el impago y no con el estado del patrimonio. En consecuencia, las nociones de capital social, su función de garantía y su pérdida son ajenas a este análisis desde la perspectiva de la insolvencia. Sin perjuicio de ello, las alteraciones en el patrimonio pueden considerarse señales de alerta temprana que anticipan la insolvencia y exigen de la administración una acción frente a los accionistas, a fin de que estos decidan su reintegro o su aumento. En este escenario, la administración será responsable de una restructuración no solo financiera sino, principalmente operativa, con la vista puesta en la conservación del ente viable de acuerdo con el artículo 100 de la LGS 19.550, y sin que necesariamente, en un contexto como este, el ente se encuentre en situación de insolvencia.

La advertencia del riesgo desde que la insolvencia es incipiente, probable o inminente, impone una concepción de gobierno corporativo que denominaremos *insolvency governance*, cuya finalidad ya no será maximizar el interés de los accionistas, sino proteger a los acreedores sociales. Sin que por ello desaparezca el interés social —de carácter residual—, este deberá compartir protagonismo con el interés concursal, cuyo ámbito de incumbencia se amplía, anticipándose a la liquidación e incluso a los remedios preventivos de carácter judicial[7].

---

señala que no es posible justificar la existencia de un deber de lealtad del socio frente a un tercero acreedor porque ninguna vinculación contractual le une ni siquiera en el caso de los llamados acreedores contractuales de la sociedad. Así, el deber de lealtad no alcanzaría a terceros ajenos a la sociedad postura que también sostiene Jesús Alfaro Águila Real quien considera que no es necesario modificar los deberes de los administradores en la zona próxima a la insolvencia.

[7] El artículo 19 de la Directiva 2019/1023 establece deberes de los administradores cuando existe riesgo de insolvencia (Directiva eminentemente concursal) donde fue introducida una previsión expresa de gobierno corporativo que confirma el cambio en la dirección de los deberes de los administradores desde que se inicia la crisis, que si bien interesa al derecho societario, incumbe especialmente al derecho de insolvencia. En similar sentido, el deber de actuación temprana se corrobora en la propuesta de Directiva Propuesta de directiva 702/2022 relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. Luego de considerar el diferente grado de eficiencia de las legislaciones debido a su fragmentación, incorpora en el

VI. Delimitación del shift of duties y necesidad de imponer deberes concursales

Una cuestión controvertida y de compleja resolución es la delimitación del momento en que se produce el cambio en la orientación de los deberes fiduciarios de los administradores. Este no puede quedar librado exclusivamente a los intereses de las partes implicadas, razón por la cual se ha sostenido que, desde el punto de vista legal y de política jurídica, resulta preferible concretarlo mediante la imposición de deberes específicos a los administradores desde la aparición de las primeras señales de una insolvencia incipiente, como también lo afirma Karsten Schmidt.

En esta aproximación se propone dejar planteada, asimismo, la disputa competencial que emerge en torno a la delimitación de los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia, debido a la autonomía de los denominados microsistemas concursal y societario. Mientras el primero mantiene vigente la lógica de maximización del interés social entendido como interés de los socios, el segundo proyecta sus efectos hacia los acreedores, exigiendo una conducta orientada a preservar el patrimonio para satisfacción de ellos en tiempos de crisis. Los regímenes de insolvencia eficaces, además de posibilitar una reorganización eficiente o una liquidación ordenada, deben permitir el examen de las conductas de los directores en el período previo a la

---

artículo 36 proyectado la Obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia Los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad jurídica se convierta en insolvente, sus administradores estén obligados a presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia ante el órgano jurisdiccional a más tardar tres meses después de que los administradores hayan tenido conocimiento o quepa razonablemente esperar que hayan tenido conocimiento de que la entidad jurídica es insolvente. Esta referencia corrobora ese deber de actuación temprana. En un sentido similar la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresas), señala en su apartado 15 ese propósito de determinar principios básicos relativos a las obligaciones de los directores cuando una empresa se encuentra ante una insolvencia inminente o cuando la insolvencia se vuelve inevitable, puntos de referencia para ser usados por los responsables de la formulación de políticas. Se reconoce la aspiración a una acción temprana y un comportamiento adecuado de los directores aunque se considera que normas excesivamente draconianas pueden entrañar escollos y amenazas para la iniciativa empresarial. Finalmente, se aclara que esta sección no trata de la responsabilidad de los directores según el derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la responsabilidad civil de origen extracontractual, sino que se centra solamente en aquellas obligaciones que podrían incluirse en la ley relativa a la insolvencia.

insolvencia. Y aunque no esté claro el alcance de las obligaciones de los directores cuando la empresa enfrenta dificultades financieras sin encontrarse aún en situación de insolvencia, se propicia su delimitación desde el derecho concursal a través de la imposición de deberes concretos.

VII. Situación actual en la ley argentina

La última gran reforma de la ley concursal argentina eliminó patrones de actuación *ex ante*, tales como la obligación de sometimiento temprano al régimen concursal y ciertas sanciones con efecto disuasorio que estaban contenidas en la calificación de conducta, figura que el derecho europeo conserva. Solo permanece el examen *ex post* mediante acciones de responsabilidad en un proceso de quiebra. Ninguno de estos criterios fue abandonado por las leyes europeas donde, por el contrario, se refuerza la necesidad de adoptar medidas tempranas.

Sin embargo, aunque mantiene ese sesgo solutorio, la ley concursal argentina impone examinar la responsabilidad de determinadas personas —entre ellos, los administradores sociales— por actos realizados hasta un año antes de ocurrida la cesación de pagos. Aunque esta figura solo se activará en caso de quiebra, implica reconocer la existencia de un período previo a la insolvencia en el que, a la luz de esta construcción de las alertas tempranas, el administrador pudo haber corregido el rumbo sin que ninguna norma se lo hubiese exigido expresamente.

VIII. A modo de conclusión

Producido el cambio de dirección en los deberes fiduciarios de los administradores a partir de las alertas tempranas, corresponde señalar que los criterios de *insolvency governance* imponen deberes que no son los tradicionales de lealtad y diligencia previstos en la noción genérica del artículo 59 de la LGS 19.550, vinculados con los denominados dos primeros problemas de agencia. Por el contrario, se trata de un conjunto de deberes más específicos que exige una adaptación del sistema de dirección típicamente societario a una situación

excepcional en la que se activa el presupuesto preconcursal o para-concursal, construido a partir de estándares generales de expresa previsión legal.

En definitiva, esta ponencia propone repensar la forma en que se definen los deberes de los administradores ante la crisis, superando la fragmentación entre microsistemas, pero admitiendo la existencia de una delegación del derecho societario en favor del derecho concursal, o incluso, de una colaboración entre ambos con anterioridad a la insolvencia. Todo ello con la vista puesta en que esa zona de conflicto requiere una nueva concepción de los deberes fiduciarios y de los destinatarios de la actuación de los administradores.

"Arbitraje pactado en un contrato de adhesión. Propuesta de reforma legislativa del artículo 1651 inciso D del Código Civil y Comercial"

por Santiago Cappagli[8]

Sumario: (i) Introducción**. (ii)** Objeto del trabajo; **(iii)** La regulación del arbitraje (de la novedad a la sorpresa); **(iv)** El contrato de arbitraje; **(v)** Arbitrabilidad; **(vi)** La limitación a la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com.; **(vii)** Conclusiones; **(viii)** La reforma legislativa propuesta.

I. Introducción.

Una de las principales innovaciones que en materia contractual implementó el Código Civil y Comercial de la Nación ("Cód. Civ. y Com.") ha sido la regulación expresa y específica de los distintos tipos de contratos o formas de contratación.

Como se explica en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ("Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com."), la regulación del contrato en el ordenamiento jurídico argentino se estructura con base en tres tipos de contrato: el discrecional o paritario, el celebrado por adhesión y el de consumo.

En los primeros, hay plena autonomía privada; en los segundos, hay una tutela basada en la aplicación del régimen de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; y, en los últimos, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

Esta regulación "...no significa que, en esencia, estas tres modalidades difieran en cuanto a los fines que las personas en general buscan

[8] Secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 (ISO IRAM). Abogado (UCA, 2007). Magíster en Derecho Civil (Austral, 2024). Diplomado en Derecho Constitucional (Austral, 2021). Jefe de Trabajos Prácticos (por concurso) de Derecho Societario (UBA) de la cátedra Chomer. Adjunto de Concursos (U. San Isidro) de la cátedra Cosentino.

cuando deciden celebrar un contrato, esto es, la satisfacción de un interés o una necesidad patrimonialmente apreciable que las mismas tienen”[9].

Distinguir entre contratos discrecionales, por adhesión y de consumo constituye una de las principales clasificaciones modernas de los contratos[10].

Incluso ya el Proyecto de 1998 definía a los contratos discrecionales, predispuestos y a los realizados por adhesión[11].

En lo que respecta a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, existe consenso en la doctrina en que el legislador ha adoptado un régimen específico, teniendo en cuenta aquellas situaciones en las cuales las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas predispone el contenido y la otra simplemente adhiere[12].

Esa limitación sustenta una tutela legal especial, dirigida a proteger a la parte adherente del contrato[13].

El Cód. Civ. y Com. también consagró una importante innovación legislativa al incluir al contrato de arbitraje en su regulación. A partir de entonces, las disposiciones del Cód. Civ. y Com. rigen el acuerdo de arbitraje a nivel nacional, sin perjuicio de las normas contenidas en los códigos procesales que aún continúan vigentes y de la existencia de una ley especial que rige en materia de arbitraje comercial internacional[14].

---

[9] LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. (autor) en Alterini, Jorge, H., (director) y Alterini, Ignacio (coordinador), “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo V, ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 169.
[10] DIEZ-PICAZO, Luis, “Fundamento del derecho civil patrimonial”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 139 citado en la nota al pie N°137 por Leiva Fernández, p. 169.
[11] Artículo 899: “se denomina (...) b) [c]ontrato discrecional a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. c) [c]ontrato predispuesto, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y cláusula predispuesta, a la cláusula del contrato en iguales circunstancias. d) [c]ondiciones generales, a las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidos en el instrumento del contrato, o en otro separado. e) [c]ontrato celebrado por adhesión, al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”.
[12] “Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente. Exégesis de los Fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN”, revisado, ordenado y concordado por Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina y Ramos, 3° reimpresión, ed. Astrea, 2015, p. 292. Puede consultarse de manera general y como obra jurídica nacional de reciente publicación, el trabajo de SHINA, Fernando, E., “Los contratos de adhesión”, ed. Hammurabi, Bs. As., 2019.
[13] Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos-Parte general”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 139.
[14] Ley 27.449, publicada en el BORA el 26.07.2018.

II. Objeto del trabajo

En lo que interesa al presente trabajo, el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., establece que se encuentran excluidas del contrato de arbitraje las disputas derivadas de "los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto".

Tanto la regulación especial del contrato de adhesión como la exclusión del arbitraje de las disputas derivadas de él encontraría su fundamento en el desigual poder de negociación que suele existir entre las partes en esta particular clase de contratos, en virtud de la cual se procura limitar la posibilidad de dirimir mediante arbitraje las posibles controversias que se deriven de ellos[15].

Sin embargo, desde la sanción del Cód. Civ. y Com., la doctrina ha criticado la solución adoptada por el legislador respecto a la “no arbitrabilidad” de esta clase de disputas, advirtiendo que el solo hecho de que el que el contrato se celebre por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituye una circunstancia que implique un ejercicio abusivo del derecho, ni que exista un desigual poder de negociación que justifique impedirles a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje.

Por su parte, la jurisprudencia ha dado diversos alcances a la interpretación de esta cuestión.

El propósito de este trabajo es analizar la validez de la cláusula arbitral incorporada en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas[16].

III. La regulación del arbitraje (de la novedad a la sorpresa)

[15] Conf. PARODI, Gustavo, “Contrato de arbitraje”, en “Código Civil y Comercial Comentado”, en Rivera, Julio C., y Medina, Graciela (directores) y Esper, Mariano (coordinador), Tomo IV, ed. La Ley, 2015, Bs. As., p. 858.

[16] Me he ocupado más ampliamente de este tema en Cappagli, Santiago, “El arbitraje y la exclusión de los asuntos que surjan de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”, ed. La Ley, Bs. As., 2025.

El Cód. Civ. y Com. regula el contrato de arbitraje en los artículos 1649 a 1665, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores[17].

En los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. se explica el motivo por el cual fue decidido regularlo: "[e]ste instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en relaciones de consumo, comercial y otros (...). El contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales".

Es decir, los redactores del anteproyecto optaron por regular el contrato de arbitraje teniendo en mira que "...se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial" y excluyeron algunas materias que involucran, en esencia, cuestiones vinculadas al derecho de familia, derecho laboral y relaciones de consumo.

La exclusión de este este último rubro ha sido justificado indicando que el "arbitraje (...) podría afectar gravemente sus derechos". Aunque no se lo expresa en los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com., entiendo que es razonable pensar que esta exclusión obedece a que en los contratos de consumo está marcadamente restringida la autonomía de la voluntad.

En palabras escritas por Lorenzetti -mucho tiempo antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.-: "[s]e discute si la autonomía de la voluntad es una regla

[17] Recientemente un precedente judicial hizo notar que "[e]l Código Civil y Comercial de la Nación ha innovado al incorporar al derecho de fondo, un medio alternativo de resolución de conflictos que aparece regulado como un nuevo contrato típico denominado "Contrato de Arbitraje" (v. arts. 1649 a 1665)" [CNCom., Sala E, del 27.08.2019, "Travel Cba SRL c/Samsonite Argentina SA s/Ordinario" (expediente N°25455/18)].

general de derecho contractual aplicable a todos los contratos, o bien admite diferentes configuraciones conforme al ámbito en el que se aplica. En este sentido, nuestra tesis es que la autonomía de la voluntad: tiene plena vigencia en los contratos entre iguales (...); hay una mayor restricción en los celebrados por adhesión a condiciones generales; y, está severamente restringida en los contratos de consumo”[18].

Sin embargo, y he aquí la sorpresa a la que aludo en el título del apartado, el anteproyecto redactado por la Comisión Redactora fue modificado por la Comisión Bicameral del Congreso Nacional, que agregó -como una materia adicional a las que excluía el anteproyecto del contrato de arbitraje- a “[l]os contratos por adhesión cualquiera sea su objeto” (inciso d, art. 1651 del Cód. Civ. y Com.).

Un experto en arbitraje indica -al abordar concretamente esta temática- que “la exclusión de los contratos por adhesión (...) deja vislumbrar una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, presumiblemente tendiente a proteger al contratante más débil en la negociación, de tal modo que la incorporación del acuerdo arbitral no pase desapercibida en esta modalidad de contratación”[19].

El punto lo trato en detalle en los apartados V y VI; ahora, por cuestiones de metodología en la exposición, abordaré lo atinente a la fuente convencional del arbitraje.

IV. El contrato de arbitraje

Schneider apunta que “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, sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su

[18] LORENZETTI, p. 127.
[19] PARODI, p. 858.

conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción, salvo -claro está, un laudo incoherente o absurdo…”[20].

Como notas caracterizantes del contrato de arbitraje, se han señalado las siguientes: (i) es un método adversarial de resolución de conflictos; (ii) alternativo a los tribunales estatales; (iii) al cual las partes se someten voluntariamente; (iv) defiriendo la solución a un tercero; tercero que las partes eligen libremente y que no forma parte de ningún poder u órgano del estado y cuya decisión es, en principio, final y obligatoria, lo que no excluye cierto control del estado por vía de recursos irrenunciables; (v) y que para su ejecución -como para otras medidas que exijan coerción- requiere la intervención de tribunales estatales[21].

El sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes[22].

Incluso varias Constituciones de países latinoamericanos han “constitucionalizado” el arbitraje, por lo que en ellos se llega a considerar como

[20] SCHNEIDER, Lorena R., “El arbitraje en disputas societarias”, La Ley 20.04.2023, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/823/2023.

[21] RIVERA, Julio C., RIVERA, Julio C. (h) y AMADO ARANDA, Juan I., “Arbitraje comercial, internacional y doméstico”, ed. La Ley, 3° edición, Bs. As., 2022, p. 4.

[22] Solo a modo de referencia transcribo una alusión de los autores citados en la nota al pie anterior, respecto de la Constitución española de 1812 “que establecía en su artículo 280 que no se podrá privar a ningún español del derecho a determinar sus diferendos por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes. Y, en el discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de Constitución, se justificó la solución diciendo: el derecho que tiene todo individuo de una sociedad terminar sus deferencias por medio de jueces árbitros está fundada en el incontrastable principio de la libertad natural”.

Es cierto -continúan diciendo, pero ya en relación con el derecho positivo vigente de la Argentina,- que estos preceptos (los de España) desaparecieron, pero si las partes pueden someter la solución de sus deferencias a la suerte como no podrán hacerlo a la decisión de un tercero. Y, he aquí, lo atrapante del punto: cuando aluden a la suerte, citan el artículo 1994 del Cód. Civ. y Com. que establece: “la resolución de la mayoría absoluta de los condóminos, computada según el valor de las partes indivisas, aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte”.

Y cierran, conceptualmente hablando, con una cita de un autor extranjero (Nogués, Mariano, “Tratado de práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento Civil del 5 de octubre de 1855”, Madrid, 1856): “En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura”.

un derecho esencial el de someter la resolución de conflictos a la decisión de árbitros[23].

En la Argentina, la libertad de someter los conflictos a la decisión de un tercero, emana -como he anticipado al comienzo de este apartado-, del Cód. Civ. y Com. que regula lo que denomina abiertamente contrato de arbitraje (Capítulo 29 del Título IV, del Libro III, a partir del artículo 1649) y que, como tal, queda sometido a los principios generales que rigen la materia contractual, que obviamente está presidida por la autonomía de la voluntad que autoriza las partes a configurar su contrato (artículo 958)[24].

Recientemente un prestigioso tribunal ha dicho que "[l]a cláusula compromisoria es un contrato (...); [p]or lo tanto, su contenido se halla exclusivamente librado a la voluntad de las partes, quienes pueden pactar la jurisdicción arbitral respecto de todos los casos litigiosos que se planteen como consecuencia de la relación sustancial que las vincula, o limitarla a los aspectos específicos que se refieran a esa relación, con exclusión de los casos de inarbitrabilidad previstos legalmente (Cód. Civ. y Com. 1651)"[25].

Se ha dicho, en referencia a la fuente convencional de la jurisdicción de los árbitros, que los jueces y los árbitros derivan su autoridad de fuentes distintas: los jueces, de la Constitución (art. 116 y arg. arts. 5°, 75 inc. 12, 121 y 122), y de las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial; los árbitros, de un acuerdo de voluntad entre partes[26].

---

[23] Por ejemplo la Constitución de Costa Rica dispone: "[t]toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente (artículo 43) y la de Honduras: "[n]inguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada determinar sus asuntos civiles por transacción o arbitramiento" (artículo 110).
[24] Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 7.
[25] CNCom, Sala D, del 08.02.2022, "Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21).
[26] CAIVANO, Roque y CEBALLOS RÍOS, Natalia, "Tratado de arbitraje comercial internacional argentino", ed. La Ley, Bs. As., 2020, p. 9. Los autores indican lo siguiente en la nota al pie N° 37: "[d]idácticamente se ha explicado: el juez obtiene su poder de la ley. Ese poder es institucional. No necesita justificar frente a las partes de donde proviene su imperio. El juez decide el nombre del pueblo o del Rey o de la República, pero en todo caso, a nombre de una soberanía para la cual la justicia es un atributo esencial. Su autoridad es delegada en forma permanente. El árbitro, al contrario, no está investido más que de una competencia atribuida; del carácter mixto de su naturaleza deriva una ambigüedad en cuanto al origen de sus poderes: la ley, de una parte, y la voluntad de las partes, de la otra (Lazareff, Serge, "L´arbitre est-il un juge?", en Liber Amicorum Claude Reymond, Litec, París, 2004, p. 173).

Insisto en que uno de los elementos esenciales y definitorios del arbitraje es su fuente convencional; esto es, el arbitraje existe porque las partes lo quieren y pactan someterse a la decisión de un tercero. De este modo el arbitraje es una institución que está anclada en la libertad contractual que en el derecho argentino tiene su expresión en la Constitución nacional y en el artículo 959.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, un autor de fuste sostiene que la libertad de contratar no figura entre los derechos enumerados en la Constitución nacional pero su reconocimiento constitucional debe reputarse implícito y que la doctrina y la jurisprudencia lo han derivado de los derechos de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita y como una expresión natural de la facultad de usar y disponer de la propiedad[27].

Otro distinguido constitucionalista refiere que, en rigor de verdad, la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando tratan sobre temas patrimoniales o, en general, transables[28].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Corte Suprema") tiene dicho que no pueden invocarse agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente; tal ocurre cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable, ante la justicia, un laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado[29].

Ello alcanza al recurso extraordinario que, como cualquier otro recurso, es renunciable; y ello no produce mengua alguna de la garantía de defensa en juicio ni de otras garantías constitucionales[30].

Con esa orientación, la Corte Suprema tiene establecido que el recurso extraordinario solo procede respecto de sentencias de los tribunales de justicia de la Nación y de las provincias, y por extensión de los organismos administrativos dotados por la ley de facultades judiciales, y revisables por vía

[27] Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Tomo II, ed. Ediar, Bs. As.,1995, p. 444.
[28] SAGUES, Néstor, "Elementos de derecho constitucional", Tomo II, 2° edición, ed. Astrea, 1997, p. 522.
[29] Fallos 289:158.
[30] Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 69.

de acción o de recurso. Son insusceptibles de recurso extraordinario las decisiones de la jurisdicción arbitral pactada libremente por los interesados[31]. En efecto, esta es excluyente de la intervención judicial que culmina en la Corte y no admite otros recursos que los consagrados en las respectivas leyes procesales[32].

En otro caso, luego de aclararse que la naturaleza jurisdiccional de las funciones arbitrales no se ve empañada por su origen convencional, la Corte Suprema recordó que la justificación del poder de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro[33].

Queda claro, entonces, que estos criterios de la Corte Suprema se justifican en que el sometimiento al arbitraje es el resultado de la libre voluntad de las partes[34].

Apuntan los autores citados en último término que "es 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.

En definitiva el arbitraje tiene una fisonomía peculiar pues, aunque se origina en un contrato, este proyecta efectos jurisdiccionales. El convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, ya que se

---

[31] Aclaro que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho distinciones muy relevantes en materia de recursos contra los laudos arbitrales SEGÚN provengan de un arbitraje voluntario o de uno forzoso (por ejemplo, ver lo previsto en los artículos 1157, 1376 y 1806 del Cód. Civ. y Com. y lo que prevé la ley 17.418 de Seguros (art. 5); la ley 20.094 de la Navegación (art. 580) y el decreto 677/2001 (art. 38) [para esta última regulación, se puede consultar ANAYA, Jaime "Arbitraje societario", diario La Ley 21.05.2007].

En fin, lo relevante sobre el punto es que la limitación a la revisión judicial de los laudos arbitrales solo rige con relación a los casos en que la jurisdicción a favor de los órganos arbitrales ha sido libremente pactada y proviene de la libre determinación de los interesados y no cuando se trata de competencia arbitral obligatoria por haber sido instituida por la ley, oportunidad en que siempre se encuentra abierta la posibilidad de revisión judicial (PALACIO, LINO, E., "El recurso extraordinario federal", ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, p. 58, citado en la nota al pie N° 130 por RIVERA, RIVERA (H) Y AMADO ARANDA, p. 70).

[32] Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455, entre otros.

[33] Fallos 320:2379.

[34] Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 69.

sustrae de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de las controversias que se encuentran afectadas por aquel[35].

Con la misma orientación, la Corte Suprema ha resuelto que "...a diferencia de los jueces -órganos del Estado- los árbitros desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza, pero convencional por su origen en la mayoría de los casos, pues la estructura de la institución arbitral se explica sobre la base de la voluntad de los interesados, sin que, en consecuencia, su participación en la administración de justicia tenga su fuente en una dependencia directa del poder estatal"[36].

En síntesis, queda claro, con lo expuesto en este apartado, el origen contractual del arbitraje.

V. Arbitradierdad

V.1. Noción de arbitrabilidad

El término arbitrabilidad refiere "a lo que es arbitrable" y expresa la condición que debe tener una controversia para ser susceptible de resolverse por la vía del arbitraje. Se explica porque la jurisdicción arbitral, en tanto resulta de un acuerdo de voluntades que crea una justicia privada, no es permitida para resolver cualquier clase de controversia. El concepto de arbitrabilidad, en su aspecto material, define cuáles son las cuestiones respecto de las cuales puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros; y ello obedece a que la ley reserva ciertas cuestiones litigiosas al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales, no siendo lícito que las partes los sometan a decisión de árbitros[37].

---

[35] Conf. CAIVANO Y CEBALLOS, p.12.
[36] Fallos 320:2379.
[37] Conf. SANDLER OBREGÓN, Verónica, "La arbitrabilidad de controversias surgidas de contratos por adhesión entre comerciales", Revista Argentina de Arbitraje, N° 4, noviembre 2019, IJ-DCC CLXIII-662. Doctrina especializada indica que "[n]o cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros; hay algunas que son reservadas al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales. Y ello depende, fundamentalmente, del ordenamiento jurídico, e involucra una cuestión de política legislativa. Cada país delimita a través de sus leyes qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles son de competencia judicial exclusiva. Lo que se advierte del repaso de las normas de derecho comparado es que no existe ningún país en el cual sea arbitrable cualquier controversia. Todos establecen límites a la potestad de las partes de resignar el acceso a los tribunales judiciales y es un entendimiento generalizado que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a los tribunales judiciales y que, respecto de ellos, no es lícito que las partes los sometan a decisión de árbitros" (CAIVANO y CEBALLOS RÍOS, p. 127).

V.2. La arbitrabilidad en el Cód. Proc. Civ. y Com.

El Cód. Proc. Civ. y Com. define el ámbito de las materias arbitrables estableciendo un principio general y sus excepciones.

La regla, conforme el artículo 736, es que "toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después del deducida en juicio y cualquiera fuera el estado de éste". Las excepciones están determinadas por la naturaleza intransigible de los derechos involucrados en la controversia: el artículo 737 dispone que "no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción".

Etcheverry menciona que se trata de "cuestiones patrimoniales, que son generalmente disponibles" y cita un precedente judicial que señala que "[t]odo arbitraje importa una renuncia a la jurisdicción por los particulares y, por ende, al procedimiento de conocimiento judicial; de allí que solo es posible en materia de derecho disponible"[38].

En virtud de la remisión del Cód. Proc. Civ. y Com. a las normas sobre transacción, es necesario examinar cuáles son, en la ley civil, las materias

---

[38] CNCom., Sala A, del 07.09.2007 citado por ETCHEVERRY Raúl (autor) en Highton Elena y Areán Beatriz (directoras), "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado", Tomo XIII, ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 913.

Autores calificados explican lo siguiente: "[e]l Cód. Proc. Civ. y Com. no alude a la disponibilidad de los derechos involucrados en la controversia, sino a su transigibilidad. Sin embargo, el concepto es similar al que se adopta en el derecho comparado, porque la posibilidad de transigir o renunciar un derecho -que lo convierte en arbitrable- es, precisamente, consecuencia de su carácter disponible: la disposición es el género, mientras que la transacción es una de sus especies. Puede decirse, por ello, que conforme el Cód. Proc. Civ. y Com. son arbitrables aquellas cuestiones que involucran derechos disponibles. Y la disponibilidad de un derecho, definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él o sobre determinados aspectos del mismo, es una cualidad de un derecho que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción o renuncia.

Más allá de la noción normológica, desde una óptica lógica y axiológica, este razonamiento no admite dudas: si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciándolo) no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho.

Es claro que transigir y someterse a arbitraje no es la misma cosa, y la legislación procesal no las confunde: simplemente dice que para definir el campo de las materias arbitrables deben utilizarse las reglas que la legislación civil establece para delimitar el campo de las materias transigibles" (CAIVANO Y CEBALLOS, p.129).

susceptibles de transacción que, por aplicación del artículo 737 de aquel, no son arbitrables.

V.3. Las materias no transigibles a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com.

El Cód. Civil y Com. contiene, al igual que el Código Civil derogado[39], una serie de reglas sobre transacción a las cuales cabría remitirse por aplicación del Cód. Proc. Civ. y Com.

El artículo 1642 del Cód. Civil y Com. dispone que la transacción "es de interpretación restrictiva". En cuanto a las restricciones, el artículo 1644 prohíbe transigir sobre "derechos en los que está comprometido el orden público", sobre "derechos irrenunciables" y sobre "las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar".

La regla general específica es que puede transigirse sobre todo tipo de derechos patrimoniales en los cuales no aparezca comprometido el orden público[40].

V.4. La materia arbitrable conforme el criterio general establecido en el Cód. Proc. Civ. y Com. y su remisión a las normas civiles

Caivano y Ceballos Ríos señalan que "[m]ás allá de la mayor restricción que se observa en las normas sobre transacción del Cód. Civ. y Com., con la aplicación de la regla del artículo 736 del Cód. Proc. Civ. y Com., el sistema mantiene lógica y coherencia: la ley procesal utiliza un criterio general para determinar cuándo es lícito renunciar a la jurisdicción estatal (la naturaleza transigible de los derechos involucrados en la controversia), y recurre a la ley civil que determina con mayor casuismo hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de las partes y en qué casos no es posible renunciar lícitamente a un derecho.

[39] Artículos 832 a 841. Puede consultarse el tema -en relación al Código Civil derogado- en ETCHEVERRY, p. 916.
[40] Conf. FRUSTAGLI Sandra y ARIAS María P., (autoras) en Lorenzetti Ricardo (director general) y De Lorenzo Miguel F., y Lorenzetti Pablo (coordinadores), "Código Civil y Comercial explicado", Tomo VIII, ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2015, p. 94.

Siendo ello así, el principio general consagrado por el artículo 958 del Cód. Civ. y Com., coherente con el artículo 19 de la Constitución nacional, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular[41]. En un sistema jurídico sustentado primordialmente en la autonomía de la voluntad, la disponibilidad es la condición natural de un derecho, por lo que no corresponde comprobar esa condición, sino, en todo caso, que ella no se verifica. Dicho de otro modo, por tratarse de una condición excepcional de los derechos de naturaleza privada y contenido patrimonial, una cuestión solo podrá calificarse como indisponible cuando esté involucrado en ella el interés público o general (...)[42].

Por ello, si la arbitrabilidad se determinara con base en lo dispuesto en el Cód. Proc. Civ. y Com., habría de aplicarse el principio general consagrado en el artículo 736, y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el derecho involucrado susceptible de transacción conforme la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del artículo 737. Lo que llevaría a que no serían arbitrables las controversias relativas a derechos en los que está comprometido el orden público, a derechos irrenunciables y a los derechos no patrimoniales nacidos de las relaciones de familia o relativos al estado de las personas (arg. art. 1644. Cód. Civil y Com.)”[43].

V.5. Las específicas normas sobre arbitrabilidad contenidas en el Cód. Civil y Com.

Palacio, al abordar concretamente el proceso arbitral, afirma que “...es preferible [el Cód. Proc. Civ. y Com.] que remite a las normas prohibitivas de la

[41] Sobre el punto, me permito recordar la cita de Sagues que he hecho en el apartado 3.1., que indica que “...en rigor de verdad, la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando tratan sobre temas patrimoniales o, en general, transables” (SAGUES, p. 522).
[42] La Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que “lo que la ley ha querido sustraer al conocimiento de árbitros ajenos a la jurisdicción judicial del Estado, es el conocimiento y la decisión sobre controversias en las que se debaten derechos sobre los cuales los particulares no tienen facultad de disposición, ni pueden, por ello, transigir…” (SCBA, del 07.09.1965, citado por ETCHEVERRY, p. 919).
[43] CAIVANO Y CEBALLOS, p.131.

transacción, ya que él cubre todas las hipótesis de derechos indisponibles así como las cuestiones que interesan al orden público”[44].

Empero, y en palabras de prestigiosos autores, “[l]a coherencia del sistema consagrado en el Cód. Proc. Civ. y Com. se desquició con la incorporación, en el capítulo relativo al contrato de arbitraje del Cód. Civ. y Com., de una norma que introdujo un mayúsculo grado de confusión en un tema que, más allá de ciertos matices, no había suscitado mayores problemas. El tema ha quedado sumido en un océano de dudas, provocadas por una de las peores normas que se conozcan sobre esta materia” [45], tal como expongo a continuación.

VI. La limitación a la arbitrariedad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del Cód. Civ. Y Com.

VI.1. Introducción

Claro el punto de partida expuesto en los apartados IV y V, retomo -ahora- la línea de investigación que insinué en el apartado II.

Dije allí, con cita de un experto de la materia, que “la exclusión de los contratos por adhesión (...) deja vislumbrar una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, presumiblemente tendiente a proteger al contratante más débil en la negociación, de tal modo que la incorporación del acuerdo arbitral no pase desapercibida en esta modalidad de contratación”[46].

Sin embargo, sostengo -en línea con lo que también sostiene la doctrina y la jurisprudencia- que el solo hecho de que el contrato se haya celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituye una circunstancia que justifique limitar la arbitrabilidad de las disputas derivadas de

[44] PALACIO Lino, E., “Derecho Procesal Civil-Procesos arbitrales y universales”, actualizado por Camps, Carlos E., Tomo IX, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 27. Por su parte, recientemente se ha dicho que “...el artículo 1651 es una norma innecesaria, porque aún sin él existirían criterios suficientes para determinar la materia arbitrable bajo el derecho argentino. Y, más aún, los criterios serían más coherentes, armónicos con los que ofrece el derecho comparado y consistentes con el objetivo del legislador de reservar el juzgamiento de materias sensibles a los tribunales judiciales” (SANDLER OBREGÓN).
[45] CAIVANO Y CEBALLOS, p.133.
[46] PARODI, p. 858.

él[47], ni implica que exista un ejercicio abusivo del derecho ni tampoco un desigual poder de negociación que justifique impedirle a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje; y que la lógica que llevó a excluir la posibilidad de arbitrar disputas relacionadas con contratos de adhesión es incomprensible y debe basarse en una incorrecta apreciación de la realidad de esta clase de contratos[48].

Es que, como se ha dicho muy recientemente en un precedente judicial de la primera instancia del Fuero Nacional Comercial, restringir el arbitraje en los contratos por adhesión carece de un fundamento jurídico de peso, siendo irrazonable excluirlos cuando son celebrados entre empresas pues adhesión no es sinónimo de abuso y su eventual existencia debe ponderarse en el caso concreto[49].

Con esa orientación, una autora -al abordar concretamente esta temática- indica que en la práctica, no son muchos los contratos que se celebran luego de un proceso de negociación y discusión entre las partes respecto de cada una de sus estipulaciones. La predisposición del contenido contractual por una de las partes es un fenómeno que podría considerarse inevitable, a partir de la masificación del tráfico comercial, la celeridad que se requiere en la formalización de los negocios, y la necesidad de reducir costos y uniformar ciertas relaciones sustancialmente iguales[50].

Por su parte, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en una decisión que adoptó antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., juzgó válida una cláusula arbitral considerando que “en el caso no se presenta ninguna duda de interpretación: la cláusula en cuestión es clara y precisa y no se advierte -y no se ha explicado concreta y razonadamente- de qué modo se habría afectado el consentimiento de la actora al firmar el contrato

[47] RIVERA, Julio C., "El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores", LL, 2013-F, 1069. En sentido similar, MANÓVIL, Rafael M., "Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo Código", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, Buenos Aires, 2014, Nº 52, p. 297.
[48] ROMERO, Melisa; PEÑA, Santiago L. y CHIARALUCE, V., “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión y su interpretación a la luz de la jurisprudencia actual”, diario La Ley 15.11.2023.
[49] Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 a cargo del juez Jorge Sícoli, Secretaría N° 6 a cargo del autor, “Infomedia Consulting c/ Voith Hydro s/ ordinario” del 23.12.2023 (firme) en la que se cita la opinión de DI CHIAZZA Iván (autor) en Lorenzetti Ricardo (director general) y Sagama Fernando (director del tomo), “Código Civil y Comercial explicado”, Tomo VI [obligaciones y contratos], ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2021, p.851.
[50] Conf. SANDLER OBREGÓN.

continente de dicha cláusula: no se ha invocado en el caso la producción de un error de hecho o de derecho, que se haya incurrido en dolo, que se haya producido una lesión subjetiva en los términos del art 954 del Código Civil o que se hubiese logrado consentimiento bajo la presión de violencias físicas o morales”[51].

Incluso la propia Corte Suprema ha juzgado -también antes de la vigencia del Cód. Civ. y Com.- la validez y exigibilidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción judicial: no pueden ser dejadas de lado por la sola razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto[52] pero sí pueden ser declaradas inoponibles si de ellas resulta un detrimento a los derechos del contratante que adhirió[53].

Se ha dicho desde la doctrina que “las consecuencias de interpretar que la norma en análisis significa una lisa y llana prohibición de incorporar cláusulas arbitrales en contratos por adhesión serían muy graves. Por lo pronto, quedaría vedado el sometimiento a arbitraje en una gran cantidad de relaciones jurídicas típicamente comerciales, limitándolo a contratos absolutamente paritarios resultantes de una negociación igualitaria (...) Y, además, de ello resultaría una nueva categoría de inarbitrabilidad, basada no en la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia sino en la forma de expresión del consentimiento. Categoría que, por cierto, no reconoce precedentes en el derecho comparado”[54].

VI.2. Análisis e interpretación del art. 1651 del Cód. Civ. y Com. en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha adoptado un número significativo de precedentes judiciales que han abordado -en concreto- esta temática, aunque con decisiones diversas, tal como surge del análisis de la jurisprudencia del Fuero Nacional en lo Comercial que hago a continuación:

[51] CNCom. Sala D, 22.02.2002, “Bear Service SA c/ Cervecería Modelo S.A. DCV”, diario El Derecho 01.07.2005
[52] Fallos 313:717.
[53] Fallos 324:3859.
[54] SANDLER OBREGÓN.

(i) La Sala F de la Cámara Comercial ha resuelto dos asuntos en el que las partes involucradas se encontraban vinculadas por un contrato de agencia para la comercialización de servicios y productos de telefonía[55].

Ambos contratos habían sido rescindidos por los demandados con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. A partir de la conclusión de la referida relación comercial, los actores demandaron la indemnización por daños y perjuicios emergentes de la rescisión contractual ejercida por las partes demandadas.

Las partes demandadas opusieron la excepción de incompetencia explicando que el contrato que vinculaba a las partes contenía una cláusula compromisoria mediante la cual se había acordado someter al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires todas aquellas divergencias derivadas de la interpretación y ejecución del contrato.

En la primera instancia se hicieron lugar a las excepciones de incompetencia planteadas por las partes demandadas pero luego la Sala F de la Cámara Comercial revocó las referidas resoluciones, desestimando la competencia del Tribunal Arbitral.

Previamente, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a cargo de la doctora Gabriela Boquín ("Fiscalía") había dictaminado que conforme el art. 1656 del Cód. Civ. y Com., en caso de duda, debe estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

El Tribunal no siguió la opinión dada por la Fiscalía y realizó una aplicación literal de las disposiciones del art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.; consecuentemente, rechazó la excepción de incompetencia.

---

[55] El precedente "Yasa SRL c/Telecom Personal SA s/ordinario" (expediente N°21501/2015) y el precedente "Argennet SRL. c/Telefónica de Argentina SA s/ ordinario" (expediente N°4326/2015), ambos del 30.08.2016.

Con la misma orientación, este Tribunal resolvió que "[c]orresponde rechazar la excepción de incompetencia deducida por la demandada con fundamento en la cláusula de compromiso arbitral incluida en la "carta propuesta" que vincula a las partes, pues aún cuando no corresponde formular en este estadío un análisis anticipado sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios de telefonía celular que unió a los justiciables, desde un mero abordaje teórico, aparece innegable la presencia de cláusulas predispuestas en este tipo de vinculaciones jurídicas. Consecuentemente, resulta aplicable el Cód. Civ. y Com. 1651-d) que excluyó del arbitraje las controversias sobre contratos de adhesión" (CNCom., Sala F del 13.06.2023, "Word Cellular Company SA c/Telecom Argentina SA s/ordinario" (expediente N°34046/2019).

Para resolver de ese modo, destacó que la prohibición contenida en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com. es de orden público y que, independientemente de la interpretación que se adopte al respecto, si se verifica que la materia en disputa se encuentra incluida en la norma, entonces "se torna indisponible para las partes el sometimiento del diferendo mediante el compromiso arbitral".

En concreto, consideró al contrato de agencia que vinculaba a las partes como uno de adhesión, señalando que “la estandarización del contenido de las políticas empresariales en la telefonía celular son resquicios de la fenomenología de los contratos de cláusulas predispuestas”.

De esta manera, al considerar el contrato de agencia como uno de adhesión, el Tribunal concluyó que la controversia emanada de este tipo de relación comercial se encuentra excluida de ser sometida a arbitraje de acuerdo con lo normado por el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.[56].

(ii) En otro asunto pero vinculado a un proceso ejecutivo, la Sala F de la Cámara Comercial, por mayoría, decidió declarar la incompetencia de los tribunales ordinarios para el entendimiento de una demanda ejecutiva en función de la cláusula arbitral incluida en un mutuo celebrado entre las partes, confirmando así, la resolución de la primera instancia[57].

El Tribunal sostuvo que la aptitud ejecutiva del título creado por voluntad de las partes carece de incidencia ante la estipulación de la cláusula décima que no ofrece dudas en orden a su recto alcance y, además, remitió a lo dictaminado por la Fiscalía.

La Fiscalía había considerado que la referida cláusula arbitral incluía cualquier reclamo en aplicación del mutuo y que, conforme el art. 1656 del Cód.

---

[56] Un autor que comenta estos dos precedentes judiciales indica: “[s]obre la referida norma [art. 1651 inciso d], los jueces se limitaron a realizar una mera interpretación literal. Por dicho motivo, los referidos fallos son extremadamente restrictivos de la aplicación del arbitraje, con el agravante que conforme sus considerados, la cláusula arbitral contenida en cualquier contrato de adhesión, extinguido este con anterioridad al 1 de agosto de 2015, que deba ser ejecutada con posterioridad a la fecha señalada, sería analizada por las disposiciones del Cód. Civ. y Com.” (HINOJOSA, David, “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Análisis jurisprudencial del Fuero Nacional en lo Comercial”, RCód. Civ. y Com. 2019 (junio), 159 y TR LALEY AR/DOC/993/2019).

[57] CNCom, Sala F del 13.07.2017, “Perez Mendoza Jose Luis c/Hope Entertainment SA s/Ejecutivo (Expediente N°19515/16).

Civ. y Com., en caso de duda debe estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Además, la Fiscalía reforzó -conceptualmente hablando- la fuerza vinculante de lo pactado por las partes cuando afirmó "...cabe estar a los estipulados por las partes, para resolver sus controversias, configurando un acuerdo contractual privado al que corresponde acatar"[58].

(iii) Adoptando una línea similar, en el caso "Travel CBA"[59] la sala E de la Cámara Comercial decidió revocar la decisión de la primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de franquicia y rechazar tal excepción, con fundamento en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.

En este caso, el Tribunal partió de una premisa similar a la de los casos "Yasa" y "Argennet" que cité en la primera línea de este apartado, destacando que la norma en ciernes excluye "expresamente y de manera imperativa" del arbitraje a las controversias sobre contratos de adhesión, razón por la cual resultaba dirimente definir la calificación del contrato celebrado por las partes para expedirse sobre la procedencia de la excepción opuesta por la demandada.

---

[58] Concretamente, la Fiscalía expresó: "[p]rocede confirmar la resolución mediante la cual el juez a quo hizo lugar a la excepción de incompetencia, en base a la invocada existencia de una cláusula compromisoria mediante la cual las partes pactaron la intervención del tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires. Ello por cuanto, corresponde aplicar la normativa dispuesta en el Cap. 29, del Cód. Civ. y Com., en lo atinente al "Contrato de Arbitraje".

En efecto, a estar a lo dispuesto por el art. 1649, hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido respecto de la relación jurídica que las une. Por lo que cabe estar a los estipulados por las partes, para resolver sus controversias, configurando un acuerdo contractual privado al que corresponde acatar" (Dictamen Fiscal Nº 150353).

Por su parte, en el voto en minoría se señaló que el contrato mutuo que habían celebrado las partes era un contrato de adhesión, destacando que se encontraba realizado sobre un papel membretado, que la demandada había tenido antecedentes sobre planteos similares y que el accionante había señalado que se trataba de una "cláusula-formulario" sin haber sido negado por la demandada.

De esta manera, en el voto en disidencia se sostuvo que "si bien todas las cuestiones patrimoniales de carácter disponible pueden ser sometidas a arbitraje, éste solo será válido en un acuerdo entre partes iguales, excluyéndose tal posibilidad en caso de debilidad estructural de alguna de ellas, lo que parece acontecer en el caso".

Además de ello, agregó que "el control de legalidad sobre los contratos de adhesión no se efectúa analizando las modalidades de su formación, sino a través de la estimación de la equidad y del equilibrio del negocio total, de sus cláusulas especiales, y el uso de ciertos estándares comunes aplicables a toda área contractual".

[59] CNCom., Sala E, del 27.08.2019, "Travel CBA S.R.L. c/Samsonite Argentina SA". El precedente es citado y analizado por ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE y a quienes sigo en adelante.

El Tribunal consideró que el contrato de franquicia es "normalmente y por su propia naturaleza" un contrato de adhesión, por lo que le correspondía a la demandada acreditar que las cláusulas del contrato habían sido libremente negociadas por las partes y que, por lo tanto, no habían sido predispuestas. A pesar de advertir que existían extremos no controvertidos entre las partes de los que podía inferirse que la cláusula arbitral había sido objeto de negociación[60], la Cámara Comercial concluyó que la demandada no había logrado probar que el contrato no había sido celebrado por adhesión.

Sobre este último punto, el Tribunal advirtió que, aún si se considerase que la cláusula de resolución de disputas fue negociada, ello no alteraría la resolución del caso, pues se trataría de una cláusula particular (que no modificaría la calificación de un contrato de adhesión conforme a lo previsto en el art. 985 del Cód. Civ. y Com.), que sería "ajena a los aspectos generales y medulares del funcionamiento del negocio de la franquicia".

(iv) La Sala A de la Cámara Comercial confirmó, en el caso "Abre"[61], la decisión de primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de agencia[62].

Para resolver de ese modo, el Tribunal refirió que, si bien la actora había planteado la invalidez de varias cláusulas del contrato (incluyendo la cláusula arbitral), conforme al principio de autonomía del acuerdo de arbitraje, debía circunscribir su análisis a la validez de este último y la procedencia de la excepción de la demandada, sin examinar la validez de las demás cláusulas cuestionadas por la demandante.

Tras ello, el Tribunal indicó que la competencia arbitral es de excepción y, por ello, debe interpretarse con carácter restrictivo, sin perjuicio de

---

[60] Según surge del fallo, mientras en el contrato involucrado en el caso la cláusula arbitral preveía como sede del arbitraje la ciudad de Buenos Aires y su administración por el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA); el contrato celebrado por la actora y una sociedad vinculada a la demandada (Samsonite de México) preveía como sede del arbitraje la ciudad de Miami y su administración por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

[61] CNCom., Sala A del 30.08.2019, "Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA". El precedente es citado y analizado por ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.

[62] En este sentido, se trató de un caso sustancialmente similar a los casos "Yasa" y "Argennet", en los que se arribó a una solución contraria a la adoptada en el caso "Abre".

lo cual advirtió que la actora había tomado conocimiento de la cláusula arbitral en dos oportunidades sucesivas, por lo que no podía entenderse que se hubiera visto sorprendida por la inclusión de dicha cláusula ni que esta le fue impuesta por la demandada.

El Tribunal señaló que "para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente, debe analizarse si (...) se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades".

La Sala indicó que la nulidad de la cláusula arbitral "no puede sustentarse a priori en la mera existencia de predisposición unilateral de las condiciones del contrato, si es que ha mediado un componente subjetivo de evidente conocimiento y aceptación, pues un planteo de la índole del que efectúa la actora requiere de la necesaria prueba y contradicción, lo que excede el marco de una excepción previa".

Refirió que el hecho de que el contrato entre las partes fuera de adhesión no era suficiente para invalidar la cláusula arbitral, pues el contrato se había perfeccionado a partir de una propuesta que había sido dirigida por la actora a la demandada, se suscribió en dos oportunidades y no se probó que la cláusula en cuestión no hubiera sido objeto de reflexión o discusión entre las partes, quienes eran -además- sociedades comerciales especializadas en el ramo que operaban.

Como se puede advertir, la línea de análisis e interpretación desarrollada por la Sala A en el caso "Abre" es opuesta a la sostenida por las Salas E y F en los casos "Yasa", "Argennet" y "Travel CBA".

(v) La Sala C de la Cámara Comercial resolvió el caso “Santa María” que ha tenido bastante difusión. En este asunto, las partes se encontraban vinculadas por un contrato de locación de servicios de limpieza de elementos para la distribución de combustibles gaseosos, el cual -para celebrarlo- se había convocado a un proceso de contratación directa. La parte actora demandó el cobro de sumas de dinero y daños y perjuicios por incumplimiento en el pago de los trabajos encomendados.

En la cláusula compromisoria, las partes habían pactado que en caso de conflicto sería resuelto conforme el Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, bajo las reglas de derecho, con renuncia a todo otro fuero o jurisdicción que le pudiera corresponder.

En la primera instancia, el Juez había rechazado la excepción de incompetencia planteada por la demandada, decisión que fue revocada por la Sala C.

El Tribunal señaló que conforme lo dispuesto por el art. 2 del Cód. Civ. y Com., las normas deben ser interpretadas de acuerdo con su finalidad y que el intérprete no puede apartarse de este criterio básico al momento de determinar los alcances de una disposición legal.

Desde esta perspectiva, sostuvo que el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación en masa con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron.

El Tribunal afirmó que esta norma no puede considerarse prevista para soslayar un pacto cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo.

Particularmente, respecto del contrato de adhesión, el Tribunal sostuvo que no todos ellos descartan la posibilidad de un convenio paritario, esto es, celebrados con sujetos que en igualdad de condiciones estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos.

A partir de estas consideraciones, analizó que el contrato exhibía la vinculación de empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente para llevarlo a cabo. Además, destacó la cuantía económica de la suma reclamada y señaló que se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, en el que no se ha demostrado una posición abusiva[63].

[63] Textualmente el Tribunal dijo: “[n]o resulta procedente la pretensión de desconocer la cláusula compromisoria que vincula a las partes. Ello, toda vez que el contrato base de esta acción

(vi) El mismo Tribunal también resolvió otro asunto ("Vanger")[64] que tiene algunas diferencias con el referido en los párrafos que antecede, que vale la pena señalar[65].

En "Santa María", la Cámara Comercial advirtió que el contrato entre las partes había sido celebrado a partir de una licitación (llamado a contratación directa) y que la actora se había vinculado con la demandada (ENARSA) conociendo de antemano las condiciones que debía acatar para brindar los servicios requeridos que le fueron adjudicados.

Esa circunstancia no medió en el caso "Vanger", en el que, en cambio, el Tribunal añadió una consideración jurídica que no había desarrollado en "Santamaría", al señalar que el art. 1656 del Cód. Civ. y Com. establece que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales, a menos que el convenio sea manifiestamente nulo o inaplicable, y que nada de ello se verificaba en el caso.

---

demuestra la vinculación de dos empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente como para llevarlo a cabo. Cabe destacar que la suma reclamada exhibe la magnitud económica del contrato continente de la aludida cláusula. En tales condiciones, la pretensión de que lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. 1651 inc. d -en cuanto excluye del arbitraje a los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto- es aplicable al caso, desatiende la finalidad de esa norma.

Esa regla procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron.

No puede considerarse prevista, en cambio, para soslayar un pacto admitido cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo.

Repárese que fue a partir de la participación en una licitación -llamado a contratación directa- que la actora se vinculó con la demandada -empresa pública-, conociendo de antemano las condiciones que debería acatar a fin de brindar los servicios requeridos y que le fueron adjudicados.

No todo contrato de adhesión (Cód. Civ. y Com. 984) descarta la posibilidad de que nos hallemos ante convenios paritarios, esto es, celebrados con sujetos que, en igualdad de condiciones, estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos.

Cuando, como en el caso, se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, cabe admitir la operatividad de la cláusula en cuestión aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes".

[64] CNCom., Sala C, "Vanger S.R.L. c/ Minera Don Nicolás S.A.", 06/06/2019, TR LALEY AR/JUR/25548/2019, que es citado por Romero, Peña y Chiaraluce, La Ley 15.11.2023.

[65] Tal como apuntan ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCe y a quienes vengo siguiendo.

(vii) La Sala D, en el caso "Soluciones Integrales"[66], confirmó la decisión de la primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión.

El Tribunal consideró que la cláusula compromisoria debería interpretarse de manera restrictiva por implicar una renuncia al principio general del sometimiento de conflictos a los jueces estatales, no obstante lo cual advirtió que las partes habían acordado con claridad someter a decisión de árbitros disputas como la planteada por la actora.

Tras ello, concluyó que el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. no resultaba aplicable a la especie ni, por consiguiente, comprometía la validez de la cláusula arbitral en ciernes, añadiendo que, en este caso en particular, ese criterio resultaba "de innegable aplicación" pues la propuesta contractual había sido dirigida por la actora a la demandada, el vínculo entre las partes había nacido hacía veinte años y no se había demostrado que los términos y condiciones de la cláusula arbitral no hubieran podido ser objeto de reflexión o discusión entre las partes.

El Tribunal sostuvo que "[n]o forma óbice a la competencia arbitral la circunstancia de que la cláusula compromisoria integre un contrato de adhesión en tanto se trate de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, razón por la cual la pretensión de aplicar lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. 1651-d), desatiende su finalidad pues esa norma procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y de su respectivo poder económico; pero no puede considerarse prevista, en cambio, para soslayar un pacto admitido

[66] CNCom, Sala D del 08.02.2022, "Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21).

cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo, como ocurre con las empresas”[67].

Destacó que cualquier otro planteo sobre la existencia, validez o eficacia de la cláusula compromisoria debía ser examinado por el tribunal arbitral en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*[68] consagrado en el art. 1654 del Cód. Civ. y Com., y por no ser el convenio manifiestamente nulo o inaplicable (cfr. art. 1656, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com.).

(viii) La Sala B siguió una línea similar a la descripta en el numeral anterior al confirmar la decisión de primera instancia que había admitido la

[67] CNCom, Sala D, del 08.02.2022, “Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21). El Tribunal completa el concepto que transcribí en el cuerpo del escrito del siguiente modo: “[p]or ello, cabe admitir la operatividad de la cláusula compromisoria aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en tanto -como ocurre en la especie- no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes. La fuerza creadora de obligaciones, propia del contrato, debe, cuando eso ocurre, considerarse vigente (Cód. Civ. y Com. 959; CNCom, Sala C, in re "Vanger SRL c/ Minera Don Nicolás SA s/ ordinario", del 06/06/19…”.

[68] Por mi parte, agrego que autores de reconocido prestigio apuntan que el principio competencia/competencia importa atribuir al tribunal arbitral la posibilidad de resolver sobre su propia competencia, sujeto ello a revisión posterior (UZAL María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 424). De este modo, se afirma que el mencionado principio no atribuye al tribunal arbitral la exclusividad sino la prioridad para decidir sobre la competencia.

En concreto, para que el principio competencia/competencia tenga real eficacia debe reconocerse la prioridad del tribunal arbitral lo que se exterioriza en que los tribunales judiciales deben abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral, salvo que la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral, o su inaplicabilidad al caso, fueran evidentes.

Esto es lo que se define como el efecto negativo del principio competencia/competencia, y su reconocimiento y alcance dependen de las leyes estatales locales o de su práctica judicial, no existiendo un consenso sobre el punto (conf. FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel y GOLDMAN B., en Gaillard Emmanuel - Savage John (eds.), “On International commercial arbitration, Kluwer, Netherlands, 1999, nros. 659 y 660, p. 400).

En definitiva, el principio competencia/competencia significa que los árbitros pueden juzgar sobre la eficacia de la cláusula arbitral y de su aplicabilidad al caso, estando ello sujeto a revisión judicial por vía de un recurso posterior (efecto positivo), y que el tribunal judicial -al ser instado por una de las partes, como lo es en este caso- deben limitarse a un examen prima facie y remitir la cuestión a la decisión de los árbitros, salvo nulidad o inaplicabilidad manifiestas de la convención arbitral (efecto negativo).

En línea con ello, Cód. Civ. y Com. prevé que el contrato de arbitraje atribuye competencia a los árbitros para resolver sobre su propia competencia (efecto positivo) y excluye la competencia judicial estatal, a no ser que el tribunal arbitral aún no esté entendiendo en la cuestión “y el convenio parezca manifiestamente nulo o inaplicable” (efecto negativo) [art. 1656 del Cód. Civ. y Com.].

Lo transcripto forma parte de la resolución judicial adoptada por el juez Jorge Sícoli, titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 Secretaría N° 6 a cargo del autor, en el marco del expediente “Consulting c/ Voith Hydro s/ ordinario” (firme) y que ya he citado párrafos arriba.

excepción de incompetencia opuesta por la demandada en base a la cláusula arbitral inserta en un alegado contrato de adhesión[69].

En lo que aquí interesa, la Sala B adoptó -en lo sustancial- el criterio desarrollado por las Salas C y D en los casos "Santamaría", "Vanger" y "Soluciones Integrales", afirmando que el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. no resulta aplicable cuando el contrato de adhesión que contiene la cláusula arbitral fue celebrado entre empresarios, siempre que no se haya demostrado su abusividad o un eventual riesgo de orden público pues, al tratarse de un convenio celebrado entre empresarios referido a cuestiones patrimoniales disponibles, no corresponde suponer la existencia de una desigualdad ostensible en términos de poder de negociación que justifique la aplicación de la norma en cuestión, ni puede concluirse que las partes no hayan actuado con libertad al celebrar el convenio.

VI.3. Síntesis de los criterios de la Cámara Comercial

La reseña de jurisprudencia que expuse muestra que todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han adoptado decisiones sobre la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión y el alcance de la disposición contenida en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, lo hicieron con interpretaciones y resultados disímiles.

Por un lado, las Salas A, B, C y D adoptaron una interpretación sistemática y finalista del art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., a partir de la cual concluyeron que no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público.

El fundamento de esa solución radica en que, en esas circunstancias, no correspondería presumir la existencia de una desigualdad de poder de negociación entre las partes ni que una de ellas se haya visto sorprendida por la inclusión de la cláusula arbitral ni, en suma, que se cumpla la finalidad

[69] CNCom., Sala B del 19.04.2023, “Rosario Maquinas Agricolas SRL c/Cnh Industrial Argentina SA s/Ordinario (expediente N°2727/2022).

perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión[70].

Por el otro lado, las Salas E y F adoptaron una interpretación literal de la norma, en función de la cual rechazaron la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, independientemente de la finalidad perseguida por la ley y de las circunstancias de hecho involucradas en la disputa, llegando a considerarse en el caso "Travel CBA" que esa solución no variaría ni siquiera si se demostrara la negociación del acuerdo arbitral, pues ello solo probaría la existencia de una cláusula particular que no alteraría la condición del contrato de adhesión si no se prueba, además, la negociación de las cláusulas centrales del contrato[71].

VII. Conclusiones

VII.1. Interpretación del art. 1651 inc. d

En cuanto a la interpretación y alcance que corresponde asignarle a lo previsto en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., creo que, sin perjuicio de la preeminencia que debe darse -como regla- a la interpretación literal de las normas, en esta temática es preferible adoptar una interpretación flexible, armónica y sistemática de las disposiciones que rigen el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico que, a su vez, tenga en cuenta la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de los conflictos vinculados a contratos de adhesión[72].

Antonin Scalia, prestigioso autor y ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, alude -al sintetizar el pensamiento de otro autor- que “[u]n enfoque moderno y franco en función del poder de los tribunales de revisar las leyes (...) radica en aceptar que es apropiado el hecho de que el juez que aplica una ley considere no solo lo que la ley quiere decir de forma abstracta o aun incluso sobre la base de la historia legislativa, sino también lo que debería querer

[70] Conf. ROMERO, PEÑA, Y CHIARALUCE y a quienes he seguido en buena parte de este apartado.
[71] Conf. ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.
[72] Conf. ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.

decir en términos de las necesidades y los objetivos de nuestra sociedad actual. La ley quiere decir lo que debería decir”[73].

Con la misma orientación, en la exposición de los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. se expresa lo siguiente: “[d]e conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”.

Alegría refiere que “la interpretación gramatical no es puramente filológica, de lo cual se desprende que el sentido de los términos debe juzgarse en sus contextos y en el ambiente en el que el término vive[74].

La jurisprudencia de las Salas C y D de la Cámara Comercial indica -concretamente- que una interpretación literal de la norma, apegada estrictamente a sus términos, puede conducir a concluir que toda disputa derivada de un contrato de adhesión no es arbitrable, lo que -entiendo- no resulta razonable en todos los casos.

En efecto, doctrina autorizada apunta que no es lo mismo un contrato de adhesión celebrado entre un proveedor y un consumidor que uno suscripto

[73] SCALIA, Antonin, “Una cuestión de interpretación. Los tribunales federal y el derecho”, Palestra Editores, Lima, 2015, p. 85. Aclaro que Scalia no comparte el punto del profesor Eskridge; solo sintetiza su pensamiento.
[74] ALEGRÍA, Héctor, “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, La Ley, 2005-E, 952.

entre comerciantes. Entre otras razones, porque el consumidor no persigue un propósito de lucro ni realiza una operación especulativa que conlleva riesgos inherentes al negocio (como sí lo hacen los comerciantes) y porque la condición de parte débil del vínculo contractual, que normalmente resulta palmaria en el consumidor, no es tan fácil de advertir cuando ambas partes son comerciantes[75].

Se agrega, además, que "hay miles de contratos celebrados entre empresas por adhesión a condiciones generales que incluyen una cláusula compromisoria. Tales las cartas de porte y conocimiento de embarque, sin que nunca se haya cuestionado la arbitrabilidad de las cuestiones emanadas de los contratos de transporte terrestre o marítimo celebrados entre empresas"[76]; empero, esto no implica un ejercicio abusivo del derecho que perjudique a la parte adherente del contrato[77].

Pareciera, entonces, que la cláusula arbitral incluida en un contrato por adhesión celebrado entre profesionales (o "no consumidores"), solo podría ser invalidada si se demostrara que medió un abuso de posición dominante de quien impuso la cláusula arbitral y se afecta con ello el derecho de defensa de la parte adherente.

En línea con ello, la Sala A de la Cámara Comercial -en el precedente "Abre" citado en el apartado VI.2. iv)- alude en concreto a la obligatoriedad de analizar "...si (...) se da una irrazonable disparidad de poder negociador que

[75] CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS RÍOS, NATALIA, p. 139. Los referidos autores dicen lo siguiente: "la posición jurídica, económica y contractual de un consumidor al contratar un bien o un servicio ha justificado, casi universalmente, que se le brinde un grado especial de protección y se implementen diversos mecanismos tendientes a resguardar sus derechos. Pero la situación de los comerciantes, aún cuando se vinculen a través de contratos predispuestos por una de las partes, no es equiparable a aquella. Por un lado, porque al contratar, el consumidor no persigue un propósito de lucro ni realiza una operación especulativa, sino que busca satisfacer una necesidad; a diferencia de un comerciante que contrata con la finalidad de obtener de ese acuerdo una ganancia en su emprendimiento. La búsqueda de una utilidad económica trae aparejada la necesidad de asumir ciertos riesgos, propios de la actividad mercantil, que no necesariamente debe soportar un consumidor. Por el otro, porque la condición de parte débil de la relación contractual, ostensible en el consumidor, no es tan sencilla de determinar cuando ambas partes son comerciantes. El tamaño o el patrimonio de una empresa no necesariamente aparejan una posición contractual dominante que le permita imponer a su cocontratante las condiciones de un negocio".

[76] RIVERA, RIVERA (H) Y AMADO ARANDA, p. 223.

[77] RIVERA, JULIO C., "El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores", La Ley, 2013-F, 1069.

permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades”[78].

VII.2. Pautas para ponderar contratos celebrados por adhesión que contengan cláusula arbitral

Al explicitar las razones que condujeron al establecimiento de un régimen especial para los contratos de adhesión, los redactores del anteproyecto indicaron que esta clase de contratos no necesariamente son de consumo y que, de hecho, el principal campo de aplicación de las disposiciones previstas para los contratos de adhesión no son los contratos de consumo, sino las situaciones de adhesión que suelen presentarse entre pequeñas y medianas empresas y grandes operadores del mercado.

En esas condiciones, tratándose regularmente de vínculos entre comerciantes, la regla debería ser reconocer la plena operatividad y exigibilidad de la cláusula arbitral, no su invalidez.

Sobre el punto, si bien es cierto que la libertad de contratación está limitada para una de las partes[79], pareciera que la solución no consiste en privar de validez a los pactos celebrados en esas condiciones sino en intentar atenuar algunos de sus aspectos más problemáticos: por un lado, imponiendo requisitos de forma tendientes a asegurar que el contratante que adhiere a la fórmula predispuesta por su cocontratante tenga efectivo conocimiento de las estipulaciones a las que se está sometiendo; y por el otro, permitiendo revisar aquellas cláusulas cuyo contenido resulte ostensiblemente abusivo y perjudicial para el adherente, tal como propone la doctrina especializada[80].

De este razonamiento inicial -apuntan otros autores- se concluye que no puede considerarse que el sometimiento arbitraje deje de ser voluntario por estar la cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado por adhesión, si bien

[78] CNCom., Sala A del 30.08.2019, "Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA”.
[79] Conf. . SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Contratos-Parte general”, en Sánchez Herrero, Andrés (director) y Sánchez Herrero, Pedro (coord), en “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, Tomo IV, Ed. La Ley, 2° edición, Bs. As., 2018, p. 232.
[80] Conf. SANDLER OBREGÓN.

podrá examinarse que la misma no resulte abusiva ni manifiestamente perjudicial para el adherente[81].

De hecho, esta ha sido la tendencia que sugiere la doctrina y los tribunales, en tanto han considerado válidos y obligatorios los acuerdos arbitrales contenidos en contratos comerciales celebrados por adhesión, salvo cuando se verifique una situación de hecho que demuestre una utilización abusiva del recurso técnico contractual ("irrazonable disparidad", en palabras de la Sala A[82]).

Sobre el punto, doctrina muy calificada -cuando aborda la temática vinculada a la prórroga de jurisdicción territorial por medio de contratos por adhesión a condiciones generales- indica que "...la cláusula que consagra la prórroga de competencia territorial bajo ciertas circunstancias puede constituirse en abusiva, especialmente si el perjuicio del débil traduce en desequilibrio procesal, en tanto suprime u obstaculiza el ejercicio de la pretensión judicial del adherente, lo que importa una ventaja excesiva a favor del predisponente y desemboca en un efectivo estado de indefensión"[83].

Los citados autores insisten en la idea de indefensión al aludir a que el pacto de foro prorrogando requiere, para su calificación de abusiva, "de una apreciación judicial de circunstancias de hecho que, genéricamente, podríamos enunciar como vinculadas al impedimento o a la grave dificultad para el ejercicio de la defensa en juicio".

Y cierran el concepto indicando: "[a] esos fines (...) el pacto de desplazamiento de la competencia importará abuso si, en el marco de la contratación predispuesta, coloca al adherente en situación de desventaja exagerada".

En lo atinente a la visión de la jurisprudencia sobre el punto, refiero nuevamente a las citas que invoqué en el apartado VI.1. de un precedente de la Cámara Comercial y de la Corte Suprema.

---

[81] CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 139.
[82] CNCom., Sala A del 30.08.2019, "Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA".
[83] MORELLO, Augusto, M., y STIGLITZ, Rubén, S., "Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos por adhesión a condiciones generales o cláusulas predispuestas", La Ley, 2001-C, 1031.

En el primero, se juzgó válida una cláusula arbitral considerando que "en el caso no se presenta ninguna duda de interpretación: la cláusula en cuestión es clara y precisa y no se advierte -y no se ha explicado concreta y razonadamente- de qué modo se habría afectado el consentimiento de la actora al firmar el contrato continente de dicha cláusula: no se ha invocado en el caso la producción de un error de hecho o de derecho, que se haya incurrido en dolo, que se haya producido una lesión subjetiva en los términos del art 954 del Código Civil o que se hubiese logrado consentimiento bajo la presión de violencias físicas o morales"[84].

En el segundo, la Corte Suprema ha juzgado que la validez y exigibilidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción judicial, no pueden ser dejadas de lado por la sola razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto[85] pero sí pueden ser declaradas inoponibles si de ellas resulta un detrimento a los derechos del contratante que adhirió[86].

En cambio, en otro asunto, la jurisprudencia declaró nulo el acuerdo arbitral al juzgarse que era abusivo porque la jurisdicción quedaba sujeta a la exclusiva elección del predisponente sin dar razón alguna de los motivos por los cuales se reservaba tal elección[87].

Y muy recientemente, la Sala C de la Cámara Comercial, juzgó que "[l]a prórroga de jurisdicción contenida en una cláusula de un contrato por adhesión resulta abusiva (Cód. Civ. y Com. 1651-b)".

Para ello, el Tribunal analizó la relación comercial que vinculó a las partes en litigio, relación que "...consistió en una prestación de servicios -de la demandante para con la demandada- que, por su naturaleza, revela un mecanismo de "colaboración" para con un negocio principal del que es dueña la emplazada. Además el negocio se anudó a través de una "carta oferta" idónea para canalizar esa predisposición de cláusulas contractuales. En ese marco, del contrato resulta que los servicios debían ser prestados desde las instalaciones del proveedor ubicada en esta jurisdicción, y que el pago debía efectuarse

[84] CNCom., Sala D, 22.02.2002, "Bear Service SA c/Cervecería Modelo S.A. DCV", diario El Derecho 01.07.2005
[85] Fallos 313:717.
[86] Fallos 324:3859.
[87] CCiv. y Com. Tucumán, Sala 1° del 02.10.1997, "Rodríguez Rafael Rolando c/Citibank NA".

mediante transferencia de fondos a la cuenta de titularidad de aquel, abierta en el banco que se encontraba también en esta jurisdicción".

Dentro de ese esquema fáctico, el Tribunal resolvió que "...la competencia debe ser decidida con apego a las pautas que sienta el CPR 5-3º"[88].

En cambio, en un precedente emitido por la Corte de Justicia de San Juan, luego de detallar todas las condiciones que implicaba el sometimiento a arbitraje, concluyó que ninguna de ellas importaba una solución arbitraria ni vulneraba el derecho de defensa ni la garantía de igualdad ni el debido proceso, por lo que la cláusula arbitral no podía considerarse abusiva[89].

VIII. La reforma legislativa propuesta

El dilema que presentan los contratos de contenido general predispuesto, viene desvelando a los juristas desde hace tiempo.

El fenómeno de la simple adhesión de una parte a condiciones preconcebidas por la otra, no quita al acto el carácter de voluntario porque, no obstante que en esa situación el papel de la voluntad común se limita al máximo, "lo cierto es que ese mínimo de consentimiento, reducido a una opción entre

[88] CNCom., Sala C, del 28.06.2023, "GRM Calling SA c/Tarjeta Naranja SA s/ordinario" (expediente N°9555/2022).

[89] Corte de Justicia de San Juan, Sala I, del 12.06.2014, "MC Servicio de Consultora SRL c/Minera Argentina Gold SA". Recordó la Corte provincial que, tratándose de un arbitraje de derecho, las partes podían plantear las mismas cuestiones, defensas y pruebas que habrían podido invocar ante un tribunal judicial; que el arbitraje había sido encomendado al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, un tribunal institucional ampliamente reconocido, cuya idoneidad, independencia e imparcialidad no Pueden ponerse en discusión; que las normas procesales aplicables, contenidas en el reglamento del tribunal, respetan los principios esenciales de audiencia, contradicción, bilateralidad e igualdad; que los costos de litigar ante ese tribunal son, inclusive, inferiores a los que tendría un proceso judicial porque los honorarios de los letrados de las partes se regulan considerando la naturaleza extrajudicial de las actuaciones y porque el arancel que debe efectivizarse ante el tribunal arbitral es menor a la alícuota que se aplica en la jurisdicción estatal; y que la renuncia a los recursos no provoca en sí mismo una desigualdad o desequilibrio procesal, en tanto afecta a ambas partes por igual, al mismo tiempo que se reduce el tiempo y costos en la relación con la solución del conflicto.

Como la misma sentencia aclara, otra habría sido la solución si se hubiese comprobado que el pacto arbitral traducía una situación de arbitraria desigualdad o de imposición abusiva, como lo sería si el arbitraje hubiese sido obligatorio para el adherente y no para el predisponente, o este se hubiese reservado la facultad de designar unilateralmente a la totalidad de los árbitros, o hubiese impuesto al adherente la carga de afrontar todos los costos del arbitraje, o solo el adherente hubiese renunciado a los recursos contra el laudo.

adherirse o no a las condiciones contractuales preordenadas por una de las partes, resulta suficiente para que se puede hablar de contrato”[90].

Y lo cierto es que los ordenamientos jurídicos no han privado completamente de efectos vinculantes a las relaciones jurídicas así establecidas, tal como apunta doctrina especializada que indica que, partiendo de la base de que el fenómeno de la contratación en masa es inevitable, y no necesariamente negativo, en general se ha optado por considerar inválidas o inoponibles solo a las estipulaciones que frustran el fin del contrato o lo desnaturalizan, y por admitir la posibilidad de control judicial sobre su contenido, con miras a preservar la razonable equidad del contrato y a evitar la abusiva imposición de condiciones o obligacionales inadmisibles.

El solo hecho de que una de las partes tenga una superioridad económica o que esté en situación de poder predisponer las condiciones generales del negocio, no es motivo para restar validez a las cláusulas arbitrales contenidas en esa clase de contratos, porque esa superioridad no se traduce, siempre y necesariamente, en la imposición de cláusulas leoninas. Prohibir genéricamente los pactos arbitrales contenidos en contratos por adhesión por el solo hecho de estar en ellos, como hace el artículo 10651 inciso d), no es una solución apropiada y merece reproche, en la medida que presupone el carácter abusivo de un acuerdo arbitral solo por el modo en que se forma el consentimiento[91].

Coherentemente con lo recién señalado, opino -tal como sostiene la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina especializada- que no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público. Esa es la visión que mejor se ajusta a la realidad de los contratos de adhesión en general y a la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de las disputas vinculadas a esta clase de contratos.

---

[90] SPOTA, Alberto, “Instituciones de derecho civil-Contratos”, Tomo I, ed. De Palma, Bs. As., 1978, p. 224.
[91] CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 142.

"El inciso d) del art. 1651 es una de las normas peor concebidas del Código"[92] dice un referente en la materia; empero, al interpretarla, la mayoría de los tribunales han optado por seguir el camino atinado.

Por ende, propongo que en una futura reforma legislativa, se modifique el artículo 1651 suprimiendo el inciso D del Cód. Civ. y Com.

[92] CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 143.

"Exclusión del Cómputo de Mayorías en Concursos Preventivos ¿Creación o Aplicación del Derecho?"

Por María Sol Flores Collazo[93] y Agustín I. Bayá Gamboa[94]

"Quien quiera confiarse en la ley tiene que confiarse en la fidelidad legal del juez", JUSTO, Alberto M., *"La Actitud del Pueblo hacia la Judicatura"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 20

I. Introducción.

La función jurisdiccional consiste, primordialmente, en resolver los conflictos de intereses, dando respuesta a las preguntas que se formulan al juez, debiendo éste, para ello, dar una respuesta adecuada a una pregunta sobre la clasificación de un caso individual.

Durante décadas, el sistema jurídico nacional estuvo influenciado por un enfoque legalista y formalista que atribuía al juez un rol pasivo, limitado a aplicar mecánicamente las normas vigentes. Este paradigma, anclado en el positivismo jurídico y heredero de la tradición exegética francesa, concebía al derecho como un cuerpo normativo cerrado, lógico y autosuficiente, en el cual toda controversia podía resolverse mediante un razonamiento silogístico.

En su obra *"Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales"* (Ed. Astrea, 3ra reimpresión, Buenos Aires, 1998), los profesores Alchourrón y Bulygin explican que todo conjunto de normas constituye un sistema normativo. Existe correlación deductiva y ésta es normativa cuando de un conjunto de enunciados, el primero es un caso y el segundo enunciado es una solución. Si entre las correlaciones deductivas del conjunto de enunciados hay, por los menos, una correlación normativa, dicho conjunto tendrá consecuencias normativas y en consecuencia se lo denominará "Sistema Normativo". La función de un sistema normativo consiste en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones, y esto quiere decir que, del

[93] Abogada (UBA), Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA), cursando Maestría en Argumentación Jurídica Aplicada (UBA)
[94] Abogado (UBA), Magíster en Derecho y Economía (UTDT)

conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución.

En aquella época, durante la vigencia del Código Civil, el juez debía seguir las pautas contenidas por los artículos 15 y 16. Por el primero, no podían dejar de fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Bajo el segundo, si una cuestión civil no podía resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, el juez debía atender a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolvería por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Así, ante la existencia de una laguna normativa, los jueces debían llenar el vacío.

Ahora, el Código Civil y Comercial de la Nación ("CCCN"), en su artículo 2, establece criterios interpretativos que trascienden la literalidad del texto legal, incorporando la finalidad de las normas, la analogía, los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como los principios y valores del ordenamiento jurídico en su conjunto, reafirmando y ampliando el criterio de Vélez. La decisión que se adopte, por imperio del artículo 3 debe ser razonablemente fundada. Este enfoque implica un cambio sustancial en la tarea jurisdiccional: ya no se trata de una simple subsunción normativa, sino de una actividad que demanda razonamiento práctico, ponderación de principios y justificación argumentativa de las decisiones judiciales. Es ese entendimiento que en este trabajo nos propondremos analizar cómo impacta tal directiva legal particularmente a la hora de resolver conflictos en los cuales se postula la exclusión del cómputo de las mayorías del crédito de un acreedor que ha sido admitido en el pasivo concursal en virtud de los términos de la resolución verificatoria.

II. Planteo del Problema: Sistemas Normativos. Lagunas Normativas y Lagunas Axiológicas.

Una laguna normativa implica que, dentro de un universo de casos, un caso no se correlaciona deductivamente con ninguna solución dentro del universo de soluciones previsto dentro del sistema normativo. De su lado, las

denominadas lagunas axiológicas existen cuando, si bien dentro de un universo de casos, el caso concreto se relaciona deductivamente con una y solo una solución prevista dentro del universo de soluciones, la solución existente resulta axiológicamente inadecuada, en tanto el Legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Laguna axiológica es algo que se predica (es una propiedad) de un caso. Este concepto es, además, relativo a un sistema normativo, a un universo de acciones y también a una hipótesis de relevancia. Para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución (ALCHOURRÓN y BULYGIN, *ibíd.*, págs. 157/158).

En el caso que nos convoca, la norma a considerar es el artículo 45 de la ley 24522 ("LCQ"), particularmente en su párrafo tercero, que contiene un escueto elenco de acreedores cuyos créditos deben ser excluidos dentro del cómputo de las mayorías (o votos, pese a que ya no haya más junta de acreedores) a los efectos de la verificación de la reunión de los requisitos cuantitativos necesarios para someter el acuerdo preventivo al que se haya arribado a la decisión homologatoria del juez.

La norma ha contemplado casos de voto negativo, sino exclusivamente aquellos en los que, como consecuencia del voto complaciente podría verse afectado el interés de los restantes acreedores que carezcan de esa vinculación con el deudor. Pareciera que el Legislador simplemente no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en consideración y previsto una solución normativa para el caso de los acreedores que, al igual que aquellos que se presumen complacientes, podrían tener una gravitación negativa que afecte el resto del universo de participantes, ya no por apoyar la propuesta, sino por rehusarse injustificadamente a prestar su conformidad, teniendo en miras la declaración de quiebra del deudor, incluso a costa de la total pérdida de su crédito.

Recuerda Valeria C. Pereyra en su artículo *"Nuevos Paradigmas del Derecho Concursal: la Exclusión del Voto Hostil"* (ED-DCCLXXIV-187) que la doctrina prevaleciente se ha inclinado por el carácter taxativo de estas excepciones, con basamento en la concepción de que las hipótesis de exclusión sólo se encuentran limitadas a aquellos casos expresamente previstos en la norma, sin que puedan extenderse analógicamente a otros supuestos diferentes,

dado el carácter restrictivo que cabe conferir a las normas que limitan derechos (como es el del voto) y en razones de seguridad jurídica. Por su parte, nuestros tribunales, en similar sentido, sostuvieron que el Juez no puede examinar los motivos que llevan a un acreedor a negar su voto favorable a la propuesta, sea por rencor personal, por el deseo de mejorar la propia posición del mercado, por malicia, despreocupación, etc. Es que, en ese caso, se estaría privando a un acreedor de un derecho trascendental para el curso del proceso, como lo es prestar o no la conformidad al acuerdo que ofrece el deudor (C. Nac, Com., Sala A, 16/09/2003, *"Librería Diagonal S.A. s/Concurso Preventivo"*), así como que ante la ausencia de previsión legal correspondía aplicar un criterio restrictivo, puesto que la norma establece una seria limitación al titular de un crédito, que no puede extenderse más allá de lo estrictamente necesario para cumplir los fines legales (C. Nac. Com., Sala "E", 11/05/1988, *"La Tregua S.A. s/ Concurso Preventivo"*). Han también afirmado que la pretensión de que se analice el origen o sentido del voto de otros acreedores supone la indagación de factores ajenos a las causales de impugnación del acuerdo, y que conducirían a la incursión de la personalidad social de terceros (C. Nac. Com., Sala E, 09/11/1997, *"Burmar S.A."*, LL-1998-B, pág. 275).

Ahora bien, bajo las pautas ya apuntadas, nos preguntamos entonces, por un lado, si el artículo 45 contiene el sistema normativo del cual los jueces no pueden apartarse, o si, en su caso, en realidad, el sistema normativo es la Ley de Concursos y Quiebras o si, bajo la pauta del artículo 2 CCCN, el sistema normativo se complementa con otra legislación, incluso de carácter supranacional, bastando que la decisión que se alcance resulte razonablemente fundada.

Toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico (KELSEN, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, Ed. EUDEBA, 1994, pág. 163). En muchas situaciones, la decisión lógicamente posible aparece inoportuna o injusta, lo que lleva al encargado de aplicar la norma a sostener que el legislador no ha pensado en el caso, o que, si lo hubiera pensado, habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente (KELSEN, *ibíd.*, pág. 173).

La norma en cuestión dispone que todo acreedor cuyo crédito ha sido declarado verificado o admisible tiene derecho a prestar o no su conformidad con la propuesta concordatoria y las resoluciones adoptadas en la oportunidad del artículo 36 LCQ son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo.

Sin embargo, como dijimos, este derecho no es absoluto, dado que se establecen ciertas exclusiones. El Legislador ha querido excluir a quienes estima tendrán una actitud complaciente con el deudor, cuyos créditos podrían gravitar en apoyo de una propuesta de acuerdo que no resulte beneficiosa para el resto del elenco de acreedores.

En nuestra opinión, la dinámica de los negocios y la praxis concursal muestran que una interpretación restrictiva y taxativa del artículo 45 LCQ no responde a las necesidades y prescinde de circunstancias relevantes que pueden dar lugar a otros casos en los que podría proceder una exclusión.

En ese entendimiento intentaremos explicar aquí que, a partir de situaciones excepcionales y frente a un serio planteo, verificándose un resultado injusto, los jueces están llamados a analizar la situación, pudiendo resolver favorablemente una petición de exclusión de aquellos acreedores que han tenido una actitud abusiva y perjudicial, incluso pese a la ausencia de una previsión legal expresa.

El juez debe aplicar el sistema normativo en su totalidad, partiendo por la ley especial, en este caso la LCQ, y luego, acudiendo a las demás fuentes del derecho que permitan fundamentar su decisión. En ese marco, cuando se plantea un caso de conductas abusivas, resulta ineludible la aplicación del artículo 10 CCCN, que establece una prohibición clara y categórica de ejercer los derechos de manera contraria a su finalidad. El análisis de la abusividad, por tanto, no es opcional, sino una exigencia que integra el ejercicio mismo de la función jurisdiccional.

Este control de abusos no supone en absoluto una extralimitación en los poderes del juez ni una transgresión al principio de autolimitación (*self-restraint*). Por el contrario, constituye la más genuina manifestación del sometimiento del juez al derecho: asegurar que ninguna prerrogativa sea

utilizada como instrumento de injusticia o como medio de perjudicar a otros. La jurisdicción no puede convalidar maniobras abusivas bajo el pretexto de la literalidad de la ley, pues ello equivaldría a abdicar de su misión esencial: garantizar que el orden jurídico sea aplicado conforme a su razón de ser.

III. Creación o Aplicación del Derecho

En un sistema democrático constitucional no existen las libertades absolutas. La libertad constitucional es esencialmente limitada, pero tales límites deben ser impuestos por ley y su interpretación debe ser restrictiva. No toda limitación legal resulta aceptable, sino solamente aquella que esté dotada de razonabilidad. Además, por aplicación del principio de igualdad, las limitaciones a la libertad deben ser iguales para todos los hombres en igualdad de circunstancias. Así, la legalidad, la razonabilidad y la igualdad condicionan la validez de las limitaciones establecidas a la libertad en un sistema constitucionalista (BADENI, Gregorio, *"Instituciones de Derecho Constitucional"*, Ed. Ad-Hoc, 1ª Edición, 1997, pág. 235).

La Constitución Nacional es solo un pequeño compendio de derechos, los cuales -a través de su interpretación- cobran vida y pueden aplicarse a los actos de las personas. Debido a que las relaciones sociales están sometidas a cambios constantes, también lo están las interpretaciones que hacemos de los derechos. En ese entendimiento cuando un juez modifica la interpretación que hace de una norma, modifica el texto constitucional, sobre todo cuando consideran que la aplicación de determinada norma llevaría a resultados manifiestamente indeseables desde un punto de vista moral, político, económico, cultural o social.

Realizando una interpretación progresista, al tiempo de interpretar el texto de la ley, los tribunales deben considerar no solamente las condiciones y problemas existentes al tiempo de la sanción de la ley, sino también las condiciones sociales, económicas y gubernamentales modificadas existentes al tiempo de la interpretación, a la vez que los problemas que estos cambios han producido (LINARES QUINTANA, Segundo V., *"Reglas para la Interpretación Constitucional"*, Buenos Aires, 1988, Ed. Plus Ultra, pág. 117), ya que el derecho,

que es vida, se mantiene en constante e ininterrumpida evolución. El propósito de la interpretación es aplicar las provisiones de un rígido e inflexible instrumento a las nuevas condiciones económicas y sociales que han surgido. La ley es un instrumento escrito, y como tal su significado no cambia, pero lejos de significar un conjunto de reglas rígidas, susceptibles de convertirse en obstáculos opuestos a las transformaciones económicas y sociales, es un instrumento vivo, impregnada de realidad argentina y capaz de regular los intereses de la comunidad en las progresivas etapas de su desarrollo (CSJN, Fallos 178:654).

Sentado lo anterior, el CCCN incorporó la obligación del juez de interpretar el derecho en función de la compatibilidad de las normas con los principios y valores vigentes en una sociedad plural (arg. arts. 2 y 3). El juez, por tanto, debe procurar no solo una coherencia interna del texto normativo, sino también una coherencia externa con el orden constitucional y el bloque de convencionalidad y a fundar en razonabilidad su sentencia. Se incorpora así la necesidad de juzgar ponderando principios y valores, y no aplicando mecánicamente una norma. Estos cambios no son meramente técnicos, sino estructurales: el juez deja de ser la "boca muerta de la ley" para convertirse en un verdadero constructor de sentido normativo. Esta nueva responsabilidad implica una fuerte carga axiológica y hermenéutica, que exige del operador jurídico un conocimiento profundo no solo del derecho positivo, sino también de los principios constitucionales, los valores sociales y los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

No debe, por ello, dejar de tener presente que el espíritu que motivó la sanción de la LCQ y el fin último perseguido consisten en remover el estado de cesación de pagos del patrimonio para devolver al seno de la comunidad económica, en forma saneada, al deudor.

Una interpretación finalista de la ley admite su aplicación a casos no expresamente contemplados, siempre que guarden una directa relación con la finalidad de la prohibición (SEGAL, Rubén, *"La Privación del Derecho de Voto en las Juntas de Acreedores"*, La Ley, 1983-A, pág. 729).

Las cortes de quiebras son tribunales de equidad, así lo destaca empíricamente la jueza Marcia S. Krieger en su artículo *"'The Bankruptcy Court is a Court of Equity': what does it mean?"* (South Carolina Law Review, vol. 50,

pág. 275, 1999) y desde antiguo lo ha sostenido la Corte Suprema de los Estados Unidos en precedentes tales como *"Pepper vs. Litton"* (308 U.S. 295) donde afirmó: *"Courts of bankruptcy are essentially courts of equity, their proceedings inherently proceedings in equity, and they apply the principles and rules of equity jurisprudence. Among the granted powers of the courts of bankruptcy are the allowance and disallowance of claims"* ("Los tribunales de quiebras son, en esencia, tribunales de equidad; sus actuaciones son, por naturaleza, procedimientos en equidad, y aplican los principios y normas de la jurisprudencia en materia de equidad. Entre las facultades conferidas a los tribunales de quiebras se encuentra la admisión y desestimación de créditos", traducción libre). Allí también sostuvo: *"Courts of bankruptcy, in passing upon the validity and priority of claims, exercise equity powers and have not only the power but the duty to disallow or subordinate claims if equity and fairness so require"* ("Los Tribunales de quiebras, al decidir sobre la validez y los privilegios de los créditos, ejercen potestades equitativas y tienen no solo la facultad sino el deber de rechazar o subordinar créditos si la equidad y la justicia así lo requieren", traducción libre).

Destacamos, por último, que el abuso del derecho es un instituto general de vigencia en todos los ámbitos jurídicos de nuestro ordenamiento. Es, por ende, también aplicable al derecho concursal, siendo del caso destacar que, si tal abuso se configurara, cobrará actualidad la manda impartida al juez en el artículo 10 CCCN, norma según la cual el magistrado debe ordenar lo necesario para evitar los efectos de ese ejercicio abusivo. De su lado, se ha dicho que la noción de *"acreedor hostil"* es en sí misma difícil de asir en un concurso, en el que, a través de su voto favorable el deudor procura que su acreedor vuelva a otorgarle el crédito implícito en tal voto, pese a que se trata de un deudor que, por haber ya incumplido y haberse insolventado, puede -por hipótesis- no ser merecedor de la natural confianza que va presupuesta en esa conducta que de dicho acreedor se espera (C. Nac. Com., Sala C, 15/06/2017, *"Veinfar Industrial y Comercial S.A. s/Concurso Preventivo"*).

Por lo tanto, concluimos que, bajo las pautas de los artículos 2 y 3 del CCCN, realizando una interpretación progresista y finalista de la LCQ, los jueces sí pueden crear soluciones específicas, excluyendo del cómputo de las mayorías

a acreedores que han exhibido una conducta contraria al artículo 10 de dicho ordenamiento, creando una expresa y particular solución a un caso no previsto por el Legislador.

El juez o tribunal deben arribar a una justa solución, considerando todos los intereses en juego, tanto del deudor, como del universo de acreedores, del mismo modo en que se encuentra autorizado a extraordinariamente aplicar el *"cramdown power"* e imponer una propuesta de acuerdo a los acreedores disidentes comprendidos en una o varias categorías en un concurso preventivo.

IV. Recientes tendencias jurisprudenciales

Focalizamos seguidamente este trabajo en recientes fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial donde se hubieran abordado peticiones para la exclusión del cómputo de las mayorías de los créditos de acreedores a los cuales se les hubiera achacado una actitud abusiva u hostil.

- C. Nac. Com., Sala E (integrada por los Dres. Heredia y Vassallo), 20/02/2025, *"Hotel IQ S.A. s/Concurso Preventivo"* y C. Nac. Com., Sala D, 27/02/2025, *"Cinco Oritos S.A. s/Concurso Preventivo"*.

El magistrado de primera instancia en el caso Hotel IQ SA había rechazado el pedido de exclusión realizado por el concursado por considerarlo un acreedor hostil, basado en que había intentado dañar su imagen.

En el caso Cinco Oritos SA se planteaba un escenario parecido donde la concursada pidió la exclusión de una acreedora por cuanto su crédito se encontraba controvertido. En primera instancia se rechazó la pretensión y se indicó que la circunstancia de que un crédito -con derecho a voto por haber sido declarado admisible en la resolución del art. 36 LCQ- se encontrara controvertido, no dejaba de ser una alternativa usual en el marco de un proceso concursal y no impedía el ejercicio de los derechos del acreedor.

En ambos casos se rechazó la aplicación extensiva del art. 45 LCQ con los siguientes argumentos:

- El artículo 45 contiene un *numerus clausus* de causales de exclusión del voto, que no puede ampliarse mediante analogía.

- El hecho de que un crédito esté controvertido o que represente la mayor parte del pasivo no justifica, por sí solo, la exclusión del derecho de voto.
- La invocación genérica de figuras como el abuso del derecho o la hostilidad no resulta suficiente si no se verifica un encuadre legal preciso dentro de los supuestos expresamente previstos por la norma.
- Cada acreedor tiene derecho a evaluar la conveniencia de la propuesta según sus propios intereses, sin que su negativa a suscribir el acuerdo pueda considerarse per se abusiva.

Esta línea jurisprudencial pone énfasis en el principio de legalidad, señalando que la función judicial no consiste en juzgar de las leyes sino según las leyes. Por ende, sostienen que no puede excluirse del voto a un acreedor salvo que encuadre en alguno de los supuestos expresamente previstos por el legislador.

- C. Nac. Com., Sala F, 19/05/2022, *"Etertin S.A. s/Concurso Preventivo"* y 06/09/2022, *"Edificio Migueletes 1268 S.R.L. s/Concurso Preventivo"*.

En ambos procesos se cuestionó el obrar de ciertos acreedores, cuyos créditos también representaban una suma importante dentro del pasivo concursal, con o sin incidentes de revisión por la concursada al crédito de tales acreedores, con antecedentes de causas penales o haber el acreedor peticionado previamente la quiebra de la deudora, estimándose que, ante la alegación de hostilidad, corresponde necesariamente adentrarse en el estudio de la cuestión en cada caso en particular y que, para la procedencia de la solicitud de exclusión, deben probarse los elementos constitutivos del abuso.

En sus dictámenes, la Sra. Fiscal General afirmó que la exclusión del voto siempre debe ser interpretada restrictivamente y la causal en la que se funde el pedido, debe estar debidamente acreditada.

- C. Nac. Com., Sala F, 14/03/2023, *"G. B., M. L. s/Concurso Preventivo"*.

Este es un caso decididamente excepcional, del cual no surge una doctrina resultante de carácter general ya que, además, respeta y no se aparta de la postura ya asumida en los precedentes citados en el apartado anterior.

Aquí la Sala verificó, desde el inicio del proceso, un comportamiento anormal de parte del acreedor a la postre excluido, evidenciando una negativa cerril que contravino las disposiciones del artículo 10 CCCN, todo lo que se vio abonado con diversos elementos incorporados al proceso. A ello se sumó que, al momento del dictado de la sentencia, la concursada había obtenido en sede civil una sentencia de primera instancia (luego confirmada en dicha sede) que declaraba nulo el título base de la acreencia declarada admisible, que estaba sometida a revisión, con los plazos del incidente suspendidos a la espera de resolución en sede civil. Por último, la sentencia fue dictada con perspectiva de género, aplicando una norma de orden público y de carácter transversal, que no podía ser soslayada.

La Sala arriba a una justa y equitativa solución, aplicable solo a este caso.

Esta decisión se apartó del criterio de taxatividad estricta, pero lo hizo al valorar conductas que interpretó como desplegadas con mala fe o como un ejercicio irregular o abusivo de sus derechos por parte del acreedor. Tal fue el fundamento para limitar el derecho a participar en el acuerdo, debido a las circunstancias particulares debidamente acreditadas en ese caso.

Este conflicto revela una tensión entre el principio de legalidad y el de tutela judicial efectiva, especialmente en contextos de asimetría estructural o relaciones personales marcadas por desequilibrios de poder. Los jueces fundamentan el apartamiento de la ley en la búsqueda de fallos e interpretaciones que fortalezcan los fines perseguidos por la norma.

- C. Nac. Com., Sala A, 19/06/2025, *"Ugliarolo, Sergio David s/Concurso Preventivo"*.

Aquí un acreedor que representaba más del 70% del capital computable del concurso preventivo se opuso a que un tercero realizara un pago parcial en su favor, subrogándose en sus derechos, alegando que esto afectaría su derecho a rechazar la propuesta y que la operación formaba parte de una maniobra fraudulenta para manipular mayorías. Si bien en este caso no se planteó la exclusión de voto de un acreedor, la Sala debía resolver si esa

oposición era legítima o si constituía un abuso del derecho, análisis que aporta al tema de este trabajo.

Los jueces recordaron que ningún derecho subjetivo puede ejercerse de forma ilimitada o en contra de los fines para los que fue reconocido y fundaron su decisión en el artículo 10 CCCN, que prohíbe el ejercicio abusivo de derechos y los faculta a tomar medidas preventivas para evitar perjuicios. Hicieron referencia a que el concurso preventivo persigue un interés colectivo: proteger a todos los acreedores y evitar la quiebra cuando sea posible.

La Sala estimó que, en el caso, entre varios caminos posibles, el acreedor eligió deliberadamente el que causa mayor detrimento, tanto al deudor como a los restantes acreedores, lo que evidenciaba un uso disfuncional de su derecho, estimando también que su conducta contrariaba los principios de buena fe, moral, orden público y solidaridad concursal.

De un análisis de estos precedentes puede apreciarse que, para que proceda la exclusión de un acreedor por considerarlo “hostil”, es necesario verificar que esa hostilidad configure un ejercicio abusivo o irregular de su derecho al voto en los términos del mencionado artículo 10 CCCN.

Podemos afirmar que las decisiones en las cuales se aceptó ingresar al estudio del problema han sido adoptadas con adecuada prudencia y evitando efectuar caracterizaciones generales; que solo con fundamento en los antecedentes de cada caso, al tenerse por acreditados los elementos constitutivos del abuso de derecho, se ha admitido la exclusión.

V. Conclusiones

No dudamos de que la discrecionalidad judicial debe estar restringida. Un juez no puede tomar decisiones ilimitadas basadas en su creatividad, ya que sus opciones deben estar limitadas por el texto de las normas aplicables y los precedentes jurisprudenciales establecidos.

En suma, la LCQ no prevé expresamente la exclusión del cómputo de las mayorías necesarias para solicitar la homologación de un acuerdo preventivo del denominado “acreedor hostil”. Sin embargo, tampoco permite que se

convalide una propuesta abusiva o contraria a la ley. Por ello, cuando, en un caso concreto, se verifique que un acreedor ejerce sus derechos de manera disfuncional, de modo contrario a los fines del proceso o en perjuicio del resto de los acreedores, los jueces sí se encuentran habilitados para limitar su participación en el cómputo de mayorías. Esta facultad, que no surge de una interpretación extensiva del artículo 45 LCQ, sino de la aplicación integral del sistema normativo, especialmente del artículo 10 CCCN, que impone al juez el deber de evitar los efectos del ejercicio abusivo de los derechos. Ello, en consonancia y armonía con las disposiciones del artículo 274 LCQ, que inviste al juez de suficientes poderes como para arribar a equitativas soluciones, ponderando la multiplicad de intereses en juego y los fines de la ley.

Tales soluciones no son alambicadas, son el resultado de un correcto ejercicio del rol de la judicatura.

"Agricultura y Apicultura. Las abejas: valor económico y productivo. Servicio Ambiental"

por Nicolás Fonrouge[95]

I. Introducción.

Las abejas (Apis mellifera y cientos de especies silvestres, incluidas sin aguijón) sostienen la productividad y la calidad de una gran parte de los cultivos hortícolas, frutales, forrajeros y de semillas. A escala global, alrededor del **75% de los cultivos alimentarios** dependen al menos en parte de polinizadores, y **87 de 115** cultivos líderes muestran mejoras de rendimiento o calidad con buena polinización[96]. La FAO y el IPBES[97] resaltan que la diversidad de polinizadores (no solo la abeja de la miel) es clave para estabilidad y resiliencia productiva[98].

Investigaciones científicas comprobaron que los polinizadores silvestres y manejados aumentan la producción de frutos y estabilizan rendimientos; en muchos sistemas, los polinizadores silvestres son tan o más eficaces que las colmenas comerciales, por lo que la combinación de ambos maximiza beneficios[99].

En otro trabajo[100], ya he hecho referencia a la importancia de la protección de la biodiversidad, así como se valoró los múltiples servicios ambientales que la misma nos brinda en materia alimenticia, nutricional, económica, social, medicinal, psicológica, cosmética, de paisajes y descanso, entre muchos otros.

---

[95] El autor es abogado. Egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Se desempaña en el ámbito público en la Agencia de Protección Ambiental de la CABA y en la docencia siendo como profesor adjunto ante la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y como auxiliar ante la Universidad de Buenos Aires (UBA).
[96] Klein et al. (2007), PNAS – Importancia de polinizadores para cultivos globales.
[97] IPBES (2016) – Evaluación de Polinizadores, Polinización y Producción de Alimentos (SPM).
[98] FAO – Iniciativa Internacional de Polinizadores / datos clave https://www.fao.org/pollination/about/en
[99] Garibaldi et al. (2013), Science – Polinizadores silvestres mejoran la fructificación de cultivos.
[100] **FONROUGE, Nicolás**. "*Biodiversidad: Su protección como clave para la salvaguarda del ambiente y del ser humano*". Revista de Derecho Ambiental. Tomo 62. Thompson Reuters. Abril-Junio 2020.

La importancia de nuestro análisis radica en que la problemática de los servicios ecosistémicos no se limita únicamente a una cuestión procesal o legal, sino que pone en juego problemáticas como la seguridad alimentaria mundial, teniendo en cuenta las alarmantes estadísticas actuales, a pesar de haberse producido indudables avances[101].

Cabe destacar que, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, hay "unos 795 millones de personas subalimentadas en el mundo, es decir, 167 millones menos que hace un decenio y 216 millones menos que en 1990-92. El descenso ha sido más pronunciado en las regiones en desarrollo, a pesar del considerable crecimiento demográfico"[102].

II. Contratos agrarios y servicios de polinización en Argentina

En la práctica agropecuaria argentina se celebran **contratos de polinización** entre apicultores y productores de frutales/semilleros para instalar colmenas durante la floración. Jurídicamente suelen encuadrarse como **contratos de servicios/obra** regidos por el **Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)** (libertad de contratación, art. 957 y ss.), con obligaciones recíprocas sobre cantidad y ubicación de colmenas, bioseguridad, trazabilidad y precio. En predios arrendados, conviene coordinar con el **arrendatario** para evitar conflictos por uso y riesgos.

En el plano sanitario y habilitaciones, la actividad se articula con **SENASA** y la **Secretaría de Agricultura** mediante el **RENAPA** (Registro Nacional de Productores Apícolas), creado por la Resolución Nacional Nº 283/2001 y exigible para comercialización y trazabilidad; además hay normas complementarias nacionales y provinciales.

Existe una relación entre apicultura y contratos agrarios desde el punto de vista jurídico, económico y práctico, especialmente en el contexto argentino, pero también en el derecho.

[101] MINAVERRY, Clara María (Conicet), Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional, nro. 48, vol. 26, Ed CIAD (Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo), 2016, p. 48.
[102] FAO, documento "El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo", hoja 2, 2015.

La apicultura, aunque muchas veces se desarrolla de manera itinerante o en pequeña escala, **entra dentro de la noción de actividad agraria** según el **Código Civil y Comercial de la Nación** y la legislación complementaria (por ejemplo, Ley 25.380 de Apicultura y su modificatoria).

Esto significa que puede regularse a través de **contratos agrarios**, que son acuerdos que vinculan a un productor apícola con el titular de un inmueble rural o con otros agentes de la cadena agroalimentaria.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los contratos de obra/servicios aplicables a acuerdos de polinización, transporte de colmenas, locación de espacios, etc. La definición general de **contrato** y el régimen de **locación de obras y servicios** sirven de base para pactar prestaciones, precios, riesgos, caso fortuito, seguros y cláusulas de inocuidad (por ejemplo, sobre uso de fitosanitarios durante la floración).

II.1 Tipos de contratos agrarios aplicables a la apicultura

a) Contratos de aparcería rural[103]

- **Definición:** El titular del campo y el apicultor acuerdan el uso del predio para instalar colmenas, compartiendo frutos (miel, cera, polen) en una proporción pactada.
- En apicultura, la “aparcería de pastos apícolas” es frecuente: el apicultor provee las colmenas y el trabajo; el propietario aporta el lugar y acceso a la flora melífera.
- Se debe especificar: cantidad máxima de colmenas, ubicación, obligaciones sanitarias, reparto de productos y plazo.

b) Contratos de arrendamiento rural

- **Definición**: Cesión del uso y goce de un inmueble rural para apicultura a cambio de un precio cierto, generalmente en dinero.
- Menos frecuente en apicultura que la aparcería, pero usado en emprendimientos de gran escala.

[103] Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial Comentado*, t. V, Rubinzal-Culzoni, 2015.

- Importante prever cláusulas sobre resguardo de cultivos y manejo ambiental (evitar aplicaciones de agroquímicos nocivos en floración).

c) Contratos de pastaje apícola o "alquiler de apiarios"

- De uso consuetudinario y regulados en algunos municipios/provincias.
- El propietario del campo autoriza la instalación temporal de colmenas a cambio de un canon (dinero o productos).
- Pueden ser **contratos atípicos** bajo el Código Civil y Comercial de la Nación que reconoce la libertad de contratación mientras no se violen normas imperativas.

II.2 Perspectiva económica

- Los contratos agrarios permiten **integrar la apicultura a otros sistemas productivos**, generando ingresos adicionales para el dueño de la tierra y el apicultor.
- Favorecen la **polinización cruzada** de cultivos, lo que mejora la productividad agrícola.
- Se estima que en Argentina el aporte de las abejas a la producción de alimentos por polinización supera en valor a la venta de miel y derivados (FAO, 2018).

II.3 Perspectiva de sustentabilidad y empleo verde[104]

- La apicultura, cuando se inserta mediante contratos agrarios con cláusulas ambientales, fomenta **producción sostenible**, conservación de flora y fauna, y reducción del uso de agroquímicos.
- Estos contratos pueden incluir compromisos de **certificación orgánica** o de **producción bajo estándares internacionales** (ej. Fairtrade, Apiservices).

II.4 Cláusulas claves en contratos apícolas[105]

- **Ubicación y señalización** de colmenas.

[104] FAO. *Polinización y agricultura sostenible* (2018). https://www.fao.org/pollination/es/
[105] Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de Argentina – Manual de Buenas Prácticas Apícolas (2022).

- **Cantidad máxima de colmenas** y período de permanencia.
- **Responsabilidad por daños** (picaduras a terceros, daños a cultivos o colmenas).
- **Prohibición de uso de agroquímicos nocivos** en ciertas épocas.
- **Seguros** y cumplimiento de normativas sanitarias (SENASA exige Registro Nacional de Productores Apícolas).
- **Resolución anticipada** en caso de incumplimiento.

II.5 Contratos de polinización (puntos mínimos)

1. **Objeto y alcance** (cultivo, fechas de floración, número de colmenas/ha).
2. **Ubicación y accesos** (logística, resguardo, señalización).
3. **Bioseguridad y sanidad** (estado sanitario, control de *Varroa*, requisitos RENAPA).
4. **Fitosanitarios** (prohibiciones/ventanas de aplicación, aviso previo 48–72 h, indemnidad).
5. **Precio y forma de pago** (por colmena, por hectárea o por campaña).
6. **Riesgos y seguros** (climáticos, vandalismo, mortandades).
7. **Responsabilidades y resolución de conflictos** (CCCN aplicable; competencia).

III. Apicultura como arte y como Empleo Verde

La apicultura combina técnica y **artesanía** (selección de colmenas, lectura del ambiente, elaboración de mieles monoflorales, propóleos, hidromiel). En términos de política laboral, clasifica como **“empleo verde”** cuando es **trabajo decente** que **protege o restaura ecosistemas**, mejora la eficiencia en insumos y contribuye a la adaptación climática, según definiciones de la **OIT** adoptadas por FAO y otras agencias.

IV. Importancia de las abejas en la Biodiversidad

“Si la abeja desapareciera del planeta, al hombre solo le quedarían 4 años de vida” (Frase atribuida a Albert Einstein, premio Nobel de Física. Otros la atribuyen **Maurice Maeterlinck**, premio Nobel de Literatura).

Resulta de gran motivación estudiar la problemática de biodiversidad observando las abejas y el síndrome de desaparición de colmenas; cuestión que por cierto no solo comienza sensiblemente a afectar a la Argentina y a Iberoamérica, sino que perjudica aún con mayor gravedad a Norteamérica, la Unión Europea y otras regiones del mundo, sobre todo en el hemisferio norte.

Hemos perdido mucho la capacidad de observar; capacidad que tienen muchísimo los niños, y que recupera mucha gente mayor. Observar es necesario para comprender el problema de la biodiversidad.

“Ningún ser vivo, ni siquiera el hombre, ha realizado en su centro lo que la abeja en el suyo, y, si una inteligencia extraterrestre ajena a nuestro planeta viniese a pedir a la tierra el objeto más perfecto de la lógica de la vida, deberíamos enseñarle un panal de abeja y la miel” (**Maurice Maeterlinck**, premio Nobel de Literatura)

No es sabio subestimar lo pequeño. Desde antiguo, sabios han elogiado la conducta de los insectos. En la Biblia judeocristiana, el rey Salomón elogia a las hormigas como ejemplo de laboriosidad y previsora sabiduría. “... Ve a la hormiga, oh perezoso, mira sus caminos, y sé sabio; la cual prepara en el verano su comida, y recoge en el tiempo de la siega su mantenimiento...”[106].

“**La abeja es muy honrada porque trabaja para los demás**” (San Juan Crisóstomo)[107]. Está escrito en el Corán y, según enseñanzas del Profeta Mahoma[108] que “**todo lo que pasa a través del estómago de una abeja es medicinal**”[109]. Sin duda, lo elaborado por las abejas tiene poderes curativos que se suelen ignorar y mucho.

---

[106] Libro de los Proverbios 6:6-11, Biblia judeocristiana
[107] Videodocumental “The Vanishing of the Bees”. Obra cumbre en materia de problemas de abejas. Dirigida por Maryam Henein, George Langworthy. Año 2009
[108] Citado en “Miel, los Secretos de la Colmena”, videodocumental francés. Dirigido por Sylvie Chabas y producido por SUNSET Presse, año 2011.
[109] https://www.islamreligion.com/es/articles/10321/oro-liquido-los-beneficios-de-la-miel/

En **Marruecos** los campesinos que consumen miel de tomillo, explican con una sabiduría ancestral que, si uno de sus hijos está enfermo, le dan una cucharada de miel. Así, la utilizan para el dolor de estómago, irritación en los ojos, quemaduras, para la tos y afecciones pulmonares (mezclan miel incluso con otras plantas medicinales, orégano, lavanda, artemisa y herba-alba).

Asimismo, en el **Hospital de Limoges** (Francia) médicos y enfermeras notaron durante años como sanaban con miel las quemaduras, llagas, cicatrices, heridas post cirugía (según testimonios brindados Ghislaine Pautard y del Dr. Descots alrededor del año 1980). También, da testimonio de las bondades del oro líquido el alpinista francés Antoine Bonfils, a quien le amputaron varios dedos del pie derecho a raíz de un accidente. Dijo que pudo volver a caminar gracias a que la cicatrización de sus heridas fue tres veces más rápida (los médicos le habían diagnosticado un año entero de inmovilidad y con riesgos de infección): habiendo transcurrido tan solo un mes, sin analgésicos y sin morfina, las enfermeras notaron las propiedades antibacterianas de la miel, que actuaba como inhibidor de gérmenes hospitalarios en este paciente.

"Cuanto más cerca vemos a las abejas, más nos damos cuenta de que el funcionamiento de una colmena va más allá de nuestra comprensión"(**León Tolstoi**).

IV.1 Apiterapia

Se llama así al uso médico de productos derivados de la miel, jalea real, polen y propóleo. Sirve en cancerología y quimioterapia, así como también para la degeneración macular de la vista. Los venenos de las avispas también tienen propiedades antibacterianas.

Los propóleos tienen propiedades antivirales contra el herpes. Los antiguos **egipcios** utilizaban el propóleo para embalsamar los muertos, así como las abejas lo aplican contra intrusos de la colmena o insectos muertos dentro de ella, para evitar se descompongan.

V. Antecedentes Históricos. La apicultura a través de la historia

V.1 Pueblos Indígenas

El vínculo entre comunidades indígenas y abejas es antiguo y diverso.

Antes de la llegada de los europeos, muchas culturas indígenas americanas practicaban formas de **meliponicultura** (cría de abejas sin aguijón del género *Melipona*, *Trigona*, *Scaptotrigona*, etc.) y también recolección de miel silvestre de *Apis mellifera* (introducida recién en el siglo XVI) y otras especies nativas.

Se trataba de sistemas **sustentables**, que respetaban los ciclos naturales y combinaban el aprovechamiento alimenticio, medicinal y ritual.

V.1.1 Mesoamérica: Mayas, Mexicas y otros pueblos[110]

- Mayas: domesticaron a *Melipona beecheii* (xunán kab, "señora abeja"), con colmenas en troncos huecos sellados con barro y tapas de piedra.
- La miel era usada como alimento, endulzante, medicina y en la preparación del balché, bebida fermentada ritual.
- Calendarios agrícolas incluían el cuidado de las abejas y la recolección en momentos específicos del año.
- La meliponicultura tenía un valor simbólico y económico: la miel y la cera eran tributos al Estado maya.

V.1.2 América del Sur: los pueblos guaraníes y otras comunidades trabajan con abejas sin aguijón (*Tetragonisca angustula* "yateí", *Plebeia*, *Scaptotrigona*, etc.), con usos alimentarios y medicinales, y transmisión de saberes sobre localización de nidos, cosecha no destructiva y calendarios florales.

V.1.3 Pueblos guaraníes, amazónicos y andinos[111]

- **Guaraníes**: criaban abejas *Tetragonisca angustula* ("yateí") y otras especies sin aguijón.
    - Colocaban nidos en troncos cerca de la vivienda, favoreciendo la polinización de huertas y plantas medicinales.

[110] Villanueva-Gutiérrez, R. et al. (2005). "Meliponicultura en la península de Yucatán: pasado y presente." *Apidologie*, 36(2), 181–196

[111] Cortopassi-Laurino, M. et al. (2006). "Global meliponiculture: challenges and perspectives." *Apidologie*, 37(2), 275–292.

- Conocían plantas melíferas clave y respetaban tiempos de cosecha para no dañar la colonia.

- **Pueblos amazónicos** (Shipibo, Kayapó, Yanomami, etc.): recolectaban miel de múltiples especies (hasta 26 identificadas en un solo territorio), con conocimiento detallado de la ubicación de nidos y la fenología floral.
- **Andinos**: menos documentada por limitaciones climáticas a especies nativas; sin embargo, usaban miel silvestre de *Bombus* y *Trigona* en medicina tradicional.

V.1.4 Usos medicinales y espirituales

En casi todas estas culturas:

- **Miel**: utilizada como antibacteriano, antiinflamatorio, cicatrizante y fortificante.
- **Cera**: para elaborar velas, sellar recipientes y en rituales.
- **Propóleos**: aplicados como ungüentos antimicrobianos.
- Relación espiritual: las abejas eran consideradas **mensajeras** o **conectoras** con lo divino, presentes en mitos de origen y en narrativas sobre fertilidad y abundancia.

V.1.5 Principios de manejo ancestral que hoy se consideran sustentables[112]

- Cosecha parcial de miel para garantizar la supervivencia de la colonia.
- Respeto de los ciclos reproductivos y florales.
- Conservación de hábitats con diversidad de plantas melíferas.
- Uso de materiales naturales y biodegradables para colmenas.

V.1.6 Ejemplo arqueológico notable[113]

En sitios prehispánicos de la península de Yucatán y Belice se hallaron colmenas de piedra caliza con restos de cera, datadas en varios siglos

[112] Vit, P. et al. (2013). “Pot-honey: a legacy of stingless bees.” Springer.
[113] Inomata, T. et al. (2013). “Archaeological evidence for ancient Maya beekeeping.” *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110(36), 14400–14405.

antes de la llegada de los europeos, confirmando la antigüedad de la meliponicultura maya.

V.2 Monjes benedictinos

V.2.1 Europa medieval: los monasterios organizaron economías de cera y miel para liturgia y sustento; hay estudios históricos y de fuentes monásticas sobre el papel de la apicultura en el mundo benedictino.

Los **monjes benedictinos** desarrollaron, preservaron y transmitieron conocimientos sobre las abejas y la apicultura durante más de un milenio, integrando técnica, economía y simbolismo religioso[114].

V.2.2 Marco espiritual y simbólico[115]

- **Regla de San Benito** (siglo VI) no menciona expresamente la apicultura, pero promueve la autosuficiencia del monasterio, lo que incluía la producción de alimentos y bienes necesarios para la liturgia.
- La **cera de abeja** era imprescindible para las velas usadas en la misa y en el Oficio Divino, lo que le dio a la apicultura un papel litúrgico central. La pureza de la cera era asociada a la pureza de Cristo.
- La **Exsultet** (pregón pascual), cantada en la Vigilia de Pascua, elogia a las abejas y su labor, reforzando su simbolismo de laboriosidad, comunidad y luz espiritual.

V.2.3 Conocimientos técnicos y manejo de colmenas

Los monasterios benedictinos fueron **centros de innovación y custodia de saberes agrícolas** durante la Alta y Plena Edad Media[116].

- **Diseño de colmenas**: uso de troncos huecos, cestas de mimbre recubiertas de barro (skeps), y más tarde cajas de madera con marcos fijos.

---

[114] Crane, E. (1999). *The World History of Beekeeping and Honey Hunting*. Routledge. (Capítulos sobre monasticismo y Edad Media).
[115] Fernández Fernández, J. (2016). “La cera en la liturgia medieval: producción, comercio y consumo en la Europa monástica.” *Anuario de Estudios Medievales*, 46(1), 191–223.
[116] Hildegard of Bingen. *Physica*. Traducción inglesa: Priscilla Throop, Healing Arts Press, 1998

- **Ubicación estratégica**: orientadas al sur/sureste para aprovechar el sol, con protección contra vientos y humedad.
- **Selección y cría**: se buscaban colonias productivas, con comportamiento manso y resistentes al clima local.
- **Aprovechamiento integral**: miel para alimentación y medicina; cera para velas, sellado de documentos y conservación; propóleos y jalea real para usos medicinales.

V.2.4 Transmisión del conocimiento

- Los monasterios copiaban y preservaban textos clásicos de apicultura, como los de **Columela** (*De Re Rustica*), **Varrón** y **Plinio el Viejo*.[117]
- También producían **manuales agrícolas propios** o adaptaciones en lengua vernácula. Ejemplo: en la Inglaterra medieval, la *Beaulieu Abbey Beekeeping Guide* (documento del siglo XIII) compila técnicas monásticas[118].
- La actividad se integraba a la **rotación de cultivos** y al manejo de huertos y praderas, asegurando flora melífera durante todo el año.

V.2.5 Economía monástica y apicultura

- La cera y la miel eran bienes de alto valor comercial y tributario. Muchos monasterios obtenían ingresos vendiendo excedentes a mercados urbanos o abasteciendo a iglesias y catedrales.
- Documentos de abadías como **Cluny** (Francia) y **Monte Cassino** (Italia) registran colmenares extensos y contratos con campesinos para el cuidado de abejas a cambio de rentas o parte de la producción.
- La apicultura también estaba vinculada al **sistema de diezmos y rentas en especie**.

V.2.6 Usos medicinales en el ámbito benedictino

[117] Columela, L. J. M. *De Re Rustica*, libro IX (traducciones y ediciones críticas).
[118] Harvey, B. (1993). “Beekeeping in the Monasteries of Medieval England.” *Agricultural History Review*, 41(2), 125–136.

- **Miel**: empleada como antiséptico, en jarabes para la tos y bálsamos para heridas.
- **Cera**: base de ungüentos y emplastos.
- **Propóleos**: utilizados como antimicrobianos, a menudo en preparados para infecciones bucales o cutáneas.
  Estas prácticas se documentan en los *herbarios monásticos* y en compendios como el *Physica* de Hildegarda de Bingen (siglo XII), monja benedictina y naturalista, que describió la miel como "caliente" y "de naturaleza purificadora".

V.2.7 Legado actual

- Algunos monasterios benedictinos continúan practicando apicultura tradicional y moderna, produciendo miel, velas y cosmética natural.
- El conocimiento preservado en la Edad Media por la orden fue clave para la continuidad de la apicultura en Europa hasta la revolución agraria y el desarrollo de colmenas modernas en el siglo XIX.

V.3 La abeja en el Corán y en la cultura islámica

- **Sura 16 – "An-Nahl" (La Abeja)**: el Corán dedica un capítulo entero a las abejas, describiendo cómo Dios les inspira a buscar alimento y producir miel, que es "curación para la humanidad" (*shifāʾ*).
- La miel aparece como alimento bendecido, medicinal y símbolo de **sabiduría y orden divino**.
- Este estatus especial llevó a que en muchas regiones islámicas la apicultura fuese vista no solo como oficio, sino como **acto piadoso** que armoniza con la creación.

Referencia: *Corán*, Sura 16:68–69.

V.3.1 Conocimientos técnicos y científicos en la Edad de Oro islámica[119]

[119] Crane, E. (1999). *The World History of Beekeeping and Honey Hunting*. Routledge. (Capítulos sobre el mundo islámico, pp. 246–267).

Entre los siglos VIII y XIV, con centros como Bagdad, Córdoba y Damasco, los eruditos musulmanes incorporaron y ampliaron saberes griegos, persas e indios, y aportaron innovaciones propias[120]:

- **Manejo de colmenas**: uso de troncos huecos, cestas de mimbre y cajas de barro adaptadas a climas áridos, con sistemas de ventilación y orientación según la dirección del sol y del viento.
- **Calendarios florales**: se desarrollaron registros detallados sobre floración de plantas melíferas en distintas regiones del califato (desde el Magreb hasta Persia), clave para mover colmenas (transhumancia apícola).
- **Selección de colmenas**: criterios para elegir colonias sanas, comportamiento manso, y abundancia de miel, documentados en manuales agrícolas.

Ejemplo: *Kitāb al-Filāḥa* (Libro de Agricultura) de Ibn al-'Awwām (siglo XII, Andalucía), que dedica capítulos a la cría de abejas, prevención de enfermedades y aprovechamiento de productos (miel, cera, propóleos)[121].

V.3.2 Medicina y apiterapia en el mundo islámico

- **Ibn Sīnā (Avicena)**, en *Al-Qānūn fī al-ṭibb* (El Canon de la Medicina), describe la miel como conservante natural, cicatrizante y remedio digestivo, respiratorio y ocular[122].
- La miel y la cera se empleaban en pomadas, jarabes, ungüentos y como vehículo para otros medicamentos.
- La apiterapia formaba parte de la **Tibb al-Nabawi** (Medicina Profética), basada en enseñanzas atribuidas al Profeta Muhammad sobre alimentos y tratamientos[123].

---

[120] El-Cheikh, N.M. (2003). "Honey in the Qur'an and Islamic Tradition." *Journal of the American Oriental Society*, 123(4), 819–834.
[121] Ibn al-'Awwām. *Kitāb al-Filāḥa*. Ediciones críticas y traducciones españolas (Ministerio de Agricultura, Madrid, 1988).
[122] Avicenna (Ibn Sīnā). The Canon of Medicine. Traducción al inglés de Laleh Bakhtiar, Great Books of the Islamic World, 1999.
[123] Levey, M. (1966). Early Arabic Pharmacology: An Introduction Based on Ancient and Medieval Sources. Brill.

V.3.3 Economía y fiscalidad

- En varios califatos, la producción de miel estaba sujeta a **impuestos (ʿushr)** o **zakat** en especie, lo que generó registros detallados de producción y rutas comerciales.
- La miel era un bien de lujo en algunos contextos y de uso masivo en otros; se exportaba desde Yemen, Persia y al-Andalus a Europa y África.

V.3.4 Legado y continuidad

- **África del Norte y Medio Oriente**: técnicas tradicionales de colmenas de barro o troncos siguen vigentes, con diseños casi idénticos a los descritos por autores medievales.
- **Herencia lingüística**: muchos términos apícolas europeos derivan de vocablos árabes, sobre todo transmitidos a través de la España andalusí.

V.4 Roma antigua

Tratados agronómicos de **Columela** (*De Re Rustica*, libro IX), Varrón (*De Re Rustica*) y **Plinio el Viejo* (HN XI) describen manejo de colmenas, materiales, sanidad y cosecha, evidenciando una tradición técnica ya sofisticada.

La apicultura romana fue heredera directa de la griega, pero con innovaciones propias en técnicas, economía y literatura agrícola.

V.4.1 Técnicas y manejo

- Uso de colmenas de **corcho, barro cocido, madera y mimbre** recubierto de barro.
- Organización del apiario orientado al este o sureste, protegido de vientos, con acceso a agua cercana.
- Práctica de **transhumancia apícola**: mover colmenas en barcas por ríos como el Po o el Tíber para seguir floraciones.

V.4.2 Fuentes técnicas

- **Varrón** (*De Re Rustica*, siglo I a.C.): describe tipos de colmenas, manejo estacional y cosecha de miel.

- **Columela** (*De Re Rustica*, libro IX, siglo I d.C.): manual sistemático sobre cría de abejas, prevención de enfermedades y multiplicación de colonias.
- **Plinio el Viejo** (*Historia Natural*, libro XI): describe jerarquía de la colmena, comportamiento y creencias populares sobre las abejas[124].

V.4.3 Usos y economía

- Miel: alimento básico, conservante, endulzante principal (el azúcar de caña era raro y caro).
- Cera: fundamental para iluminación (velas), moldes de fundición y sellos.
- Apicultura como fuente de impuestos y tributos en especie.

V.5 Mundo Griego

Los griegos aportaron observación sistemática y simbolismo religioso en torno a las abejas.

V.5.1 Técnicas

- Colmenas cilíndricas de barro o mimbre trenzado.
- Métodos de **recolección parcial** de miel para no dañar la colonia, ya presentes en Creta desde la Edad del Bronce (hallazgos arqueológicos en Phaistos y Knossos).
- Uso de humo para calmar a las abejas.

V.5.2 Fuentes literarias y científicas

- **Aristóteles** (*Historia Animalium*, libro IX, siglo IV a.C.): primera descripción sistemática de la vida de las abejas, diferenciando castas (aunque creía que el “rey” era macho)[125].
- **Virgilio** (poeta romano pero con herencia helénica en sus *Geórgicas*, libro IV): combina técnica y poesía, presentando la apicultura como modelo de orden y virtud.
- **Teofrasto** (discípulo de Aristóteles): escribió sobre plantas melíferas y relación con la producción de miel.

---

[124] Plinio el Viejo. *Historia Natural*, Libro XI.
[125] Aristóteles. *Historia Animalium*, Libro IX.

V.5.3 Simbolismo y religión

- La abeja era símbolo de pureza, laboriosidad y conexión divina.
- En los Misterios de Eleusis y en cultos a Artemisa, las sacerdotisas eran llamadas “melissai” (abejas).

V.6 Mundo Hebreo

En la tradición hebrea, las abejas y la miel tienen un papel espiritual y cultural muy marcado[126].

V.6.1 Fuentes bíblicas

- **Éxodo 3:8** y otros pasajes describen la Tierra Prometida como “tierra que mana leche y miel” (*eretz zavat chalav u’dvash*), símbolo de abundancia.
- En hebreo bíblico, “dvash” se refiere tanto a miel de abeja como a jarabes de frutas (como dátiles), pero hay evidencia textual y arqueológica del uso de miel de abeja.
- **Jueces 14:8-9**: relato de Sansón encontrando un enjambre en el cadáver de un león.
- **Proverbios 24:13**: la miel como símbolo de dulzura y sabiduría.

V.6.2 Evidencia arqueológica

- En Tel Rehov (Valle de Bet Shean, Israel), excavaciones revelaron un apiario del siglo X a.C., el más antiguo conocido, con colmenas cilíndricas de barro alineadas en hileras, lo que muestra un manejo sistemático de abejas ya en época bíblica.
- Los análisis de cera y polen indican uso de *Apis mellifera syriaca*.

V.6.3 Usos prácticos

- Miel: endulzante, conservante y ofrenda en el Templo.
- Cera: iluminación y sellado de documentos.
- Conocimiento de plantas melíferas locales (tomillo, salvia, almendro).

[126] Mazar, A. & Namdar, D. (2008). “Beehives from Tel Rehov and the Earliest Apiary in the Ancient Near East.” *Antiquity*, 82(317), 629–639.

VI. ¿Qué afecta hoy a las abejas?

Consenso robusto:

- **Hábitat y simplificación del paisaje:** pérdida de floraciones y sitios de anidación.
- **Desnutrición**: por falta de diversidad floral; por los monocultivos ("en un campo solo de soja es como si la abeja saliese a volar al desierto; no hay flores")[127].
- **Plaguicidas:** evaluaciones de **EFSA (2018)** sobre neonicotinoides[128] y estudios de campo asocian exposiciones realistas con efectos en colonias y polinizadores silvestres[129]. Insecticidas mortales para las abejas que se han introducido en los últimos tiempos como el neonicotinoides (similar a la nicotina), entre otros: fueron aprobados a principios de los años 90 como una alternativa a los productos químicos como el DDT[130].

Son importantes los fallos jurisprudenciales, así como las notas periodísticas en esta materia, tanto en la Argentina como en el exterior: por citar entre otros, un reclamo judicial de pueblos mayas contra Monsanto[131]; fallo de un tribunal de Mar del Plata respecto a agroquímicos que ocasionaron la muerte de varias colmenas[132]; fallo de un tribunal en Neuquén condenando al Estado provincial por responsabilidad solidaria por actividad concurrente y por hechos de agentes de la Administración[133]; siendo el caso más reciente el fallo de la Sala

[127] Videodocumental, "The Vanishing of the Bees". Obra cumbre en materia de problemas de abejas. Dirigida por Maryam Henein, George Langworthy. Año 2009.
[128] **EFSA (2018)** – Evaluaciones de riesgo de neonicotinoides para abejas
[129] Woodcock et al. (2017), Nature Ecol. Evol. – Efectos país-escala de neonicotinoides.
[130] Videodocumental "Who killed the honeybee?", producción de la British Broadcasting Corporation (BBC). Año 2009. Para mayor abundamiento en la materia se sugiere leer la obra de **CARSON, Rachel, "La primavera silenciosa"**; la obra está agotada, se sugiere su búsqueda por https://www.academia.edu/
[131] https://www.anred.org/otorgan-amparo-a-comunidades-mayas-de-campeche-contra-siembra-de-soja-transgenica/
[132] CCiv. y Com. Mar del Plata, 16/03/2012, expte. nro. 148.835 - "Errobidart, Juan Pablo c. Tirso Bilbao - Bilbao César Sociedad de hecho y otro s/ daños y perjuicios", cita online: AP/JUR/95/2012
[133] Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripcion Judicial del Neuquen (Chos Malal), 20/02/2006, expte. 8794/3, "Rolny Eleodoro Dulio c. Estado Provincial s/ daños y perjuicios", cita online: AR/ JUR/199/2006

H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil[134]. Uruguay reportó casos de daños graves en colmenas por uso de agroquímicos[135].

- **Enfermedades y parásitos:** *Varroa destructor* y virus asociados son los principales impulsores de pérdidas en abejas de la miel. La literatura sobre Varroa muestra su papel central en mortalidades[136].
- **Cambio climático y desnutrición:** desfasajes fenológicos y estrés térmico afectan floración y forrajeo.
- **Antenas de telefonía" (RF-EMF):** La evidencia científica **no es concluyente**[137] respecto de efectos ecológicos a nivel de colonia o producción agrícola; sí hay **modelizaciones** y **revisiones** que señalan que los insectos pueden absorber más energía RF a ciertas frecuencias (por su tamaño), y estudios que piden precaución y mejor diseño de investigación. En síntesis: la prioridad de manejo sigue estando en hábitat, plaguicidas y sanidad; los RF-EMF se investigan, pero hoy **no hay consenso** en que sean un factor comparable a los anteriores en campo.

VI. Conclusión

Sin duda que hay una **correlación entre Economía y Derecho**, aspecto que, si bien no vamos a hacer objeto de estudio principal del presente trabajo, no se puede negar que existe.

El desastre es ante todo *alimentario*; muchos seres humanos tendrán un grave problema de acceso a los alimentos: esto puede implicar castigar con hambrunas muchos lugares, así como resultar en una situación de aprovechamiento para algunas corporaciones en manos de algunos inescrupulosos.

---

[134] CNCiv., sala H, marzo 2016, "Zengaro Juan José c. Monsanto Argentina SAIC y otros s/ daños y perjuicios", https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/09/condenan-al-arrendatario-del-prediolindante-a-resarcir-al-propietario-de-un-colmenarpor-los-danos-derivados-de-la-muerte-de-las-abejas-luego-de-una-fumigacion/

[135] http://www.labioguia.com/notas/2-mil-colmenas-de-abejas-mueren-por-uso-de-agrotoxicos-en-uruguay

[136] Revisión sobre Varroa y sanidad (ejemplo reciente y bibliografía extensa en Scientific Reports y otras). https://www.nature.com/articles/s41598-023-51071-7

[137] **RF-EMF e insectos**: Thielens et al. (2018) PLOS ONE (exposición de insectos a RF); Shepherd et al. (2024) (revisión de impactos en insectos).

Los gobiernos democráticos y los estadistas no pueden mirar al costado este grave panorama. Según un informe de la Organización para la Alimentación y la Agricultura de las Naciones Unidas (FAO) las abejas *son un importante indicador para comprobar la salud* de los ecosistemas agrícolas[138]

Es un hecho que las abejas están desapareciendo de diversas partes del mundo y nadie sabe con total exactitud las razones, aunque hay indicios claros que veremos al final. El rol que juegan las abejas en la naturaleza no tiene precio y son innumerables los beneficios que traen para que la vida siga existiendo en el planeta. A la incertidumbre de lo que puede llegar a pasar por la desaparición de las abejas, se suma, además, la doble incertidumbre de lo que aún no sabemos que podemos llegar a perder con la desaparición de las abejas.

Sin duda, además de ser un bien colectivo y natural, son un patrimonio cultural, y ello también tiene correlato con derechos humanos (y de no perder estos bienes, estos patrimonios de la humanidad y de los pueblos).

¿Qué dice la ciencia sobre abejas y agricultura? Que hay una interrelación y dependencia de cultivos: metaanálisis y evaluaciones globales cuantifican la importancia de polinizadores en decenas de cultivos y muestran brechas de polinización que limitan rendimientos.

[138] *Polinización y agricultura sostenible* (2018). https://www.fao.org/pollination/es/

"Evaluación Ambiental Estratégica en la Minería: reflexiones a partir del fallo ´Guitian´"

por Ojeda Juan Manuel[139]

I. Introducción

El presente artículo tiene como objeto el análisis y descripción de la Evaluación Ambiental Estratégica como una herramienta de planificación para la protección ambiental y gestión sostenible de los recursos minerales, tomando como caso de estudio al fallo Guitian dictado por la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca.

II. Minería y Sostenibilidad

En el marco de la sostenibilidad en sus 3 dimensiones: ambiental, social-política y económico, se plantea la necesidad de una "Nueva Minería Sostenible", lo que conlleva el diseño de una nueva "Política Minera" por parte de los Estados – en todos sus niveles - , en especial, para aquellos minerales considerados estratégicos cómo el litio y el cobre de gran utilidad para la transición energética, el desarrollo de energías renovables, como para la satisfacción de diferentes necesidades de la humanidad que van desde la alimentación, comunicación, vivienda, salud, entre otras. Dicho en otras palabras: "*la gestión sostenible de los recursos minerales para la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras*" conforme lo establece el artículo 41 de la Constitución Nacional.

En el contexto internacional esta idea se ve reflejada en diferentes instrumentos cómo lo es la "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" con sus 17 Objetivos y 169 metas específicos que son de carácter integral e indivisibles. Asociado a ello, se puede citar la Resolución N° 4/19[140] aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente el 15 de marzo de

[139] Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
[140] Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/k19/011/49/pdf/k1901149.pdf

2019 bajo el título: “La Gobernanza de los Recursos Minerales” donde se reconoce que “*la gestión sostenible de los recursos minerales y los metales contribuye de manera significativa al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*”, en especial, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos, y el Objetivo de Desarrollo Sostenible 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (aunque también se puede vincular con el resto de los Objetivos).

Por último, se puede destacar los puntos que son “*alentados*” por esta Resolución destinados a los gobiernos, las empresas, las organizaciones no gubernamentales, los círculos académicos y las instituciones internacionales para que, en el marco de sus diferentes ámbitos de competencia, promuevan:

“*a) El conocimiento de la manera en que las industrias extractivas pueden contribuir al desarrollo sostenible de los países y al bienestar de sus poblaciones, así como los posibles efectos negativos en la salud humana y el medio ambiente, cuando no se gestionan esas actividades correctamente;*

b) Las mejores prácticas de diligencia debida a lo largo de la cadena de suministro para abordar los derechos ambientales y humanos más amplios, las cuestiones laborales y los riesgos relacionados con conflictos en la minería, en particular el aumento constante de la transparencia y la lucha contra la corrupción, con el apoyo de la aplicación y supervisión de las normas ambientales y la rendición de cuentas por parte de la Iniciativa para la transparencia en las industrias extractivas;

c) Los mecanismos de creación de capacidad para la gestión sostenible de los recursos minerales y metales, en particular la gestión de riesgos graves, así como para abordar las necesidades de cierre de minas y la rehabilitación de los sitios contaminados, incluidas las minas abandonadas;

d) Las asociaciones público-privadas para promover la gestión sostenible de los recursos minerales y metales;

e) La investigación, el desarrollo y las innovaciones tecnológicas para la gestión sostenible de los recursos minerales y metales;

f) La actividad minera sostenible y el abastecimiento de materias primas a fin de avanzar hacia la desvinculación entre el crecimiento económico y la degradación del medio ambiente mediante métodos que incluyan, pero no se limiten, a la eficiencia de los recursos y la economía circular;

g) Una reducción de los efectos derivados de la necesidad de utilizar materiales para la transición hacia una economía innovadora e inocua para el medio ambiente."

En el plano nacional argentino, tenemos a la Ley General de Ambiente N° 25.675 (LGA) que determina los siguientes instrumentos de la política y la gestión ambiental:

- El ordenamiento ambiental del territorio
- La evaluación de impacto ambiental.
- El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas.
- La educación ambiental.
- El sistema de diagnóstico e información ambiental.
- El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

Estos instrumentos deben ser capaces (en mayor o menor intensidad) de cumplir con los objetivos enunciados en el artículo 4° de la LGA, tales como:

- Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas.

- Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria.

- Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión.

- Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales.

Además de ello, la minería en Argentina se encuentra regulada por el Código de Minería que a partir de la Ley N° 24.585 se le incorporó el Título "De la protección ambiental para la actividad minera" donde se incluye como Instrumento de Gestión Ambiental al Informe de Impacto Ambiental y la Declaración de Impacto Ambiental que se enmarcan en la herramienta de

"Evaluación de Impacto Ambiental" como proceso técnico-administrativo de carácter preventivo, que permite identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos ambientales que un proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente, en el corto, mediano y largo plazo, previo a la toma de decisión sobre su ejecución.

Tomando en cuenta todo ello, hay que preguntarse si estos Instrumentos son suficientes para alcanzar una "Nueva Minería Sostenible".

III. Evaluación Ambiental Estratégica y Minería

A diferencia de la Evaluación de Impacto Ambiental que se centraliza en el análisis de un proyecto, obra o actividad, hay otras herramientas de gestión ambiental que permiten analizar no un proyecto o actividad sino políticas, estrategias, planes o programas de gobiernos, como la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE): "*instrumento de apoyo para la incorporación de la dimensión ambiental a la toma de decisiones estratégicas, las que usualmente se identifican con políticas, estrategias, planes o programas, y como tal es un procedimiento de mejora de estos instrumentos de planificación.*" (Herrera & Bonilla Madriñan, 2009).

Conforme la Directiva N° 2001/42[141] de la Unión Europea se reconoce el objeto de "*conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas con el fin de promover un desarrollo sostenible, garantizando la realización, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, de una evaluación medioambiental de determinados planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente*". Siendo la herramienta la EAE.

La EAE será elaborada por los organismos públicos que llevarán adelante esa política, plan o programa. Aunque es importante agregar que se deben incorporar diversos enfoques analíticos y participativos que vinculen los aspectos ambientales, económicos y sociales.

[141] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0042

En la actualidad argentina, la Evaluación Ambiental Estratégica no se encuentra regulada por una Ley de Presupuesto Mínimo (en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional) y tampoco está prevista en la Ley General de Ambiente ni tampoco en el Código de Minería.

Aunque, en la Ley Nacional N° 26.638 (presupuesto mínimo sobre glaciares) establece que todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención.

Sin embargo, se puede mencionar la normativa de la entonces Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación que emitió la Resolución N° 434/2019[142] que regula el procedimiento para la aplicación de la EAE a políticas, planes y programas que se desarrollen en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Esta misma, es definida como el instrumento de gestión que facilita la incorporación de aspectos ambientales, así como los objetivos, principios e instrumentos de la Ley General del Ambiente, al diseño y adopción de políticas, planes y programas gubernamentales.

En línea con ello, se cuenta con la Resolución N° 337/2019[143] que aprobó la “Guía para la Elaboración de una Evaluación Ambiental Estratégica”.

Con respecto a las etapas de la EAE, la Resolución N° 434/2019 incluye las siguientes:

a. Inicio del trámite.
b. Determinación del alcance de la EAE.
c. Presentación del Informe de Resultado de la EAE.
d. Revisión del Informe de Resultado de la EAE.
e. Dictamen Final.

Además de esto, se fija el contenido del Informe de Resultado de la EAE:

[142] Disponible en: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/331666/norma.htm
[143] Disponible en: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/325000-329999/327848/norma.htm

a. índice;

b. resumen ejecutivo;

c. objeto y objetivos de la EAE;

d. descripción de la política, plan o programa;

e. definición de objetivos estratégicos;

f. conformación del mapa de actores;

g. resultados y registro de procesos participativos;

h. diagnóstico ambiental estratégico;

i. descripción de las alternativas evaluadas;

j. factores ambientales clave;

k. potenciales efectos e implicancias ambientales considerados en la evaluación y análisis de alternativas;

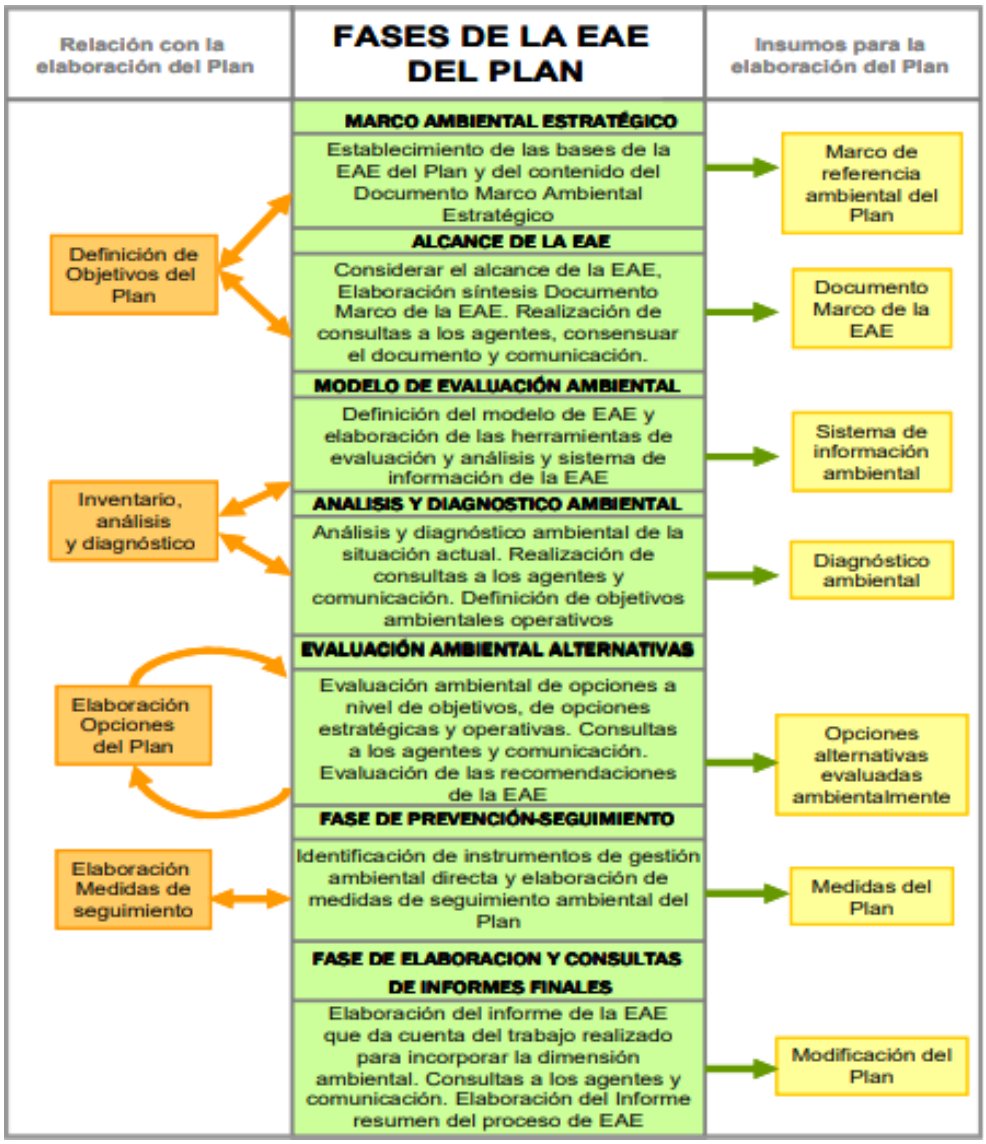
l. consideración de la política y normativa ambiental;

m. resultados de la evaluación y jerarquización de alternativas;

n. directrices o lineamientos para la implementación de la política, plan o programa;

o. plan de seguimiento y monitoreo.

Por otro parte, estudios doctrinarios esquematizan a la EAE de la siguiente forma:



Fuente: (Herrera & Bonilla Madriñan, 2009)

Por lo que la EAE, requiere de diversas instancias en las cuáles se debe definir el alcance de la política a implementar, el mecanismo de evaluación, la identificación de diversos objetivos que se quieren alcanzar, relevamiento y diagnóstico de la situación inicial, el análisis y valoración de las diversas alternativas/medidas que fueron consideradas para esa política, determinar el plan o política que se implementará acompañado de un sistema de seguimiento y control del plan o política. Además, se prevén instancias de participación ciudadana.

En virtud de ello, a los fines del diseño de una “Nueva Minería Sostenible” por medio de una Política Pública Minera, la EAE es la herramienta por excelencia que la posibilitaría ya que mejora la planificación y permite que sea

considerada como sostenible (ambiental, económica y social) ya que integra la sustentabilidad en las políticas públicas con una visión integral y participativa (Bibiloni Homero M. y Piovano Guillermo, 2020). En conjunto con un análisis estratégico de los impactos ambientales, sociales y económicos (acumulativos, sinérgicos, multitemporales) que pueda generar esa política, plan o programa en análisis.

Entonces, la EAE posee múltiples efectos positivos para cualquier política pública, destacándose para la Minería:

- Prevención de Conflictos.
- Mayor Participación Ciudadana.
- Mejora de la Gobernanza y de la Toma de Decisiones.
- Planificación estratégica en la explotación de los Recursos Minerales.
- Gestión Transfronteriza de los Recursos Minerales.
- Prevención y mitigación de los impactos ambientales de la Minería
- Mecanismo de Control sobre los Planes, Programas o Políticas.
- Mayor Legitimidad de las decisiones.
- Integración de la Sostenibilidad en la Política Minera.
- Contribuye a la Gestión Sostenible de los Recursos Minerales.

Por otra parte, se puede citar como ejemplo a Chile que por medio del Decreto Supremo N° 2/2022[144] (02/03/2022) aprobó su "Política Nacional Minera 2050" luego de ser sometida a un proceso de EAE.

En Chile, la EAE fue incorporada en el año 2010 a su Ley N° 19.300 definiéndola como el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales.

[144] Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2023/09/Politica-Nacional-Minera-2050.pdf

Por medio de la “Política Nacional Minera 2050” se busca:

- Mantener y potenciar nuestro liderazgo suministrando los minerales que el mundo necesita al 2050 en la lucha contra el calentamiento global, abordando las consecuencias del cambio climático y generando valor para el país.

- Ser la industria minera más competitiva e innovadora a nivel mundial; fortaleciendo la exploración de los recursos mineros de una manera responsable tanto con las personas como con su entorno, y con una activa participación al cambio tecnológico, fortaleciendo el ecosistema de sus proveedores.

- Lograr los más altos estándares de seguridad, diversidad e inclusión, mejorando la calidad de vida en los territorios y generando una genuina identidad minera en la ciudadanía.

- Impulsar el desarrollo sustentable de la minería alcanzando la carbono neutralidad al 2040, contribuyendo a satisfacer las necesidades del presente de manera responsable y asegurando recursos para las generaciones futuras.

- Construir una institucionalidad efectiva, que promueva el desarrollo minero con una visión de país a largo plazo y potencie la política de fomento orientada a la pequeña y mediana minería.

Para ello, Chile estableció diversos ejes estratégicos, objetivos estratégicos y metas basados en la sustentabilidad económico, social y ambiental acompañado de una buena gobernanza.

Por ejemplo se incluyó el objetivo de contar con un marco jurídico del sector minero para un desarrollo sustentable en el largo plazo, complementado por la meta de propiciar un marco tributario con cargas acordes a los países mineros, que brinda a estabilidad necesaria para inversiones a largo plazo, garantizando la competitividad del sector, y así maximizar el beneficio social generado por la minería mediante una recaudación tributaria justa, sustentable, competitiva y transparente, en base a margen operacional, que contribuya adecuadamente a las comunidades. Por lo que el objetivo busca incrementar la recaudación fiscal pero sin alterar negativamente a la producción e inversión minera.

Entonces, Chile implementó la EAE como un instrumento que mejora la planificación para la política minera nacional, teniendo en cuenta, diversos aspectos desde la seguridad jurídica hasta la protección ambiental como el progreso económico y social a nivel nacional para el desarrollo de la industria minera. Por lo tanto, Chile incluyó la sostenibilidad en sus 3 dimensiones al desarrollo de la minería en su territorio.

IV. Fallo Guitian[145]

A partir de la demanda presentada en agosto del 2021 por el Sr. Román Elías Guitian (cacique de la "Comunidad Originaria Atacameños del Altiplano") contra el Poder Ejecutivo Nacional y la Provincia de Catamarca con el objeto de revocar las autorizaciones de los proyectos mineros de litio que estén situados en la Subcuenca Salar del Hombre Muerto[146] -compartida entre las provincias de Salta y Catamarca-, hasta que se haya realizado una evaluación de impacto ambiental interjurisdiccional y acumulativa y se determine la línea de base ambiental de las Subcuencas del Hombre Muerto y Carachi Pampa-Incahuasi o Punilla. Esta demanda se fundamentó en la afectación de los derechos a la consulta y participación ciudadana, a un ambiente sano y al agua como recurso fundamental.

Asimismo, se solicitó como medida cautelar, en virtud del principio precautorio y preventivo, que se ordene a la provincia de Catamarca suspender las autorizaciones y permisos ya otorgados cómo de abstenerse de otorgar nuevos permisos o autorizaciones para realizar obras o actividades en el Salar del Hombre Muerto y en el Río Los Patos hasta que se resuelva el litigio.

En virtud, de ello en marzo de 2024, la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca resolvió hacer lugar la medida cautelar (de forma parcial) peticionada de la siguiente manera:

[145] Autos: "GUITIAN, Román E. c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO s/ Acción de Amparo Ambiental" – Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2024. Disponible en: https://nuevacorte.juscatamarca.gob.ar/PDF/FalloAmbiental.pdf

[146] Mapa del Litio en Salmueras del Noroeste Argentino disponible en: https://cdgam.segemar.gob.ar/DataMappingTools/Litio-NOA/

- Ordenar al Ministerio de Minería de la Provincia de Catamarca a realizar un estudio de impacto ambiental acumulativo e integral del desarrollo de la actividad minera (litio), que tenga en cuenta el impacto ambiental acumulado sobre el Río Los Patos - Salar del Hombre Muerto- Dpto. Antofagasta de la Sierra, sobre el paisaje, la fauna y flora del lugar, el clima y el ambiente en general, como las condiciones de vida de los habitantes del lugar y de la comunidad indígena afectadas.

- Instruyó que el Ministerio de Minería y el Ministerio de Agua, Energía y Medio Ambiente, se abstengan de otorgar nuevos permisos/autorizaciones, o declaración de impacto ambiental (en los términos del Código de Minería y Ley de Aguas de la Provincia) con respecto a obras u actividades en el Río Los Patos - Salar del Hombre Muerto - Dpto. Antofagasta de las Sierras, hasta tanto se cumpla con la realización del estudio de impacto ambiental acumulativo e integral.

V. Comentarios al Fallo Guitian

La causa Guitian pone de manifiesto la ausencia de una política integral para la gestión de los recursos minerales, en este caso, el Litio del Salar del Hombre Muerto. En esta se causa se identifica que se están desarrollando diversos proyectos mineros[147] cuyas consecuencias impactan en idéntica zona: el Salar del Hombre Muerto. Si bien estos proyectos contaron con su Informe de Impacto Ambiental específico para cada proyecto y etapa específica, la Autoridad Minera/Ambiental no realizó un análisis integral de estos proyectos que estarán activos de forma simultánea.

Para ello, la Corte destaca que "*los impactos acumulativos son frecuentemente el resultado de impactos sucesivos, incrementales y/o combinados de múltiples emprendimientos, su prevención y gestión debiera ser compartida por los distintos emprendimientos involucrados en la medida de sus respectivos campos de acción*".

[147] Proyectos Mineros: Fénix (etapa producción), Salta de Vida (en construcción), Sal de Oro (explotación aprobada), Virgen del Valle Litio (exploración), Candelas (exploración), Candelas Oeste (exploración), La Veguita (exploración).

Asimismo, se afirma que "*La realización de estudios de impacto ambiental acumulativo es fundamental, para la implementación de cualquier proyecto con impacto ambiental. Constituye una condición necesaria para la toma de decisiones informadas y sostenibles de proyectos mineros, especialmente cuando se trata de infraestructuras como acueductos que pueden tener impactos significativos en el medio ambiente por las consecuencias a largo plazo para las comunidades locales. Por el contrario, sin una evaluación acumulativa, la sostenibilidad y legalidad del proyecto podría estar comprometida, ya que los impactos no previstos podrían surgir con el tiempo*."

Tomando en cuenta ello, es que la Corte exhorta al Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca a realizar un estudio de impacto ambiental acumulativo e integral para el Salar del Hombre Muerto[148], y afirma que "*si la obra o actividad va a ser realizada en distintas etapas, el estudio de impacto ambiental debe ser integral, es decir, que comprenda todas y cada una de las etapas*". Es importante mencionar que los proyectos mineros poseen diversas etapas: prospección, exploración, explotación y cierre de mina. Por lo que, se podría inferir que cada proyecto minero debiera tener un análisis integral (aunque sea de manera inicial) que abarque la totalidad de sus etapas, por más que la normativa minera exija que para cada una de las etapas se realice el Informe de Impacto Ambiental, es decir, que haya un análisis previo que abarque el comienzo, el desarrollo y el fin del proyecto minero (integralidad).

Además de ello, se requiere analizar cómo interactúan – en conjunto - todos estos proyectos mineros asociados al Salar del Hombre Muerto con el Ambiente que afectan (acumulativo). Por lo tanto, los principios ambientales de precaución y de prevención deben ser los guías primordiales para este tipo de estudios.[149]

---

[148] Es interesante destacar que el Salar del Hombre Muerto también se encuentra dentro de la provincia de Salta que autorizó proyectos mineros dentro de su jurisdicción.

[149] Al momento de la redacción de este artículo, la Provincia de Catamarca hizo la presentación ante la Corte del "Estudio y Gestión del Impacto Acumulativo Integral (EGIA) de la actividad minera del litio en la Subcuenca del Río Los Patos y Salar del Hombre Muerto" según: https://www.elancasti.com.ar/politica-y-economia/el-gobierno-presento-el-estudio-del-impacto-ambiental-rio-los-patos-y-salar-del-hombre-muerto-n588360 y https://lithium-triangle-southamerica.com/catamarca-presentaron-el-estudio-del-impacto-ambiental-en-rio-los-patos-y-salar-del-hombre-muerto-solicitado-por-la-corte/ Sin embargo, el estudio no ha sido publicado y aún resta resolver el fondo del asunto de causa Guitian cómo la respuesta de la Corte a este estudio.

Esta situación refleja, como en otras tantas causas (“Salas Dino” o “Mendoza Beatriz”), que a partir de una demanda ciudadana, el Poder Judicial “parece suplir” las funciones de planificación propias del Poder Ejecutivo tomando en cuenta el marco normativo ambiental.

Otro punto para resaltar de la sentencia de la Corte de Catamarca, es la idea de compatibilizar el desarrollo o crecimiento económico con la protección ambiental para la gestión de los recursos minerales.

La Corte lo incorpora en diferentes pasajes de su sentencia cuando menciona compatibilizar “economía” y “naturaleza” a los fines de resguardar el ambiente sin entorpecer la actividad económica (minería).

Además de ello, se menciona en uno de los votos de los jueces que “*no se trata de una conjunción disyuntiva en el sentido de que para proteger al ambiente se deba sacrificar la realización del desarrollo económico de la actividad minera; pues estoy convencido que dicha actividad puede desarrollarse con estricto control y seguimiento, siendo necesario balancear el desarrollo con la protección del medio ambiente*”.

Sumando a esto, se destaca que “*la tutela del ambiente no significa detener el desarrollo, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*”.

Por lo tanto, esta sentencia refleja la necesidad de que la actividad minera (en este caso: la extracción de litio) se de en el marco de la sostenibilidad con una mirada ambiental, social y económico en el corto, mediano y largo plazo.

El otro recurso natural que siempre está vinculado a la minería es el agua (un requisito esencial para cualquier proyecto minero para su desarrollo, a tal punto que se puede afirmar que “*sin agua, no hay minería*”), la Corte dispone que “*la gestión responsable del agua en la minería implica equilibrar las necesidades operativas, con la conservación ambiental y la colaboración activa con las comunidades locales y reguladoras*”.

Entonces, es relevante que haya una gestión y uso sostenible del agua en la minería que tenga en cuenta la protección del recurso hídrico, y un uso racional que considere la disponibilidad de este recurso tanto para la conservación del ambiente, su uso por las comunidades y también por la minería.

Por último, este fallo hace un análisis exhaustivo del derecho humano a un ambiente sano, plantea que tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su dimensión individual "*se establece que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras*."

También lo analiza desde "*una dimensión objetiva o ecologista, que protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano, y dimensión subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona*."

VI. Reflexiones Finales

La "Causa Guitian" pudo ser una oportunidad para la implementación de una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) para el Salar del Hombre Muerto ya que esta herramienta posibilita el análisis y la adopción de un plan de gestión de este salar que incorpore los aspectos ambientales, económicos y sociales para la extracción del litio con una mirada "estratégica" y sostenible, donde se analicen tanto los impactos ambientales acumulativos como otros. Y en línea con lo expuesto, por la Corte de la Provincia de Catamarca, la EAE sea la instancia institucional donde se "compatibilice" el desarrollo minero del Salar del Hombre Muerto con su protección ambiental y social junto con la aplicación de otras herramientas como la participación ciudadana y el acceso a la información pública ambiental, es decir, un proceso de planificación sostenible para la extracción de litio en el Salar del Hombre Muerto.

Además, este salar se encuentra tanto en la provincia de Catamarca como de Salta, por lo que esta EAE debería ser interjurisdiccional, lo que requeriría de cooperación, coordinación y concertación de estas provincias e incluso la participación del Estado Nacional.

Más allá de esto, al no estar publicado el “Estudio y Gestión del Impacto Acumulativo Integral (EGIA) de la actividad minera del litio en la Subcuenca del Río Los Patos y Salar del Hombre Muerto”, no se puede constatar que puntos en común puede tener este estudio con el proceso de EAE.

Tomando en cuenta la situación normativa actual, al no prever a la EAE como una norma de presupuesto mínimo en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional, y que solamente algunas provincias, cómo Chaco, Córdoba, Entre Ríos y Mendoza, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tengan regulación sobre ella. En una primera instancia es difícil afirmar que la Minería pueda contar con una EAE.

Para ello, será necesario la voluntad política (acompañado de participación ciudadana) para la implementación de una política pública minera a nivel nacional o provincial que sea definida a través de un procedimiento de EAE, lo que demandará de coordinación institucional y concertación entre la Nación y las Provincias como la inclusión de la Evaluación Ambiental Estratégica en el ordenamiento jurídico nacional, idealmente, en una norma de presupuesto mínimo sancionada por el Poder Legislativo Nacional.

Asimismo, se podría recurrir al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) y al Consejo Federal de Minería (COFEMIN) para esta concertación necesaria entre la Nación y las Provincias.

Sin embargo, cada una de estas provincias, en especial, aquellas con recursos minerales podrían realizar su propio proceso de EAE para su política provincial ya que conforme el artículo 124 de la Constitución Nacional, las provincias poseen el dominio originario de los recursos naturales que se encuentren en su jurisdicción, aunque esto podría generar políticas sectoriales y descoordinación entre ellas (el Salar del Hombre Muerto podría ser un ejemplo de eso).

Por último, la EAE con el objeto de generar una política pública minera entendida como una “Nueva Minería Sostenible” permitirá la revisión del Ordenamiento Jurídico Minero, por ej. Código de Minería, Ley Nacional de Inversiones Mineras y Leyes Provinciales que contribuya a una mejor gobernanza de los recursos minerales y que luego dicha política pública minera

como resultado del proceso de la EAE pueda ser aplicada en cada proyecto minero que se quiera desarrollar en Argentina para determinar si es factible en términos ambientales, sociales-políticos y económicos por medio de una Evaluación de Impacto Ambiental que tenga en cuenta los resultados de la Evaluación Ambiental Estratégica.

Bibliografía

Bibiloni Homero M. y Piovano Guillermo, Evaluación Ambiental Estratégica. La oportunidad de aplicación a la minería del litio en Argentina. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/121289

Herrera, Rodrigo Jiliberto, Madriñan, Guía de Evaluación Ambiental Estratégica. CEPAL. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3734/1/S2009742_es.pdf

Krom, Beatriz Silvia, La nueva minería sustentable, 2da Edición, Buenos Aires, Estudio, 2009.

Nonna, Silvia, Krom, Beatriz Silvia, Devia, Leila, Manual de recursos naturales y derecho ambiental, 1ra Edición, CABA, Estudio, 2019

"Entre la elusión y el delito: los límites de la ilicitud a los que se enfrenta el contribuyente"

por Pirolo Bárbara Eugenia y Seco Agustina

I. Introducción.

El presente artículo busca abordar una temática que más allá de lo meramente dogmático o propio de la discusión académica, se erige como una problemática concreta para el ciudadano común -entendido en los términos que trataremos a continuación como "obligado" o "contribuyente"- quien puede verse expuesto a consecuencias administrativas o penales, por lo que representa una verdadera importancia pragmática cuanto menos.

En ese sentido, buscaremos analizar entonces de qué forma las diferentes conceptualizaciones pueden impactar en la conducta de los contribuyentes y para ello, resultará no menos importante, hacer un breve repaso de la jurisprudencia notoria e influyente al respecto.

En primer lugar, desarrollaremos cada una de las figuras que integran esta tríada -planificación fiscal, elusión y evasión-, examinando qué implica, cómo operan en la práctica, sus tipos y su naturaleza jurídica. Una vez diferenciadas claramente estas categorías, nos abocaremos al análisis del problema central que motiva este trabajo: los límites difusos que existen entre lo lícito y lo ilícito en materia fiscal y los riesgos que conlleva para el obligado ingresar en esa "zona gris" -tanto desde la óptica administrativa como penal-. Finalmente, incorporaremos una mirada desde el derecho comparado y los estándares internacionales impulsados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), en particular, el enfoque normativo y político criminal adoptado por distintos países frente a la planificación fiscal agresiva, a fin de aportar una visión más amplia y crítica sobre cómo se enfrenta esta problemática en otros ordenamientos jurídicos y qué enseñanzas pueden extraerse para el caso argentino.

No nos resulta ajeno que la cuestión ha sido de tratamiento previo, sin perjuicio de lo cual creemos que siempre es un tema que cabe traer a la discusión actual jurídica, dado que aún -y pese al cuestionamiento que ha conllevado- no

ha sido zanjada de forma definitiva la duda alrededor de los límites entre estos tres conceptos, que, según el caso, contraen consecuencias de muy diversa índole.

II. BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

II.1.- Planificación Fiscal Agresiva

Antes de abordar la forma más controvertida del fenómeno -la denominada planificación fiscal agresiva- resulta necesario precisar qué debe entenderse por planificación fiscal. En términos generales, se refiere al conjunto de estrategias utilizadas por los contribuyentes para organizar sus actividades económicas de modo tal que se minimice, difiera o racionalice la carga tributaria -siempre dentro del marco legal vigente-. Esta práctica encuentra sustento en el principio de economía de opción[1], según el cual el obligado puede, dentro de los cambios legales posibles, elegir aquel que le resulte fiscalmente más beneficioso. Se trata, en definitiva, del ejercicio de una libertad legítima de organización patrimonial y financiera conforme la normativa aplicable.

Dígase, el sistema tributario ofrece en su conjunto orgánico maneras que, siendo estudiadas con detenimiento y de forma integral, permiten al contribuyente desarrollar estrategias en base a la leyes que le son aplicables. De esta manera, examinando el abanico de normativa fiscal global (tanto las obligaciones, sanciones, como beneficios entre los que se encuentran las exenciones, exoneraciones o incluso los llamados “vacíos legales”), comparándolo, puede traer aparejado el ahorro del quantum.

Sin embargo, existe una categoría dentro de estas prácticas que, si bien no implica necesariamente una infracción legal, plantea serias dudas en torno a su licitud sustancial y a sus efectos jurídicos, motivo por el cual merece un tratamiento específico. Hablamos aquí de la denominada “planificación fiscal agresiva”, que presenta una naturaleza jurídica ambigua o controvertida, por cuanto aquélla se ubica en una zona gris entre la legalidad y la ilegalidad.

A diferencia de la planificación fiscal tradicional -que se encuentra en el marco de la licitud-, la agresiva consiste en el diseño de estructuras jurídicas y financieras cuyo fin principal es la obtención de ventajas fiscales, sin que exista una correlación económica real entre la forma legal adoptada y la sustancia

económica de las operaciones. Estas prácticas se caracterizan por su alto grado de sofisticación y por el aprovechamiento de vacíos legales, regímenes preferenciales o asimetrías internacionales.

Respecto a su naturaleza jurídica, si lo abordamos desde el derecho tributario, podemos establecer que se trata de actos jurídicamente válidos pero con finalidad distorsionada -pudiendo ser impugnados por la administración en base a cláusulas antiabuso (generales o específicas)-. Si bien no es ilícita en sí misma, puede ser descalificada si se demuestra que carece de sustancia económica o que el único propósito es el ahorro fiscal (criterio del *propósito principal*).

Ahora bien, desde el derecho penal tributario, si bien como mencionamos, no siempre configura un delito, puede dar lugar a responsabilidad penal si se cruza el umbral del dolo -concepto que desarrollaremos más adelante- y se utilizan maniobras fraudulentas, falsedades o simulaciones. Es por ello que estas prácticas son jurídicamente cuestionadas y, en algunos casos, éticamente reprochables, especialmente cuando son utilizadas por grandes empresas multinacionales en perjuicio de las finanzas públicas.

En este contexto, la OCDE ha definido este fenómeno como parte del problema más amplio de la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS), impulsando desde el año 2015 una serie de medidas coordinadas para combatirlo[150]

II.2. Elusión Fiscal

El término “elusión fiscal” no encuentra dentro del ordenamiento jurídico argentino recepción como un instituto independiente. Es así que surge como producto del transcurso del tiempo y el desarrollo tanto del derecho tributario y la expansión al derecho penal tributario en nuestro país, lo que generó una dinámica nueva entre la originaria infracción tributaria de orden administrativo sancionador y el delito penal tributario. En particular dentro de este

[150] Forum on Tax Administration (FTA), Seminario de la International Fiscal Association (IFA), en el informe de la OCDE en 2013 “Cooperative Compliance: a framework for enhanced Relationship to Co-operative Compliance”.

nuevo rango de conductas cobró relevancia aquél comportamiento que se encuentra en el límite.

Habiendo dicho lo anterior, pensemos en la palabra elusión a nivel semántico, desde su significado, entre sus acepciones se encuentra: *"...Evitar con astucia una dificultad o una obligación…"*[151]. Asimismo, ahondando aún más en el origen y significación del término, a nivel etimológico, la palabra del castellano deriva del latín "eludere", verbo cuya traducción sería: burlar, esquivar, desviar algo por habilidad, práctica o juego. Más aún, la composición de aquel verbo en el idioma latino se compone a su vez por el prefijo "ex-" -de, desde- y el verbo "ludere" que se traduce como *"jugar entretenerse"* pero también *"ejercitarse en algo"*. Por lo que podemos vincular que desde su origen, la combinación de ambos términos latinos que componen el verbo, aluden a la idea de *"jugar fuera de"* o bien *"escapar del juego"*, por lo tanto, también se puede relacionar con la idea de evitación, mencionada en primer término.

Así las cosas, advertimos que se trata de un concepto vinculado a la idea de sortear obstáculos mediante el ejercicio, o con astucia. Sobre este punto cabe entonces pensar el modo de llevar a cabo la evitación, que en definitiva es lo que acerca a esta palabra al ámbito aledaño/colindante de lo evasivo, de lo ilícito y por tanto, que nos lleva a, frente la falta de delimitación clara normativa, confundirlo o al menos emparejarlo con la figura de la evasión. Se entiende por "astuto" a aquella persona *"...Que tiene habilidad e ingenio para lograr su propósito, especialmente con engaño o disimulo…"* y a su vez *"...adj. Advertido, malicioso y sagaz, que usa de ardides, estratagemas y astucias para conseguir su intento. Viene del Latino Astutus, que significa esto mismo. Lat. Callidus. Astutus. Versutus. Veterator…"*. Si se tiene todo lo reseñado en cuenta, entonces se puede entender que dentro del campo semántico que envuelve el término "astuto", se vincula con la inteligencia, experticia, habilidad, ingenio, pero también, al engaño, fingimiento, estratagema, incluso artificio. Por lo que en este último sentido, nos encontramos en un campo muy cercano al que postula la descripción típica de la evasión, la que resulta antinormativa, pero sobre todo, delictiva y por consiguiente, pasible de sanción penal.

[151] Definición según el diccionario de la Real Academia Española disponible en: https://dle.rae.es/eludir

De esta forma hemos, aunque dificultosamente, enmarcado mínimamente el significado asignado al término de forma genérica, pero falta encontrar a qué se refiere cuando se lo integra en el marco de la actividad tributaria, la denominada "elusión fiscal". El término en este sentido, se refiere a la utilización de estrategias que tienen por objetivo minimizar el pago de la carga tributaria mediante mecanismos que no resultan *per se* antinormativos, dígase que no contrarían la letra de la norma, de hecho, la siguen conforme su literalidad pero se aparta de una interpretación sistemática o conforme su finalidad -no resulta teleológico-. Es por esta razón que suelen ser casos, los que se categorizan como de elusión fiscal, ubicados en una denominada "zona gris", ya que no se transgrede la ley, sino que se la sigue de una forma para la cual no habría sido pretendida obteniendo de esa forma la disminución de la carga tributaria.[152]

Ese accionar normativo pero contra espíritu, que tergiversa la finalidad esperada de la norma y/o que es el que despierta cierta reacción por parte del ordenamiento jurídico y que motiva la discusión propuesta entre el ahorro fiscal fiscal legítimo, la elusión fiscal y la evasión.

Por otra parte se ha entendido también para definir elusión -más bien "tax avoidance" en su denominación anglosajona- de la siguiente manera: *"...**La evasión fiscal ocurre cuando alguien actúa contrariamente a la ley. La elusión fiscal comprende el cumplimiento de la letra pero no el espíritu de la ley,** y es correcto que el Gobierno/Estado busque minimizar aquella circunstancia…"*[153]**.** Incluso, en el marco de debates parlamentarios de países extranjeros se ha intentado dar claridad al alcance de este término, particularmente proveyendo una distinción entre la evasión y la elusión, por lo cual un miembro del Gobierno del RU, aclaró: *"...Estos términos, carecen de una única o universal definición legal aplicable y su significado va a depender del contexto en que sean utilizados. El término "evasión fiscal" se refiere a la reducción de las obligaciones tributarias por medios ilegales. El término "elusión*

[152] Ver en este sentido: SANZ GÓMEZ, R, Elusión fiscal (regulación en la Unión Europea). Economía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-665, Nº. 13, octubre 2017 – marzo 2018, pp. 251-259. DOI: https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3821

[153] Debate del House of Commons del Parlamento de R.U. del 12/07/2010 acerca de tax evasion and tax avoidance, distinción esgrimida por el Ministro del Tesoro David GAUKE. (HC Deb 12 July 2010 c706)

fiscal" -tax avoidance-es usualmente utilizado para referir a una reducción inapropiada de la carga tributaria y ha sido descrita [por el Lord Nolan en un caso de 1997 en la Casa Alta del Parlamento] *en los siguientes términos: 'El sello distintivo de la elusión fiscal es que el contribuyente reduce su obligación fiscal sin incurrir en las consecuencias económicas que el Parlamento habría pretendido que sufriera cualquier contribuyente que calificara para aquella reducción de su obligación tributaria'...".*

Más allá de los esfuerzos realizados por ámbitos jurídicos de países extranjeros, se evidencia que no es una cuestión zanjada de forma universal, y que al parecer también en otros Estados las definiciones suelen estar teñidas de la necesidad de resolución de casos específicos, y tienden a la definición en base a la comparación con la evasión fiscal. Lo que sí pareciera ser reconocido a todo evento es que se trataría de un caso que si se pudiera cuantificar el grado de desaprobación de la conducta se encontraría gradualmente en un estrato inferior que frente a la configuración de la evasión típica.

En cuanto a lo último desentrañado, creemos que puede encontrarse ligado con el nivel de contradicción por parte del ciudadano a la norma de comportamiento impuesta, en cuanto en la elusión nos encontramos en un caso de un cumplimiento de la norma, pero que por cierto motivo al analizar la conducta se lo considera imperfecto.

Por su parte, en la doctrina del derecho tributario argentino también se ha entendido que en la elusión fiscal no se realiza -se evita- la conducta prevista normativamente como hecho imponible de cierto gravamen[154]. En ese orden, la lógica que se impone para fundamentar la falta de ilicitud en la elusión radica en que ningún sujeto se encuentra jurídicamente obligado a realizar hechos imponibles, solo que esta definición pareciera indicar que la conducta incluida en la concepción de elusión sería aquella en la que el ciudadano se abstiene del desarrollo de actividades según su capacidad económica que provoquen hechos imponibles y por lo tanto cargas tributarias. o bien se puede

[154] En ese sentido PÉREZ DE AYALA J.L. y GONZÁLEZ GARCÍA E., Curso de Derecho Tributario, Ed. de Derecho Financiero, España, 1991,p. 330-331.

entender que el significado de la elusión se vincula a un cambio de comportamiento para evitar el hecho imponible[155]

Estas acepciones vinculan a la elusión a una percepción más cercana a la economía de opción[156] en base a una planificación fiscal lícita no agresiva, por lo tanto a comportamientos no sólo considerados lícitos, sino en cualquier caso, incuestionables en cuanto a su adecuación al significado teleológico de la norma y por lo tanto, en su defecto, todo lo ilícito reside en el ámbito de lo delictivo -dentro de la figura típica de la evasión-.

Es por ello que estas acepciones entendemos también producen algún grado de confusión.

II.3.- Evasión Fiscal

Por su parte la noción de evasión fiscal refiere a la situación en la cual el contribuyente ha desarrollado una conducta por la cual se realiza de forma completa e integral el hecho imponible, pero esta circunstancia es ocultada al Fisco, con el fin de no ingresar el monto debido del gravamen que pesa sobre él.

En cuanto a su naturaleza jurídica per se, se trata de un delito, en particular uno denominado de los agrupados como “tributario”, contenido en el Regimen Penal Tributario del art. 279 de la ley 27.430. La figura como tal, en forma general, sin perjuicio de las modificaciones de los montos umbrales, y algunas cuestiones de redacción, ya había sido incluída en la ley penal tributaria bajo los números de leyes 23.771, 24769, 26735 (modif), la que finalmente se encuentra redactada en la primera ley mencionada por este párrafo.

El régimen penal tributario realiza una diferenciación de conformidad con los títulos que han sido trazados por el legislador. De esta forma, en línea un programa de criminalización primaria, realiza una clasificación en los primeros tres títulos; engloba los delitos tributarios (Título I, arts. 1 a 4), delitos relativos a los recursos de la seguridad social (Título II, arts. 5 a 7) y delitos fiscales comunes (Título III, arts. 8 a 11). Esta es una diferencias implantada desde la sanción de la ley penal tributaria 24.769, no así en la ley 23.771, la cual no

[155] AMOROS NARCISO, La elusión y la evasión tributaria, en Ensayos sobre Administración Política y Derecho Tributarios, Ed. Macchi, Córdoba 2015, pág. 527
[156] GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina (2020): Manual de Derecho Tributario, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

reparaba en un diagrama diferenciado por título, no obstante de que incluso en este caso, las previsiones actuales, con algunas modificaciones, serían adecuables en figuras típicas aun hoy contenidas en el Régimen Penal Tributario Actual.

Dentro del primer grupo se encuentra tipificada la figura de la evasión fiscal, tanto en su tipo básico, como la figura calificada por las agravantes contenidas en el art. 2 del Régimen.

En el marco de los delitos fiscales, los delitos tributarios -los que cobran especial importancia a los fines del presente ensayo ya que son en el marco de los cuales se encuentra incluido el tipo de la evasión tributaria, la cual buscamos analizar, sin perjuicio de lo que pudiera ser dicho respecto de la evasión relativa a los recursos de la seguridad social de los arts. 5 y 6 del mismo régimen - se caracterizan por su proyección sobre el bien jurídico hacienda pública, desde una perspectiva en la que se entiende que aquello representa la afectación al del orden económico y financiero y las aras del estado en un sentido dinámico.

Se entiende de este modo, la producción de una lesión al bien jurídico tutelado pues, al generarse la obligación y pagar menos de lo debido u omitir el pago, se perjudica a la actividad financiera del Estado pues éste contó o pudo contar con menos medios que aquéllos a los cuales tenía derecho para satisfacer los gastos públicos. Esa reducción del patrimonio de la Hacienda Pública representa la faz estática de la afectación al bien jurídico, mientras que también se vislumbra que mediante aquel comportamiento, se logra la desnaturalización del régimen de recaudación normal de tributos y se altera la posibilidad de disponer regularmente de aquellos ingresos, los que en situaciones regulares estarían destinados, a satisfacer ciertas necesidades públicas, las que afectadas por los efectos de la conducta evasiva, habrán de ser atendidas mediante el uso de otros fondos, afectando de esa manera el orden económico y financiero del Estado también en su faz dinámica.

Ahora bien, la figura delictiva, en su tipo básico, que se encuentra contenida en el art. 1 del Regimen Penal Tributario, se la describe de la siguiente forma: *"...Evasión simple. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, o*

cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de un millón quinientos mil de pesos ($ 1.500.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se, tratare de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año. Para los supuestos de tributos locales, la condición objetiva de punibilidad establecida en el párrafo anterior se considerará para cada jurisdicción en que se hubiere cometido la evasión…”.

En base al principio de legalidad en materia penal, corresponde un análisis respetuoso de la letra de la ley en cuanto a la conducta que se encuentra receptada por el ordenamiento penal como jurídicamente relevante. Esto por cuanto, recordemos corresponde realizar un proceso de subsunción de la conducta que será objeto de examen jurisdiccional a la premisa establecida por la norma penal para así verificar que aquella se encuentre prohibida por el ordenamiento jurídico penal y para ello debe existir un tipo penal que se corresponda, se adecue en todos sus elementos típicos con la conducta realizada. Se impera en la necesidad de comprobación de en primer término del tipo objetivo, para lo cual ha de existir una identidad esencial entre el comportamiento y la figura penal para adentrarse en el juicio de imputación.

En ese orden, habrá evasión cuando quien se encuentre obligado al pago de un gravamen (específicamente tributos nacionales, provinciales o de la C.A.B.A.) evitará pagarlos. Pero no solo ello, sino que esa evitación del pago deberá ser llevada adelante por los medios expresados por la ley, que son los que dotan a la figura de su rasgo distintivo: ardid o engaño y ejemplifica que aquellos medios pueden traducirse en maniobras ardides, declaraciones engañosas u ocultaciones maliciosas. Asimismo se erige como requisito necesario que el quantum umbral a ser evadido supere el millón quinientos mil pesos por tributo y por ejercicio anual (sobre este último punto, no nos adentraremos en la naturaleza propia del monto como elemento dentro de la figura, ni los efectos que pueda ello contraer dependiendo si debían ser considerados elementos dentro del tipo penal o bien condiciones objetivas de punibilidad ajenas, externas y objetivas diferentes del aspecto subjetivo requerido del autor por exceder el objeto del presente artículo).

En cuanto a su conducta típica, como ya describimos de forma precedente, la evasión puede consistir en un comportamento comisivo como omisivo, en el que el obligado al pago de una deuda tributaria exigible, deliberadamente por medio del uso de medios engañosos o ardidos provoca o intenta disimular su real capacidad contributiva, ello en miras a alcanzar el objetivo de evitación total o parcial del pago de esos gravámenes, ya como responsable propiamente dicho o como responsable por deuda ajena[157]. En ese orden, la clave de la conducta descrita como evasión radica en que el responsable haya efectuado las maniobras fraudulentas para ocultar su capacidad económica o ardidosas, engañosas y que busquen confundir al Fisco en cuanto a esacapacidad.[158]

Ahora bien, también existen autores que han descripto el delito de evasión tributaria como aquella conducta por la cual el obligado al pago del tributo se "resiste" a su tributación y por lo tanto se deshace de su carga de pago del gravamen por medio de los engaños y ardides descriptos por las normas. En ese caso, por sutil que parezca,se ubica al tipo penal de la evasión dentro de una modalidad de "resistencia a la imposición" como un comportamiento defensivo del sujeto contribuyente frente a la carga que el impuesto le supone.[159]

Asimismo, en cuanto al análisis de su tipicidad más allá de mencionar que se trata de un delito especial propio, por cuanto sólo pueden ser realizados por el sujeto activo -autor- descrito por la norma, en el caso el obligado al pago del tributo, que posee particularidades en cuanto a las reglas de la autoría y la naturaleza misma de los montos requeridos para la sanción de la conducta, corresponde destacar que el delito de evasión tributaria constituye un delito doloso.

[157] En ese sentido, confr.: RIQUERT, M. A., *Régimen penal tributario y previsional. Ley 24.769 modificada por la ley 26.735.Comentada. Anotada,* Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág, 105 y CHIARA DÍAZ, C.A., *Ley penal tributaria y previsional 24.769*, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 250

[158] SEMACHOWICZ, E. D. (2012 Febrero). Análisis de las modificaciones al régimen penal tributario. Ley 26735. Buenos Aires: Publicación Doctrina Penal Tributaria Errepar (DTE).

[159] GOMEZ, T. *El delito de evasión tributaria*. XI Jornadas de Derecho Penal Tributario / Esteban Semachowicz ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2017, págs. 85-93.

En ese orden en cuanto a la verificación de la tipicidad subjetiva, requiere del elemento subjetivo dolo. En este punto, se recuerda a grandes rasgos que por dolo se entiende que el sujeto activo actúa con conocimiento de todos los elementos que integran el tipo objetivo de la figura delictiva que se imputa y con voluntad de realización de aquéllos.

A su vez, siguiendo a Roxin, comúnmente, se distinguen tres formas diferentes de dolo: la intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventualis), todas las cuales se diferencian de la imprudencia o la culpa. En el primero de los supuestos, se refiere a lo que el sujeto persigue, en el segundo caso, refiere ya todas aquello producido por el sujeto que incluso si no las persiguiera, aquel las prevé y sabe que ocurrirá con seguridad; por último el dolo eventual es aquel presente en el comportamiento de quien actúa sin perseguir un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo se lo representa como posible de producción, pero para el caso de aquella circunstancia lo asume en su voluntad.[160]

En el delito de la evasión tradicionalmente, se lo ha entendido como un delito de dolo directo, esa visión se ha ampliado y en el último tiempo, se advierte, la jurisprudencia demuestra la admisión del dolo eventual como suficiente para la configuración de este delito.

Creemos interesante traer esta peculiaridad a colación en el marco del presente ensayo, pues la admisión de un nivel más bajo de dolo implica un indefectible acercamiento, en cuanto a la verificación del tipo subjetivo de la evasión, a la falta de debida diligencia o bien el ámbito de lo imprudente, lo que resulta impropio de la conducta delictiva propuesta por el legislador, que importaría niveles cognoscitivos y volitivos más altos, sobre todo por la especialidad requerida en el autor, como también en la actividad en la que se despliega la acción típica.

En ese sentido, la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ha entendido que *“...aún de estar a la versión carente de*

[160] ROXIN,Claus “Dolo y error de tipo. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal en Derecho Penal, Parte General” Ed. Civitas.

credibilidad brindada por…en cuanto a que no habría leído el contenido de los documentos en trato, las particularidades descriptas por la resolución impugnada y las que se efectuaron por el presente pronunciamiento, constituyen una circunstancia que, de todas formas, evidenciaría un comportamiento que podría estimarse llevado a cabo, por lo menos, con ***dolo eventual, pues no resulta creíble que no le hubiera llamado la atención la clase de documentación y el contexto en el cual habría procedido a firmar y, por consiguiente, no se hubiera representado la posibilidad de estar interviniendo en una actividad que podría estar dirigida, entre otros aspectos, a facilitar la evasión impositiva que se investiga en los autos principales****…"*[161]

III. DELIMITACIÓN DE FRONTERAS: ENTRE LA LEGALIDAD Y EL FRAUDE FISCAL

III.1.- Elusión, evasión y la zona gris

La doctrina y parte de la jurisprudencia de nuestro país, han distinguido entre elusión y evasión, en ausencia de una definición expresa de la primera en el ordenamiento jurídico argentino. Si bien este último no ha realizado expresamente esta distinción, como mencionamos más arriba, reconoce que no se trataría de conductas emparentadas o intercambiables entre sí. La primera implica, según nuestro entendimiento, un aprovechamiento lícito de normas tributarias, en tanto la segunda supone el incumplimiento doloso de deberes fiscales, para lo cual se hace uso de medios engañosos o ardidosos. Aunque parece claro, esta distinción no siempre es nítida y la confusión entre ambos supuestos puede encontrarse en que si bien son comportamientos distintos, son realizados por el contribuyente bajo motivaciones similares. De hecho, en la mayoría de los casos, resulta insuficiente para calificar jurídicamente a las estrategias que, sin violar expresamente la ley, contrarían sus fines y provocan un perjuicio fiscal significativo.

Lo cierto es que, en la práctica, algunos casos de planificación fiscal agresiva rozan los bordes del tipo penal, dificultando la identificación del límite

[161] confr. CPE 1599/2017/29/CA5, res. del 12/07/2022, Reg. Interno N° 315/22, Sala A, CNAPE. En sentido similar, y particularmente respecto del dolo mínimo requerido -eventual- para los partícipes en el hecho del autor, conforme. Causa N° 62.816, res. del 17/09/2012, Reg. Interno N° 531/2012, Sala B, CNAPE.

entre lo permitido y lo punible. Entonces, si bien la Ley Penal Tributaria exige dolo y resultados típicos, existe una "zona gris" cuando el contribuyente actúa con asesoramiento legal para implementar las estructuras jurídicas que, sin violar formalmente la ley, afectan la recaudación.

En este sentido, la doctrina y jurisprudencia han señalado que, ante la utilización abusiva de formas jurídicas (trusts, sociedades pantalla, operaciones intra-grupo), puede configurarse una hipótesis de simulación o fraude a la ley, susceptibles de reproche penal. En este contexto, el Más Alto Tribunal ha expresado que no es pasible de reproche los esfuerzos legítimos del contribuyente para limitar sus impuesto al mínimo posible, en efecto ha dicho que *"...no es reprensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal…".* [162] Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema en el mismo precedente refirió: *"...es correcta la interpretación de tales normas de manera conducente a los fines de evitar que los impuestos sean* ***eludidos****, a que ellas responden, como lo ha señalado la jurisprudencia extranjera -conf. Paul y Mertens, The Law of Federal Income Taxation, vol. 5°, pág. 853 y siguientes-..."* (la copia es cita textual, el destacado corresponde al presente).

Respecto del último extremo transcrito no puede pasarse por alto la alusión efectuada por el Tribunal Supremo respecto de la noción *"eludidos"*. En efecto de la lectura cohesiva del fallo, podemos extraer que aquel término fue acuñado de forma emparentada a una noción ilícita del comportamiento desplegado, pero ello en virtud de su uso extraido del derecho comparado (véase la cita y referencia a jurisprudencia estadounidense efectuada en el fallo) que no encuentra una recepción pacífica en nuestro ordenamiento ni en nuestra concepción del delito de evasión tributaria, que cabe mencionar, fue tipificado en el derecho interno con posterioridad al uso de la palabra "elusión" por la Corte.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en otro antecedente, respecto de la noción de elusión esgrimió *"...*[q]*ue el propósito de evitar una posible* ***elusión del tributo****, que inspira, a su vez, a la decisión apelada,* ***no puede llevar por vía interpretativa a establecer restricciones a los alcances de una exención, que no surgen de los términos de la ley ni***

[162] Industrial Comercial Argentina I.C.A., S.R.L. c/ Nación. Fallos: 241:210.1958

pueden considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no se ajusta al referido principio de legalidad o reserva*. No corresponde obviar que el debate que suscita la interpretación del precepto tributario debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas, y no sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlo en mérito a factores extraños a sus normas (confr. Fallos: 299:45). La interpretación expuesta se corresponde de manera adecuada 'con la* ***necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria"*** *(Fallos: 312:912, entre otros)...'* (la cita es copia textual del original, el destacado nos pertenece)[163]

Se puede observar, que en ese caso, quizás, la expresión resaltada de la cita transcripta se acerca más al punto que por el presente intentamos poner de resalto, en cuanto a que, elusión al menos del fragmento previo, parece emparentado con la idea de evitación desligado de la implicancia ilícita que suele otorgársele.

Asimismo, el Tribunal resalta que en algún punto no solo los contribuyentes -a quienes les pesan las cargas tributarias-, sino también quienes deben aplicar las normas -ya sea la administración fiscal, jueces administrativos u órganos jurisdiccionales- también se encuentran atados a la normativa de conformidad con el principio de legalidad, por más ineficiente o inadecuada que la perciban estos últimos para poder realizar las pretensiones fiscales o bien ya el *ius puniendi* del Estado. Esto es así a punto tal, que emana de este antecedente una clara encomienda al poder legislativo en cuanto a la sanción de leyes que prescriban de forma clara los gravámenes y beneficios fiscales para de ese modo facilitar al ciudadano, en su rol de contribuyente, ajustar su conducta a derecho.

Se observa también que en algún punto fue advertida una posible elusión de un tributo, no obstante, el establecimiento por vía interpretativa de restricciones a los alcances de una exención que no emana de la ley ni se encuentra implícita en ella, no se adecua hermenéuticamente con el principio de

[163] Multicambio S.A. s/ recurso de apelación. M. 130. XXIII. 01/06/1993 Fallos: 316:1115.

legalidad y resulta invalido. Por lo que prevaleció el aprovechamiento de la ley en los términos en los que fue prescripta y conforme el propósito del contribuyente de mediante su astucia e inteligencia buscar disminuir su carga impositiva.

III.2. El rol del legislador ante la ambigüedad normativa en materia fiscal

Cabe sobre este punto señalar que no es sino una tarea relegada del legislador la de poner fin a esta discusión mediante la sanción de normativa integral y autosuficiente tanto penal -pero particularmente en lo que hace al tema bajo examen- como tributaria. Ello de forma tal que el objetivo perseguido sea la reducción o supresión de las lagunas legales o *"loopholes"* que permiten el aprovechamiento no deseado y desaprobado por la administración fiscal.

No se puede pasar por alto que, en muchos casos, el contribuyente actúa dentro del marco normativo disponible, haciendo uso de las disposiciones legales -puestas a su alcance por el propio legislador- para organizar su actividad económica con eficiencia fiscal. Ahora bien, incluso cuando el contribuyente actúe por medio de su astucia -e incluso dejando de lado la posible connotación negativa que pueda contraer aquel adjetivo-, o por medio de su preparación, intelecto, conocimiento, pensamiento, perspicacia, inteligencia y, haciendo uso de las normas impuestas por el mismo legislador -quien ha dejado a su disposición para construir su estrategia fiscal-, de la forma que normativamente le está permitido y en pos de evitar gastos innecesarios, no escapa a la realidad, que su comportamiento sea objeto de posterior reproche.

En ese sentido, en ocasiones, ese reproche no deriva necesariamente de una conducta abusiva o contraria al espíritu o a la finalidad de la norma, sino posiblemente en la toma de conciencia posterior por parte de los organismos que tienen facultades de aplicación de aquellas normas se den cuenta de forma posterior de la falta de previsión legal o su deficiente legislación.

A la luz de lo anterior, la duda recaída sobre la labor del legislador se nos presenta por cuanto, al menos en nuestro país, asistimos desde hace años a una proliferación normativa en materia tributaria, de gran especificidad y complejidad. A ello se le adiciona que en nuestro sistema fiscal se erige sobre la

base de la colaboración activa del contribuyente con la pretensión recaudatoria del Fisco, por lo que podemos al menos considerar que en ese marco de complejidad normativa se sitúa al ciudadano en una posición de dificultad constante tanto para el desarrollo ordinario de sus actividades como del cumplimiento adecuado de sus obligaciones fiscales.

Así, en lugar de premiar la diligencia y el esfuerzo por cumplir, el sistema muchas veces castiga -incluso con sanciones graves- conductas que no encajan claramente en el marco legal, pero que tampoco responden a un accionar doloso, ya que dentro del complejo entramado que le es propuesto y en ese marco, al desplegar un verdadero trabajo de diligencia y preparación para optimizar sus opciones de cumplimiento o simplemente al realizar conductas que no hallan un encuadre claro dentro de la torpeza o imprevisión del propio Estado, ante el descubrimiento por parte de éste último -el que muchas veces se presenta de forma muy posterior- el resultado suele ser el castigo/la sanción al ciudadano obligado.

Frente a este panorama, nos preguntamos si el enfoque debiera no ser sino la búsqueda de una mejor técnica legislativa orientada a la claridad y previsibilidad, como también en ese orden, a la búsqueda de la simplificación del sistema y los procesos que rodean el sistema argentino de recaudación de tributos.

IV. Responsabilidad penal

IV.1.- El dolo en materia tributaria

El dolo constituye un elemento subjetivo esencial en los delitos tributarios. Supone el conocimiento y la voluntad de realizar una conducta típica, con conciencia del perjuicio fiscal. Sin embargo, cuando el contribuyente recurre a estructuras legales complejas, amparado en asesoramiento especializado, la prueba del dolo se vuelve especialmente difícil.

¿Puede decirse que existe dolo cuando el contribuyente se ampara en una interpretación plausible de la norma? La jurisprudencia ha resuelto que el dolo puede inferirse cuando se prueba que la estructura utilizada carece de sustancia económica y fue diseñada exclusivamente para evitar el cumplimiento

fiscal [164] . En este punto, el principio de legalidad penal impide aplicar extensivamente las normas penales a supuestos dudosos. Pero ello no implica impunidad: si se demuestra simulación, falsedad o ocultamiento doloso, la responsabilidad penal es procedente.

Cuando existen estructuras sofisticadas y participación de asesores, la prueba del dolo requiere demostrar que el contribuyente tenía pleno conocimiento del artificio y del perjuicio fiscal generado, lo cual suele demandar una investigación exhaustiva y cooperación internacional. Entonces, ¿es viable probar el dolo en estructuras fiscalmente complejas?

IV.2. El papel del Asesor tributario en la configuración del dolo

¿Qué rol deben asumir los asesores fiscales frente a estas situaciones? Si bien su función es optimizar legalmente la carga tributaria del contribuyente dentro del marco de la economía de opción, cuando su asesoramiento se convierte en un mecanismo de ocultamiento, simulación o desnaturalización de la realidad económica, pueden incurrir en responsabilidad penal como partícipes necesarios o instigadores, conforme lo prevé el artículo 45 del Código Penal en concordancia con la Ley Penal Tributaria (Ley 27.430).

La figura del asesor fiscal —ya sea contador, abogado o consultor tributario—cobra especial relevancia en este contexto. La Ley Penal Tributaria contempla expresamente su punibilidad cuando colabora dolosamente en maniobras de evasión. No se trata de criminalizar el ejercicio profesional lícito, sino de sancionar aquellas intervenciones que sobrepasan los límites éticos y jurídicos. Cuando el profesional diseña, implementa o legitima estructuras artificiosas que ocultan ingresos, simulan operaciones o desvían recursos hacia jurisdicciones opacas, su responsabilidad como partícipe, instigador o autor puede quedar configurada.

La jurisprudencia ha considerado que no basta con invocar el rol técnico del asesor si se acredita su intervención activa en la maniobra evasiva, incluso cuando no haya sido quien firmó las declaraciones juradas.

[164] Dictamen 37/1992 (DAL), Boletín DGI N° 473, Mayo 1993.

En ese sentido resulta pertinente consultar cuál ha sido la inteligencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en un caso de participación necesaria en un delito de evasión tributaria agravada de conformidad con los incs. b y c del Regimen Penal Tributario (conf. ley 27.430) por parte de un sujeto -contador- el que habría facilitado la realización del tipo al confeccionar el balance de la empresa del ejercicio anual investigado como el informe de auditoría de los estados contables. En ese caso expresó: *"...en función de las circunstancias relatadas y* ***de los alcances de las tareas que los contadores que actúen como auditores externos deben realizar en el ejercicio de la profesión****, se permite concluir que…necesariamente tuvo conocimiento que la actividad desarrollada por…S.A. no era la de comisionistas de granos, sino la de cambio de cheques por dinero en efectivo y que, no obstante, certificó los estados contables de que se trata y emitió el informe de auditoría respectivo sin efectuar salvedades, apartándose de las reglas técnicas que regulan la actuación de un auditor externo y no realizando, de aquel modo, una conducta que pueda considerarse como profesionalmente adecuada…la certificación por parte de…de aquellos estados contables y la emisión del informe de auditoría respectivo, pese al conocimiento referido por el párrafo anterior y sin señalar irregularidad alguna al respecto,* ***supone la aceptación por parte de aquél del resultado lesivo que favoreció con su aporte*** *(confr., en sentido similar, Regs. Nos. 407/05, 718/11 y 123/14, de la Sala "B" de esta Cámara)...es posible afirmar, con el grado de certeza necesario para este momento del proceso, que…****se habría representado como posible*** *la existencia de un engaño respecto de la actividad que la sociedad mencionada efectivamente realizaba, mediante la presentación de aquellos documentos contables, y que, no obstante, se habría conformado con aquello, pues, pese al conocimiento referido, habría suscripto los mismos sin señalar irregularidad alguna. Por lo tanto, en el caso,...habría actuado, cuanto menos,* ***con dolo eventual*** (la cita es copia textual, es destacado corresponde al presente)[165]

Incluso ha argumentado en cuanto a las bases de fundamentación de una intervención dolosa por parte de un asesor tributario: *"...Que, si se repara en*

[165] confr. CPE 1414/2015/22/CA7, res. del 15/10/2021, Reg. Interno N° 475/2021, Sala A, CNAPE.

la magnitud de las obligaciones tributarias de…S.R.L. presuntamente evadidas y el tiempo durante el cual se habrían desarrollado los comportamientos engañosos o ardidosos que se describieron por la resolución en examen, lo que habría incluido por parte de…[el contador]*...la confección de distintas declaraciones juradas…con datos presuntamente inexactos y la firma como 'Contador Público independiente' de los estados contables del ejercicio comercial de…S.R.L. cerrado durante el año 2014 y del informe de auditoría respectivo dando cuenta de resultados coincidentes con los exteriorizados mediante una de aquellas declaraciones juradas, esto es, la correspondiente al Impuesto a las Ganancias del período fiscal 2014, pero discordantes con las ventas '...registradas en el libro IVA Ventas…', se aprecia que la conclusión provisional del tribunal de la instancia previa sobre la intervención dolosa que…habría tenido en los hechos de evasión tributaria de los que se trata, no resulta irrazonable y se adecúa en principio a las constancias incorporadas hasta el momento a la causa. Esto así, máxime si se ponderan, no sólo los conocimientos y las experiencias que aparejaría el ejercicio de la profesión de contador por un lapso superior a los cuarenta años, sino también, en lo que hace particularmente al caso en examen, los que supone el hecho que…*[el contador]*...haya prestado servicios a…S.R.L. desde el mismo momento de la constitución de aquella sociedad y a instancias de una persona…que no figuraba como socio o administrador de aquélla…"*. Por lo que, se advierte de los fragmentos transcriptos -que resultan meramente demostrativos pero que no agotan la multiplicidad de casos, ni la abundante jurisprudencia en la materia- que aquellos dan cuenta al menos del peso que tendría no tanto el conocimiento efectivo o representación actual o propósito mismo del partícipe en la concreción del delito, sino más bien la potencialidad de conocimiento o representación del resultado jurídico- penalmente relevante en base al conocimiento técnico propio de su profesión, que lo ubica en una posición de la cual se espera cierta conducta.

Teniendo lo previo en cuenta, resultará entonces pertinente interrogarnos sobre el tipo de conducta en la que interviene el profesional, ya que pueden presentarse situaciones en las que el mismo accede a información que se ubica en un área ambigua o de "zona gris", vinculada a si se trata de una

forma legítima de planificación económica o tributaria que permite al contribuyente reducir el monto de impuestos o tributos sin incurrir en un acto ilícito.[166]

En este sentido, es relevante considerar posturas como la de Dino Jarach[167], quien distingue entre contribuyentes que, en el marco de la elusión, cometen errores razonables al interpretar la normativa fiscal y aquellos otros que, con asesoramiento profesional, intentan engañar al Fisco mediante mecanismos claramente inadecuados. Por ello, en los casos de elusión se recurre a medios jurídicamente válidos con la finalidad de reducir la carga tributaria, lo que impide su reproche penal al no estar sancionados por el ordenamiento vigente.[168]

Por su parte, la doctrina señala que la participación del asesor no puede analizarse con presunción de neutralidad técnica. La función asesora conlleva una responsabilidad especial, más aún cuando el conocimiento jurídico del profesional es decisivo en la ejecución del hecho típico (Villegas). Incluso la OCDE ha advertido que el combate a la planificación fiscal agresiva no puede limitarse al contribuyente, sino que debe involucrar a quienes estructuran y promueven esquemas abusivos.[169]

V. DERECHO COMPARADO Y ESTÁNDARES OCDE EN LA LUCHA CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

A nivel internacional, la tendencia es clara: los países han comenzado a sancionar penalmente las formas más agresivas de elusión fiscal, especialmente cuando implican estructuras transnacionales, paraísos fiscales o abuso de tratados.

En España, se ha conocido el caso del futbolista argentino Lionel Messi, el cual generó un intenso debate sobre la responsabilidad penal por estructuras diseñadas para canalizar ingresos mediante sociedades en paraísos fiscales. En 2016, fueron condenados por la utilización de sociedades offshore

---

[166] Algunas cuestiones referentes a la responsabilidad penal de los contadores en la Ley Penal Tributaria. Criterios elaborados en el fallo "Krochik"; por MARIANO MAGAZ, MAURICIO ALBAREDA; 13 de Mayo de 2021; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210095.
[167] Jarach, Dino. La elusión de impuestos. Rev. La Información. Tomo XLVIII, 1983.
[168] JARACH, Dino (2013), Finanzas Públicas y Derecho Tributario Abeledo Perrot, Buenos Aires.
[169] OCDE (2017). *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*. OECD Publishing + OCDE, "*Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*", 2020).

ubicadas en paraísos fiscales (Belice y Uruguay) para encauzar y ocultar ingresos por derechos de imagen entre 2007 y 2009. La justicia española consideró que se había producido una evasión de más de cuatro millones de euros en impuestos.

Este caso generó un intenso debate sobre la responsabilidad penal de los contribuyentes que emplean estructuras fiscales complejas, pero delegan su administración a asesores y representantes legales. Aunque Messi alegó desconocimiento y falta de intervención directa en los detalles contractuales, fue igualmente condenado, lo que reabrió la discusión sobre el dolo eventual y la imputación objetiva en el ámbito penal tributario.

Aquel fallo concluyó en un efecto ejemplificador, destacando que la notoriedad pública no exime del cumplimiento tributario y que las estructuras diseñadas para ocultar o deslocalizar ingresos, aunque legalmente constituidas, pueden resultar penalmente reprochables cuando se acredita su finalidad evasiva.

Otro ejemplo se dió en Francia, con el caso “Cahuzac” -un exministro condenado por ocultamiento fiscal- que marcó un punto de inflexión en la percepción pública sobre la evasión de elites, convirtiéndose en un escándalo político y fiscal de alto impacto. En 2013, se descubrió que Cahuzac, quien debía liderar la lucha contra la evasión tributaria, mantenía cuentas bancarias no declaradas en el extranjero, particularmente en Suiza y Singapur, a través de estructuras offshore. En 2016 fue condenado a tres años de prisión por fraude fiscal y blanqueo de capitales.

Este caso no solo puso en evidencia el doble estándar de funcionarios de alto nivel, sino que impulsó un debate nacional sobre la necesidad de mayor transparencia fiscal, cooperación internacional y sanciones ejemplares en casos de ocultamiento sofisticado de activos. Además, dió lugar a una serie de reformas en Francia, incluyendo la creación de la “fiscalía nacional financiera” y el fortalecimiento de mecanismos de control sobre cuentas en el extranjero. En términos simbólicos, el caso evidenció que la evasión fiscal no era un fenómeno marginal ni técnico, sino una cuestión profundamente política y ética.

Es importante destacar, que los estándares internacionales impulsados por la OCDE han promovido, especialmente desde el Proyecto BEPS, la incorporación de cláusulas generales antielusión (GAARs) en los ordenamientos internos de los Estados, así como mecanismos de cooperación administrativa internacional, para prevenir el abuso de estructuras fiscales complejas, regímenes preferenciales y deslocalizaciones artificiales de rentas.

Sin embargo, la propia OCDE ha advertido que el derecho penal no debe convertirse en una herramienta de uso automático o indiscriminado para presionar fiscalmente al contribuyente. Por el contrario, se aboga por una aplicación excepcional, razonada y respetuosa de las garantías fundamentales, en línea con los principios del Estado de Derecho. El castigo penal debe reservarse a los casos en los que se acredite claramente un comportamiento doloso, fraudulento y con finalidad evasiva, evitando extender la punibilidad a situaciones que, si bien pueden ser cuestionables desde el punto de vista ético o de política tributaria, no alcanzan el umbral de la antijuridicidad penal.

En este contexto, uno de los pilares del enfoque de la OCDE ha sido diferenciar entre planificación fiscal agresiva y fraude fiscal, proponiendo herramientas normativas y administrativas eficaces -como la transparencia, el intercambio automático de información y las cláusulas antiabuso- que actúen de forma preventiva sin necesidad de recurrir al sistema penal como vía ordinaria de persecución. Aquí se reconoce que la inseguridad jurídica derivada de normas imprecisas o de aplicaciones expansivas del derecho penal, puede afectar gravemente los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

Este enfoque resalta la necesidad de que los Estados actúen con prudencia, técnica legislativa depurada y criterios bien delimitados para evitar que el uso del aparato penal supla las deficiencias estructurales del sistema tributario o -como mencionamos en el punto III.II- la falta de voluntad legislativa para cerrar vacíos legales.

V. CONCLUSIÓN

La criminalización de la planificación fiscal agresiva representa un desafío complejo que no puede abordarse exclusivamente desde el derecho

penal. La intervención punitiva debe reservarse a aquellos casos en los que exista una afectación concreta del bien protegido, mediada por maniobras dolosas como simulación, ocultamiento o fraude. De lo contrario, se corre el riesgo de criminalizar conductas que, si bien pueden ser discutibles desde el punto de vista ético o político-tributario, no alcanzan el umbral de antijuridicidad penal.

La sofisticación de las estructuras utilizadas, la intervención de asesores y la existencia de zonas grises normativas obligan a una interpretación estricta de la norma penal y a una delimitación clara del dolo. El derecho penal como última ratio, no puede suplir las falencias del sistema tributario ni convertirse en una herramienta de compensación recaudatoria ante la ineficiencia normativa.

Al respecto, creemos que también debe establecerse un línea clara respecto de cuál es la función que pretende abordar el derecho penal tributario: si se orienta al restablecimiento de la norma, al castigo ejemplificador para el resto de los conciudadanos, a la rehabilitación y/o resocialización de los sujetos que transgreden las normas de comportamiento, de retribución o cualquier otra teoría de fundamentación de la pena. Lo que no resulta aceptable -como sucede actualmente-, es que se lo utilice como una especie de herramienta híbrida o incluso antojadiza, cuyo verdadero propósito responde a fines meramente recaudatorios y no a objetivos propios del derecho penal.

Por lo que definir si una conducta resulta elusiva o evasiva solo para poder definirla como presuntamente delictiva y poner así en funcionamiento el aparato de acusación e investigación penal -sin una verdadera finalidad penal en el caso concreto-pero con el objetivo de generar mayor presión sobre el contribuyente y elevar la gravedad de las consecuencias que puedan recaer en él, sólo para luego sancionar una ley con una cláusula de eximición de responsabilidad penal si aquél paga o cancela la pretensión fiscal, parece carecer verdaderamente de sentido alguno.

En este contexto, el rol del legislador adquiere una relevancia determinante. Es imperioso que la redacción de las normas tributarias sea clara, precisa y técnicamente rigurosa, evitando la proliferación de lagunas normativas o disposiciones ambiguas que habiliten interpretaciones contradictorias. La

ausencia de definiciones precisas sobre los límites entre elusión y evasión tributaria, no solo debilita la seguridad jurídica, sino que además dificulta la correcta configuración del dolo exigido para la imputación penal.

La ambigüedad presente en nuestro ordenamiento jurídico ha conducido, en no pocos casos, a aplicaciones analógicas impropias del derecho penal, con el fin de perseguir conductas que, aunque perjudiciales para la recaudación, se encuentran formalmente amparadas en la legalidad. De esta forma, se termina sancionando el aprovechamiento de vacíos legales, trasladando al contribuyente las consecuencias de una deficiente labor legislativa.

Creemos que para hacer frente a estos desafíos, es necesario fortalecer los mecanismos de fiscalización, promover mayor transparencia fiscal y, sobre todo, que el legislador coopere activamente en el cierre de estos espacios de ambigüedad. Solo así se logrará reforzar la legitimidad del sistema fiscal y preservar, al mismo tiempo, los principios estructurales del derecho penal tributario.

El objetivo no debe ser otro que construir una política criminal coherente, respetuosa de las garantías constitucionales y proporcional al bien jurídico tutelado: la recaudación fiscal como pilar del financiamiento estatal.

Cabe destacar que, en muchos casos, el contribuyente actúa dentro del marco normativo vigente, haciendo uso legítimo de las disposiciones legales disponibles para organizar su actividad económica de forma eficiente. Incluso cuando este accionar se basa en su preparación técnica o capacidad estratégica, no debería ser objeto de reproche posterior por parte de la administración tributaria. En ocasiones, dicho reproche no obedece a un comportamiento abusivo o contrario al espíritu de la norma, sino más bien a una omisión legislativa cuya carga no puede transferirse al obligado.

En definitiva, avanzar hacia un sistema tributario más claro, previsible y técnicamente sólido no sólo incrementará la eficiencia recaudatoria, sino que también contribuirá a evitar la criminalización de conductas lícitas. Esta tarea -indelegable y urgente- exige una acción legislativa comprometida con la calidad

normativa y con la protección efectiva de los derechos y garantías de los contribuyentes.

"La recomposición patrimonial en el concurso preventivo"

por Vaiser Lidia

I. Introducción.

No es esta la primera vez que me intereso por este tema, el cual he desarrollado en trabajos anteriores.[170] En este caso y buscando otros aspectos vinculados al mismo, principio por señalar que la sola expresión "recomposición patrimonial" remite instintivamente a las acciones que prescribe la Ley Concursal en materia de quiebra (Ineficacia, responsabilidad, extensión de la quiebra,) -es decir- las acciones típicamente concursales) lo cual resulta necesario revisar por las razones que siguen:

1.- La ley de Concursos y Quiebras es una unidad; un subsistema jurídico que se aplica a todos los procesos ; Concurso Preventivo, APE, y quiebra (por ahora los únicos legislados)

2.- Los presupuestos objetivos y subjetivos corresponden tanto al Concurso preventivo y su variante, el APE, como a la quiebra.

3- Los sujetos "concursables", salvo honrosas excepciones que siempre se discuten [171] , son los mismos, tanto en los procesos de reestructuración como en los liquidativos.

4.- La cesación de pagos es el único presupuesto objetivo en la ley, lo cual es objeto de crítica permanente por parte de la doctrina. Hasta podría discutirse si de verdad existe una excepción en el APE, - como comúnmente se afirma -, puesto que siempre debe existir un sujeto en "cesación de pagos" para acceder al proceso.

La cesación de pagos – insistimos – presupuesto objetivo único de todos los procesos, está definida en el art. 79 LCQ que si bien corresponde a un capitulo de la quiebra, desde tiempos inmemoriales establece los *hechos*

[170] Ver Vaiser, Lidia: "Acciones de recomposición patrimonial: algunos dilemas". ED, 14/08/03; Algo más sobre la recomposición patrimonial en el concurso; Rev. La Ley 2004-A
[171] Entidades financieras, aseguradoras y ahora la novedad :las fintech

reveladores de la cesación de pagos, único parámetro que la ley provee para acercarnos a la situación patrimonial del cesante.

5.- La finalidad de la ley concursal, en cualquiera de los procesos que acoge, es siempre la misma: proteger a la empresa y satisfacer del mejor modo posible a los acreedores existentes

Por eso cuando hablamos de recomposición patrimonial no hay ninguna razón para entender el concepto sólo aplicable a la quiebra, mas allá de la "ubicación topológica" de las normas que regulan las acciones específicamente concursales **.**

Esta postura es la que traté de sostener en un libro homenaje a los XX años del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal[172] Allí se invitó a desarrollar un tema común para todos los autores : "Los mecanismos de incremento de la masa activa."

Nótese que en Iberoamérica la noción de "masa activa" coincide con lo que nosotros llamamos "activo repartible"; de modo que la intencionalidad fue la misma, esto es, referirnos a los modos de incremento de los bienes destinados a cancelar los créditos del concursado.

II. Las acciones ordinarias en el concurso.

Según los aspectos y condiciones legales ya desgranadas, para hablar de la "recomposición patrimonial " en el Concurso Preventivo seria propicio preguntarse ante todo y como lo viene haciendo la doctrina desde antaño,por la continuación de las acciones ordinarias.

Principiemos por recordar que el CCCN castiga ciertos vicios de los actos jurídicos que justifican y dan base a las acciones de nulidad, simulación y fraude. (Titulo Primero, Titulo IV, Capitulo 6 y siguientes)

De su lado la ley concursal establece como efecto de la *apertura* del Concurso Preventivo la *suspensión* del trámite de las acciones *de contenido patrimonial* por causa o titulo anterior a la presentación del deudor. Y su

[172] Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, "Los claroscuros de las acciones de recomposición patrimonial en el Derecho argentino," pág.943

radicación en el juzgado donde tramita el concurso. Además, la norma dispone que *no podrán deducirse nuevas acciones* con fundamento en la misma causa o titulo (articulo 21 Ley de Concursos y Quiebras 24522) Sintetizando: suspensión, fuero de atracción y prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial

Ello dio pie a alguna disidencia doctrinal respecto de si en el proceso de concurso preventivo prosiguen o no las acciones ordinarias, Personalmente discrepo con los criterios rigurosos que se inclinan por la suspensión, en principio por razones axiológicas, ya que lo contrario llevaría a validar aquellos actos por los que han salido *indebidamente* bienes del patrimonio cesante. Por lo que no podría soslayarse su efecto patrimonial y la necesidad de aplicar alguna vía legal para restituir el orden jurídico y la integridad patrimonial que fuera quebrantado.-. Quedara no obstante flotando el interrogante relativo al beneficiario de su resultado; puesto que si bien pueda ser un acreedor, en definitiva beneficiara a la colectividad descontarlo del reparto, en este caso, por vía la propuesta de acuerdo.

A mayor abundamiento debe verse que la misma norma en su acápite 2[173], (art. 21 LCQ) establece que quedan excluidos de dichos efectos (la suspensión de las acciones y el fuero de atracción) los *procesos de conocimiento que se encuentren en trámite*, salvo que el actor opte por suspenderlos y presentarse a verificar el crédito. Y visto ya desde el plano procesal las acciones ordinarias tramitan como procesos de *conocimiento* por lo cual escaparían a las limitaciones que surgen del art. 21.

En suma entonces y desde mi punto de vista, las acciones ordinarias pueden continuarse aun en el caso de que el demandado se encuentre en Concurso Preventivo, a opción del pretenso acreedor. Sin embargo la tesis está lejos de ser pacífica.[174][175]

[173] Articulo 21 Ley 24522
[174] En contrario: Porcelli, Luis A. “Improcedencia de las acciones de simulación y pauliana dentro del concurso preventivo”. La Ley, 1998-B, página 1184.
[175] A favor: Rivera, Julio Cesar. “Acciones integrativas del patrimonio y concurso preventivo”. LL, 1998-D,pág. 978

Pero no solo se trataría de continuar las acciones de fraude, dicho en términos genéricos, sino también las acciones de responsabilidad por daños, contra la sociedad, sus directivos o accionistas

Una interesante reflexión al respecto sumó Miguel Rubin; compartiendo el criterio recién expuesto, especialmente señalando las acciones de responsabilidad contra directivos y accionistas, como herramientas de negociación del acuerdo. Y que las mismas podrían suspenderse una vez homologada la propuesta (esto ya me parece un poco problemático, pero se entiende muy bien la intención del autor).[176]

Más allá de este escabroso problema relacionado a la continuación de las acciones, debe decirse que si bien interpela a la doctrina en la forma que fuera vista, en la práctica ha transitado muy poco camino.

III. Las medidas cautelares en la ley concursal

Resulta necesario consignar en primer lugar que en el tramite del concurso preventivo la propia ley dispone adoptar determinadas medidas que intrínsecamente resultan de índole cautelar. Así y por ejemplo el art. 15 dispone la vigilancia del síndico sobre la administración del concursado, sobre lo cual me explayare mas adelante dada la relevancia de la cuestión

La norma es complementada por la ley 26086 que instituye una "auditoría legal y contable" y un "informe mensual sobre la evolución de la empresa"

De otro lado , en el auto de apertura del concurso preventivo se disponen ciertas otras medidas cautelares tales como la interdicción de salida del país del deudor y de sus administradores (art. 14 inc. 7º y art. 25), la inhibición general de bienes del deudor y socios ilimitadamente responsables (art. 14 inc. 8º), y la presentación de los libros para su intervención por el Tribunal. Es pertinente adicionar a este tópico lo dispuesto por el art. 16 en relación a los

[176]Vaiser, Lidia;Algo más sobre la recomposición patrimonial en el concurso; Rev. La Ley 2004-A

actos prohibidos para el concursado y aquellos sujetos a autorización judicial que constituyen una notable limitación en la administración del deudor.

Pero fuera de estas medidas, de carácter indiscutiblemente cautelar, la casuística provee otras, que pueden considerarse medidas cautelares atípicas, en muchos casos auto satisfactivas, imposibles de abarcar o enumerar. [177] Tal vez el inicio de una corriente que amerita decisiones especificas de esta índole tuitiva haya sido la suspensión de cheques de pago diferido, lo cual innegablemente y de otra manera, aseguraba el cobro de créditos pre concursales, alterando el principio de paridad de los acreedores.

La suspensión cautelar de los cheques pos datados, que pocas controversias ha despertado, ha significado una innegable protección patrimonial del deudor y un beneficio indiscutible para los acreedores honrando el principio de la *ius par conditio creditorum.*

Pero más allá de estas medidas ya consolidadas en la jurisprudencia, considerando las potestades judiciales que la propia ley acuerda al juez del proceso, podrían existir y en la práctica se ha visto, un sinfín de decisiones de claro núcleo cautelar que apuntan específicamente al control de la caja social. Así y a modo de ejemplo puede verse la significativa síntesis de Favier Dubois en "Facultades judiciales para la protección de la caja del concursado frente a acreedores pos concursales" [178] donde se menciona, desde la apertura de cuentas protegidas, hasta el fideicomiso de administración de los flujos de fondos. Interesantes y llamativas son las que el autor denomina "medidas anticautelares", *a través de las cuales, quien puede resultar pasible de una medida precautoria perjudicial o abusiva puede presentarse ante la justicia para prevenirla o para solicitar que la medida sea dispuesta en la forma que le resulte menos lesiva.*

En este último aspecto, sobresale la puja conocida entre las decisiones cautelares de los jueces penales a cargo de acciones contra

[177]Ver : Kemelmajer de Carlucci; "Cuestiones de competencia en las medidas urgentes del concurso" Rev.de Derecho Privado y comunitario, Nro..3 Ed Rubinzal
[178]https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/facultades-judiciales-para-la-proteccion-de-la-caja-de-la-empresa-concursada-frente-a-acreedores-post-concursales/

directivos y accionistas sobre los bienes sociales , lo cual confrontan al juez concursal y sus facultades .

El proceso concursal busca la satisfacción colectiva de los acreedores y la protección del patrimonio de la empresa en crisis, en tanto que los bienes del concursado constituyen una garantía común para todos los acreedores, y las medidas penales pueden afectar este principio.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia estableció la preeminencia del juez del concurso sobre el juez penal a cargo de ciertas causas seguidas contra los directivos y accionistas en materia de medidas cautelares sobre los bienes del activo concursado.

Siguiendo la opinión del Procurador General se estableció que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Federal, no existe norma ni interna ni internacional que favorezca la competencia penal en materia de recuperación de activos producto o instrumento de delitos en detrimento del derecho crediticio de terceros ajenos al proceso penal.[179]

IV. El control de la administración del concursado

Resulta tal vez redundante observar que la sociedad anónima concursada conserva el normal funcionamiento de sus órganos, sin perjuicio de lo cual la LCQ 24522 establece numerosas restricciones en su accionar. Por ello resulta interesante establecer como se ve alterado el desenvolvimiento del Directorio y como se ejerce el control sobre la administración de la concursada, en los términos que establece el art. 15 de la Ley concursal.

Se trata sin duda de un encuentro que debiera ser armónico entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal. A un mismo tiempo, a veces se impone especular sobre preguntas y respuestas que las leyes no proporcionan

[179]CSJN, 24/10/2024; Baez, Lázaro,Incidente N° 118 -Incidentista: conflicto de competencia s/ incidente.
COM 22216/2017/118/CS1

y establecer sobre la marcha, como ya se ha visto en la práctica, medidas judiciales no aludidas en el Derecho interno[180]

Son seguramente notables y numerosas las preguntas que, puestos a indagar, se desprenden de ese cruce interdisciplinario relativo al control de los negocios del concursado.

Los artículos 15 y 16 LCQ disponen que el síndico deba realizar un control sobre los negocios de la concursada. Literalmente el art. 15 establece que el concursado conserva la administración de su patrimonio *bajo la vigilancia del síndico.*

De su lado el art. 16 prescribe que el concursado *no puede realizar actos a título gratuito o que importe alterar la situación de los acreedores por causa o titulo anterior a la presentación*

Esta prohibición que trae consecuencias legales en la propia ley, (arts. 16 y 17 LCQ) merecen una tutela previa, como forma de evitar los daños que pudieran producirse (art, 1710 CCCN) y como forma de cumplimiento cabal de las disposiciones legales recién citadas

La pregunta que emanan entonces con naturalidad es cómo se ejerce ese control. Por ejemplo: debe el síndico asistir a las reuniones de Directorio? ; debe ser convocado?

Debe intervenir el sindico en la redacción de la orden del día ¿? O controlarlo ¿?

Puede introducir temas de debate ¿?

No existe ni en el estatuto societario ni en el concursal una norma expresa que autorice la actuación del sindico en la forma que se ha descripto. Se podrá decir que es necesario evitar interferencias en la gestión del órgano administrativo; pero no es menos cierto que el deber de contralor del síndico debe ejercerse de manera eficiente.

[180] Véase el cúmulo de pragmáticas medidas adoptadas en materia de “gran concurso” las decisiones adoptadas en el caso Vicentin, ampliando con profesionales idóneos el control que primariamente quedaría reservado a la actuación de la sindicatura

Por lo tanto una respuesta afirmativa a esos interrogantes hará sin duda a la eficacia del control de los negocios que es lo que la ley impone. Estimo que el síndico debe – cuanto menos – estar bien informado sobre la actividad que despliega la deudora y encontrarse al tanto de lo tratado y decidido por el órgano de administración social. Su concurrencia a las reuniones directoriales y a las asambleas resulta un deber que la ley atribuye al sindico societario (art.294 LGS) por lo cual sería incongruente eximir de tales deberes al funcionario concursal.

Si bien el síndico no se encuentra facultado para efectuar planes de negocio o planes financieros, estos aspectos empresarios cruciales deben ser observados y sin duda referidos y explicados en el Informe general del art. 39 LCQ[181]

Resulta indubitado que la labor de control se encontrará modalizada según la envergadura y las características de la actividad del concursado y la amplitud de sus actividades, por lo cual y en la nomenclatura usual, frente a un "gran concurso" se debería robustecer los medios que habitualmente se despliegan mediante sindicaturas plurales, especialmente las que ejercen el control de la administración. En tal caso sería necesario designar más de un síndico "controlador" .

No se nos escapa que un control eficaz debe realizarse en tiempo real para evitar los efectos que la ley trata de alcanzar, esto es: evitar el daño patrimonial de la deudora

El control de la administración del concursado no podría por tanto encontrarse divorciado de la actuación permanente de los directores tratando de prevenir la actuación en interés contrario o la realización de actos prohibidos en perjuicio de la sociedad. Si el sindico participa activamente en la administración del concursado se encontrará bien informado y podrá solicitar al tribunal toda medida que impida dañar el patrimonio social (art. 1710 CCCN)

Es significativa también la cuestión relativa a la distribución de dividendos y al pago de honorarios a los directores durante el concurso. A mi

[181]Ver: Prono; "El síndico y el plan de negocios" VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia; Santa Fe 2018, Tomo III, pág.479

modo de ver la situación patrimonial que motiva el proceso debe impedir esas medidas y restringir los pagos a los de la actividad corriente. Nótese que los controles implementados sobre la caja social facilita evitar conductas indebidas.

Otra cuestión de interés es la existencia de créditos contra los accionistas, y tratándose de una sociedad concursada debiera el síndico informarlos y activar los mecanismos para el cobro. Inclusive *solicitar el embargo de las acciones,* vistas las consecuencias que podría derivarse del art. 48 de LCQ en materia del llamado Cramdown.

Finalmente cabe destacar que desde la perspectiva de armonización del Derecho concursal y societario, el síndico concursal no podría encontrarse relevado ni menoscabado de las atribuciones y deberes que el art.294 LGS atribuye al síndico societario. Aunque sería una cuestión de interés analizar o discriminarlas en el campo de facultades y obligaciones que pudieran