

CONCEPTOS



Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino

Av. Corrientes 1723 – C1042AAD
– CABA.

Tel. (54-11) 5530-7600 – Fax:
(54-11) 5530-7614

Sarmiento 1565 – C1042ABC –
CABA.

Tel. (54-11) 5217-9401/02

E-mail: conceptos@umsa.edu.ar

Año 95 / Nº 508 / Abril 2020

AUTORIDADES

RECTOR EMÉRITO

Dr. Guillermo Garbarini Islas

RECTORA

**Mag. Pública M. Alejandra
Garbarini Islas**

VICERRECTOR DE POSGRADO
E INVESTIGACIÓN

Dr. Eduardo E. Sisco

SECRETARIO GENERAL

Lic. Aníbal C. Luzuriaga

FACULTAD DE ARTES

Decana Lic. Alejandra Portela

FACULTAD DE CIENCIAS

ECONÓMICAS

Decano Dr. Walter Chiquiar

FACULTAD DE CIENCIAS

HUMANAS

Decano Lic. Gustavo Maüsel

FACULTAD DE CIENCIAS

JURÍDICAS Y SOCIALES

Decano Mag. Mariano Cúneo

Libarona

FACULTAD DE LENGUAS

MODERNAS

Decana Lic. Fabiana Lassalle

SECRETARIA ACADÉMICA

Lic. Leandra Martínez Rodríguez

DIRECTOR DE PUBLICACIÓN

Dr. Ernesto R. B. Polotto

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Mag. María Fernanda

Terzibachian

Asistente de edición

Pablo Agustín Vázquez

CORRECTORA LITERARIA

Trad. Pública Sandra Ramacciotti

TRADUCTORA

Mag. Cristina De Ortúzar

EDITOR RESPONSABLE

Museo Social Argentino

SUMARIO

7 EDITORIAL - *Por Graciela Karina Torales*

ARTÍCULOS

13 El acreedor ante el concurso o quiebra de su deudor -
Por Saúl José Arbit

57 La conclusión de la quiebra por pago total realizado por un tercero: ¿no importa quién pague ni su motivación? - *Por Pilar Aspera*

65 El *e-commerce* en el marco de la contratación electrónica: implicancias en relación con el carácter de la responsabilidad de las plataformas digitales - *Por Rita Castiglioni y Nicolás A. Moffat*

109 Infracapitalización material. Reflexiones sobre su alcance - *Por Fernando Giorello*

141 Los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes en el marco del concurso preventivo. Un análisis del art. 20 de la Ley N.º 24.522 -
Por Julio Federico Passarón

183 Breves reflexiones sobre la empresa y el *barter*. A propósito del art. 1172 CCCN - *Por Ernesto R.B. Polotto*

209 *Compliance* para el sector público: virtudes privadas de aplicación pública - *Por Armando Ricci*

245 La atmósfera de derecho público de la contratación administrativa: el régimen exorbitante - *Por María José Rodríguez*

273 El arbitraje comercial en el Código Civil y Comercial de la Nación: la conflictiva regulación sobre revisión de los laudos arbitrales. Breve reseña jurisprudencial - *Por Graciela Karina Torales*

317 Parámetros de publicación

LA RESPONSABILIDAD POR EL CONTENIDO DE
LOS ARTÍCULOS ES EXCLUSIVA DE SUS
RESPECTIVOS AUTORES

EDITORIAL

Camino al andar

Con mucho orgullo, vengo a presentarles esta edición de nuestra casi centenaria *CONCEPTOS*.

Esta vez en su versión *Dossier 2020* “Derecho Comercial y Empresarial”.

Por ello, en esta oportunidad, sus páginas se componen de la experiencia, el conocimiento, el estudio y la preocupación académica y práctica de un grupo de queridas y queridos Profesores de las actuales Diplomaturas de Posgrado que la Universidad del Museo Social Argentino – *alma mater* de esta publicación – dicta en convenio con la Escuela de Posgrado del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF). La temática de estas Diplomaturas es: Contratos Comerciales y Empresariales; Derecho Concursal Profundizado y Contratos con el Estado.

Por su parte, corresponde comentar que el proyecto educativo de la Escuela de Posgrado del CPACF nació en el año 2007, y la Universidad del Museo Social Argentino se sumó con entusiasmo. El objetivo de esta propuesta formativa es brindar posgrados de alta calidad, que se encuentren al alcance de un gran número de profesionales del derecho.

Ahora bien, ¿por qué se inicia este breve editorial con la frase “camino al andar”?

Camino al andar implica evolución. Camino al andar implica compromiso. Camino al andar es la frase que vino a mi mente para sintetizar una forma de desarrollar la educación –en este caso de posgrado- con capacidad de adaptación frente a las propuestas que un mundo en constante cambio nos presenta.

No obstante, también significa la existencia de un norte. Ese norte es: la calidad educativa.

La calidad educativa es un estándar que no siempre forma parte de todas las variables que se ponen en juego en la vorágine de los escenarios actuales.

En este marco y con dicho norte, junto con el Dr. Ernesto R. B. Polotto –en calidad de Directores Académicos de las mencionadas Diplomaturas- nos dispusimos a realizar nuestro aporte sobre ciertos temas del derecho comercial y otros vinculados con el quehacer empresarial general.

A dicho aporte, se han sumado las participaciones de Saúl J. Arbit, Pilar Aspera, Rita Castiglioni y Nicolás Moffat, Fernando H. Giorello, Julio F. Passarón, Armando F. Ricci y María José Rodríguez, quienes han volcado sus preocupaciones y propuestas en las áreas en las que son expertas y expertos.

A ellos les agradezco enormemente la dedicación, la energía y el tiempo dedicados para producir los trabajos que aquí presentamos. Lo hago en nombre propio, del

equipo que hace posible esta publicación y de la Universidad del Museo Social Argentino.

No puedo dejar de mencionar el momento histórico que nos encontramos atravesando y sus efectos, que han complejizado –siendo ello lo más leve- la vida de cada persona. Por ello, el sentido agradecimiento es aún mayor.

Finalmente, mi agradecimiento se dirige a las autoridades de la Universidad, por haberme encomendado la tarea de selección y cuidado de los artículos que componen este nuevo *Dossier* de *CONCEPTOS*.

A nuestras lectoras y lectores, que son motivación del mencionado norte, les deseamos que disfruten la publicación y, sobre todo, que les sea de utilidad para la construcción de más conocimiento. ¡Muchas Gracias!

Doctora Graciela Karina Torales

ARTÍCULOS

EL ACREEDOR ANTE EL CONCURSO O QUIEBRA DE SU DEUDOR

THE CREDITOR FACING THE INSOLVENCY OF BANKRUPTCY OF THE DEBTOR

*Por Saúl José Arbit**

1.- Introducción

Cuando nos referimos al concurso preventivo o la quiebra, nos preocupamos generalmente por analizar la actividad, derechos y obligaciones del concursado o del fallido, dejando pocos comentarios para el acreedor. No se han encontrado muchos trabajos sobre el tema que, a mi criterio, merezcan mayor atención, ya que la actividad del acreedor no se reduce en la legislación concursal solamente a insinuar su crédito, sino que tiene la posibilidad de una actividad procesal importante.

Ello nos ha llevado a concebir este trabajo que pretende analizar en forma práctica toda la actividad a que tiene acceso el acreedor, alguna de carácter obligatorio a los fines de poder ingresar al pasivo concursal y otras de tipo absolutamente voluntario.

Vayamos a ello.

2.- Conocer el estado concursal del deudor¹

Lo primero que debemos conocer es la situación jurídica del deudor, para ello tenemos varias opciones. Tanto para el concurso como para la quiebra, para conocer si el deudor se encuentra concursado preventivamente o es fallido, podemos acudir, en la Capital Federal, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o bien al Registro de Juicios Universales, donde nos informarán cuál es la situación jurídica y, en caso de encontrarse concursado, nos indicarán juzgado y secretaría donde tramita. En la provincia de Buenos Aires, podemos obtener la información en la receptoría de expedientes o en el Registro de Juicios Universales de la respectiva jurisdicción.

Recordemos que la competencia recae en las situaciones previstas en el art. 3 de la Ley N.º 24.522, dependiendo del domicilio de la persona humana, de la persona jurídica, de las sociedades irregulares o de deudores domiciliados en el exterior.

La publicación de edictos es otra de las formas de conocer el estado concursal del deudor. En el caso del concurso preventivo, conforme lo dispuesto por los arts. 27 y 28 de la Ley N.º 24.522 y en la quiebra, la publicidad está ordenada en el art. 89 de la citada ley. En el caso de

¹ Cuando nos referimos al concurso, estamos utilizando un término genérico que comprende el concurso preventivo, la quiebra, el acuerdo preventivo extrajudicial, etc., que son las especies de esa terminología. (Saúl J. Arbit. D. Concursal tomo. Quorum 2007 tomo I pag.6).

la publicación de edictos, vamos a encontrar más información que en el anterior, porque los mismos contienen una serie de datos de capital importancia, juzgado y secretaría, nombre y domicilio del síndico, fecha para insinuar los créditos y, en algunos casos, aun cuando la ley no lo establece, las fechas de los informes individuales y general.

Y aquí hacemos un paréntesis. Sostuvimos supra que este trabajo pretende un análisis práctico y allí vamos. La publicación de edictos es considerada como la forma de publicidad de la apertura del concurso preventivo o de la sentencia de quiebra, es oponible *erga omnes*, es decir, respecto de todos o frente a todos. Sin embargo, no es común que se lea todos los días el Boletín Oficial o se busque en los diarios de amplia circulación del domicilio del concursado. La solución es la siguiente: si ingresamos a la página www.boletinoficial.gob.ar, segunda sección, búsqueda avanzada, palabra clave (concurso o quiebra) y denominación, nos indicará si existe una publicación, y podemos acceder a la misma en forma gratuita.

Ahora bien, ¿es necesario hacer esta investigación diariamente? La respuesta es no. La publicación de edictos es por cinco días. La primera actividad a cargo del acreedor es la insinuación de su crédito y la fecha a fijar de la misma está entre los quince y veinte días a partir de la estimación en que finalizara la publicación de edictos. En consecuencia, con ingresar en la página cada veinte días hábiles, podremos hacer valer el crédito para ingresar al pasivo concursal.

La tercera forma de conocer la situación jurídica del deudor, solamente en el caso de concurso preventivo, es la establecida en el art. 29 de la Ley N.º 24.522, y es la carta a los acreedores.

Cuando el deudor solicita la formación de su concurso preventivo, debe cumplir con una serie de requisitos formales que están previstos en el art. 11 LCQ². Entre estos está acompañar nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, montos, causas, vencimientos, etc. Es decir, que es posible que el acreedor esté denunciado como tal, y decimos que es posible porque puede existir una omisión, que no corresponde en este trabajo calificar.

El mencionado art. 29 dispone que el síndico debe enviar a cada acreedor denunciado carta certificada debiendo hacer conocer la apertura del concurso, su nombre y domicilio y horario de atención, juzgado y secretaría y la fecha hasta la cual los acreedores deberán insinuar sus créditos y demás aspectos que estime de interés. Generalmente, se señala la fecha de la sentencia de apertura del concurso, pero se omite un dato de vital importancia para presentar la insinuación que es la fecha de solicitud de formación del concurso, ya que hasta la misma se podrán calcular intereses conforme lo previsto en el art. 19 LCQ que establece que la presentación suspende el curso de los intereses.

² Ley de Concursos y Quiebras N.º 24.522

Ahora que conocemos el estado jurídico del deudor y demás datos necesarios, podemos pasar al paso siguiente.

3.- La insinuación del crédito

El cumplimiento de la carga impuesta por el art. 32 LCQ consiste en la presentación, del acreedor, ante el síndico, solicitando se aconseje la verificación del crédito. Dicho acto se denomina insinuación de crédito, tiene por objeto el reconocimiento del crédito en el pasivo concursal y debe revestir ciertas formalidades y condiciones.

La forma está expresamente establecida en el art. 32 LCQ. La petición debe hacerse por escrito expresando el monto, la causa y los privilegios. Con el escrito deberá acompañarse toda la documentación de la que pretenda valerse el acreedor y que haga al derecho invocado. El acreedor deberá acompañar dos juegos de copias de la presentación y de la documentación agregada, que quedan en poder del síndico, restituyendo este los originales de la documentación y del escrito de presentación, debidamente intervenidos, con constancia de su recepción y fecha de presentación.

La petición puede realizarse por un apoderado, abogado o no, y no requiere patrocinio letrado. Para el supuesto de ser realizada por un apoderado, este deberá acreditar las facultades de representación mediante el instrumento respectivo. El presentante deberá indicar, en la presentación, el domicilio que constituye, a todos los efectos del juicio.

Es de señalar que la presentación tendrá que ser autosuficiente y bastarse a sí misma, es decir que, de la documentación presentada, deberá surgir el monto, la causa y los privilegios que se invoquen.

En materia de títulos incausados, la sola presentación de los mismos, no cumple los requisitos del art. 32 LCQ, ya que se ha sostenido:

El solicitante de verificación en concurso, con fundamento de pagarés con firma atribuida al fallido debe declarar la causa, entendiéndose por tal las circunstancias determinantes del acto cambiario del concursado, si el portador fuese su beneficiario inmediato, o las determinantes de la adquisición del título por ese portador, de no existir tal immediatez³.

Fallo similar se dictó en materia de pedido de verificación con cheques⁴. De tal forma, la presentación de un pagaré o un cheque, sin acreditar la causa que dio origen a su libramiento será insuficiente para lograr la verificación del crédito. Deberá acreditarse a qué operación corresponde la creación del título incausado, acompañando, por ejemplo, la factura por la venta de mercadería y la acreditación de la entrega con el correspondiente remito si el presentante es el primer tomador, o los motivos por los cuales el tercero tenedor, legitimado por una serie ininterrumpida de endosos, acredite las circunstancias de la adquisición del título.

³ CNCom. en pleno 26/12/79. "Translínea S.A. c. Electrodinie S.A." L.L. 1980-A-332.

⁴ CNCom. en pleno. 19/6/80. "Difry S.R.L." L.L. 1980-C.78.

En el caso de créditos fundados en sentencia dictada en juicio de conocimiento, será suficiente con acompañar copia certificada de la sentencia, con constancia de que la misma se encuentra firme. El plazo para la presentación se encuentra fijado en la sentencia de apertura (art. 14 inc. 3 LCQ). La Ley N.º 24.522 impuso una innovación en cuanto a la insinuación de créditos, al establecer que el acreedor debe abonar al síndico, al momento de presentar su solicitud, la suma equivalente al diez por ciento del salario mínimo, vital y móvil al momento de la presentación. Dicho monto deberá ser afectado a los gastos que demande el procedimiento de verificación y confección de los informes, debiendo el síndico rendir cuentas oportunamente. Si existiere remanente, el saldo será aplicado a cuenta de los honorarios a regularse. El citado monto no tributa el impuesto al valor agregado.

Se encuentran exentos de abonar el arancel establecido en el art. 32 LCQ los acreedores que insinúen créditos menores a la suma de tres salarios mínimos vitales y móviles y los créditos fundados en causa laboral. Respecto de estos últimos, la exención no beneficia a los créditos por honorarios regulados en juicio laboral, los que deberán tributar el arancel.

El art. 32 dispone que el arancel se sumará al crédito que presente el acreedor. No es uniforme el carácter que se le asigna al importe del arancel. Algunos lo suman al crédito ya sea quirografario o privilegiado de forma tal que el arancel sigue la suerte del crédito, otros le otorgan el carácter de gastos del concurso y lo incluyen con los

previstos en el art. 240 LCQ con los gastos de conservación y de justicia.

La Ley N.º 25589 incorporó el art. 32 bis que regula el pedido de verificación por los fiduciarios y otros sujetos legitimados estableciendo:

La verificación de los créditos puede ser solicitada por el fiduciario designado en emisiones de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos emitidos en serie; y por aquel a quien se haya investido de la legitimación o de poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores. La extensión de atribuciones del fiduciario, del legitimado o del representante se juzgará conforme a los contratos o documentos en función de los cuales haya sido investido de la calidad de fiduciario, legitimado o representante. No se exigirá ratificación ni presentación de otros poderes.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula la figura contractual del fideicomiso, de la cual surge que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante. El objetivo de la incorporación del art. 32 bis por la Ley N.º 25.589 ha sido otorgar personería al agente fiduciario o a quien se ha investido, según el contrato, con legitimación para poder representar y solicitar la verificación del crédito.

3.1.- Naturaleza jurídica

El art. 32 LCQ en su segundo párrafo dispone: “El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia”. Al cumplir el acreedor con la carga impuesta por el art. 32, es decir formular al síndico el pedido de verificación de su crédito, está promoviendo una demanda, con todos los efectos que la misma produce.⁵ La norma expresamente contempla la circunstancia que el pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial.

3.2.-Consecuencias de la falta de presentación tempestiva

El incumplimiento con la carga impuesta por el art. 32 LCQ por el acreedor implica, en primer lugar, que no se produzcan los efectos contemplados en la norma, es decir, la interrupción de la prescripción e impedir la caducidad del derecho y de la instancia.

⁵ Hemos observado que los acreedores se presentan ante el síndico a los fines de insinuar su crédito titulando el escrito en forma incorrecta, ya que solicitan verificación del crédito. En primer lugar es necesario señalar que el síndico no verifica los créditos. Dicha función está reservada al juez en el art. 36 y, en el mejor de los casos, la petición podría denominarse “se aconseje verificación”. Sin embargo, por los efectos que produce la solicitud, entendemos que la denominación correcta de la insinuación es “promueve demanda de verificación”.

Además, impide que su crédito sea considerado en el informe individual del síndico y en la sentencia verificatoria y en definitiva la falta de inclusión del crédito en el pasivo concursal y la posibilidad de que el acreedor emita su conformidad con la propuesta de acuerdo.

El acreedor que no ha insinuado su crédito en forma tempestiva ante la sindicatura no puede participar en el proceso concursal, salvo si promueve incidente de verificación, pero no se computa su crédito para el cálculo de las conformidades. Si bien su derecho no se pierde, está sujeto al término de prescripción del art. 56 LCQ que es de dos años desde la fecha de solicitud del concurso preventivo. Esta prescripción no se aplica en el caso de quiebra.

Esto nos lleva a sostener que la insinuación del crédito en las formas y plazos del art. 32 LCQ es un derecho del acreedor, pero además es una obligación, ya que la falta de dicho acto concursal, además de impedirle participar en el pasivo concursal e intervenir en la aprobación o no de la propuesta de acuerdo, le impedirá ser considerado en oportunidad de percibir el dividendo concursal, salvo que dentro del término de dos años de la fecha de solicitud de formación del concurso promueva incidente de verificación, que, de resultarle favorable, participará en el cobro del dividendo. Es de señalar que pacíficamente la jurisprudencia condena en costas al acreedor tardío por haber causado un dispendio jurisdiccional que, pudiendo haber insinuado su crédito en tiempo y forma, no lo ha hecho.

4.- La impugnación u observación de créditos

El art. 34 LCQ abre una nueva etapa en el procedimiento concursal. Dentro del plazo de diez días siguientes al plazo fijado para solicitar la verificación de los créditos, sin necesidad de notificación alguna, el deudor y los acreedores, que hubiesen insinuado sus créditos ante el síndico, podrán concurrir al domicilio de este a los fines de revisar cada una de las insinuaciones presentadas. Este es un derecho que la ley le confiere al concursado y solamente a los acreedores que hayan insinuado su crédito en forma tempestiva, con excepción de los trabajadores de la concursada que no tienen el carácter de acreedores, como veremos infra.

Los legitimados, es decir el concursado y los acreedores señalados, podrán formular impugnaciones y observaciones respecto de las solicitudes. La presentación deberá ser efectuada por escrito, acompañando dos copias, que deberán estar firmadas por el presentante. El síndico deberá entregar constancia que acredite la recepción, indicando día y hora, la que generalmente se otorga en una copia de la presentación. Una de las copias deberá ser glosada al legajo del acreedor, cuyo crédito ha sido observado o impugnado.

A los fines de dar transparencia al procedimiento, ya que el mismo se verifica en el domicilio del síndico, y es este quien recibe las observaciones o impugnaciones, deberá acompañar al juzgado, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas de vencido el plazo de diez días, un juego de las impugnaciones recibidas a los fines de su incorporación al legajo previsto por el art. 279 LCQ.

Aquí la ley le otorga al acreedor un importante papel y lo faculta para impugnar u observar los créditos insinuados. La experiencia nos señala que son muy pocos los acreedores que las formulan, y las mismas pueden consistir en señalar la inexistencia de la deuda o la exageración de la misma, así como también la falta de capacidad económica del acreedor impugnado y cuanto más considere a los fines de lograr que dicho crédito sea declarado inadmisibile en forma total o parcial.

Asimismo, la ley faculta a los trabajadores de la concursada que no tuvieran el carácter de acreedores para revisar los legajos y ser informados por el síndico acerca de los créditos insinuados.

4.1.- La insinuación y la impugnación u observación en la quiebra

En la quiebra directa, la insinuación del crédito, como las observaciones o impugnaciones, se formulan de la misma forma que en el concurso preventivo. En la quiebra indirecta, que es consecuencia del fracaso de un concurso por las causas establecidas en la ley, los acreedores que hayan insinuado su crédito no deben volver a hacerlo en la quiebra.

5.- Informe individual del síndico

Vencido el plazo para la observación e impugnación de los créditos, se abre una nueva etapa en el proceso concursal. El art. 35 LCQ establece que el síndico debe redactar un informe sobre cada solicitud de verificación

en particular. A esos efectos, deberá tener presente la insinuación de cada crédito, las impugnaciones u observaciones presentadas y las tareas de investigación, como ser las compulsas necesarias en los libros y documentos del deudor como del acreedor. Su objetivo es determinar, en esta etapa, el pasivo del concursado, y para ello deberá realizar todas las investigaciones necesarias, mediante la utilización de los poderes inquisitoriales que le otorga la ley. El informe debe ser presentado hasta la fecha establecida, junto con una copia para ser glosada al legajo prescripto por el art. 279 LCQ y con un juego de los legajos presentados por los acreedores en oportunidad de insinuar el crédito. En esta etapa, el acreedor sólo tiene la posibilidad de conocer el informe individual sin poder formular objeciones u observaciones.

6.- Sentencia verificatoria

Dentro de los diez días de presentado el informe individual sobre los créditos, el juez debe resolver la procedencia de los mismos en la resolución denominada sentencia verificatoria. La misma es consecuencia de las etapas del proceso concursal que las precedieron y que comienzan con la solicitud de verificación (art. 32 LCQ), la observación o impugnación (art. 34 LCQ), la etapa inquisitiva e informativa a cargo de la sindicatura (art. 35 LCQ) y, finalmente, la decisión judicial sobre la procedencia y el alcance de las solicitudes presentadas por los acreedores (art. 36 LCQ). Como se advierte en el proceso de verificación, se encuentra resguardado el derecho de defensa.

Es necesario señalar que es el juez quien decide sobre la verificación de los créditos, sin que la opinión de la sindicatura en el informe individual sea vinculante, es decir, puede apartarse de la misma, ya sea parcial o totalmente o bien aceptarla.

En cuanto a los efectos de la sentencia verificatoria, podemos señalar que, respecto de los acreedores, se decide la inclusión o no de los mismos en el pasivo concursal y, con respecto al concursado, resultará definitiva a los fines del cómputo en la evaluación de las mayorías y bases del acuerdo. Es decir que aquellos acreedores que han sido reconocidos como tales en la sentencia verificatoria son los que participarán oportunamente en la decisión referida a la aprobación o no de la propuesta. Los que no hayan sido incluidos en el pasivo concursal, en la sentencia referida, no participan en dicha decisión.

Finalmente, el art. 37 LCQ, en su primera parte, prevé un importante efecto al establecer que la resolución que declara verificado un crédito y, en su caso, el privilegio, produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo. Idénticos efectos se establecen para aquellos créditos que han sido observados, pero admitidos por el juez, y no hayan sido objeto de revisión en la forma y los plazos que veremos infra.

7.- Clasificación de los créditos

Los créditos de la sentencia verificatoria se clasifican en: verificados, admisibles, inadmisibles.

7.1.- Crédito verificado

Es aquel que no ha sido materia de objeciones ya sea de los acreedores, el concursado o el síndico, y el juez decreta la procedencia del mismo. Este crédito no puede ser objeto del recurso de revisión.

7.2.- Crédito admisible

Cuando un crédito ha sido impugnado u observado, ya sea por algún acreedor o el concursado, u objetada su admisión por el síndico, y el juez resuelve la procedencia del mismo, se trata de un crédito admisible. Frente al mismo caso, el juez hace lugar parcialmente a la objeción, admitiendo el crédito por un monto inferior, se trata también de un crédito admisible.

También será un crédito admisible cuando no haya sido motivo de objeción por los acreedores, el concursado o el síndico, y el juez resuelve su admisión en el pasivo concursal, pero por un monto menor al insinuado o por un privilegio distinto al invocado o sin privilegio.

En consecuencia, el crédito admisible es aquel que, habiendo sido objetado por los legitimados para ello, es admitido por el juez en la sentencia verificatoria, rechazando la objeción o haciendo lugar a la misma

parcialmente. También cuando no existiendo objeciones, el juez admite el crédito por un monto menor al insinuado o rechazando el privilegio pretendido.

7.3.- Crédito inadmisibile

El crédito que ha sido total o parcialmente desestimado por el juez se denomina inadmisibile. La inadmisibilidat puede derivar de la aceptación por el juez de las impugnaciones u observaciones formuladas por el concursado o los acreedores o de las objeciones de la sindicatura en el informe individual y, en el caso de no existir las mismas, de la decisión del juez. La inadmisibilidat también puede referirse al privilegio invocado por el acreedor.

Es de señalar que el rechazo del crédito puede ser total o parcial, en cuyo caso el admitido revestirá el carácter admisible. La circunstancia puede resultar de una disminución de los intereses, por deficiente cálculo de los mismos, en cuyo caso el crédito será admisible por el capital y los intereses que correspondan e inadmisibile por los intereses rechazados. La inadmisibilidat también puede referirse al privilegio invocado por el acreedor. En ese caso, el crédito será admisible con un privilegio de grado menor o quirografario.

8.- Recursos – Trámite

Cuando se trata de créditos que han sido calificados como verificados y, en su caso, el privilegio, la resolución produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo. De tal forma, no existe la posibilidad de revisar la sentencia verificatoria, con excepción de la alegación de la existencia de dolo, en acción que deberá deducir el afectado dentro de los noventa días de la fecha en que se dictó la resolución del art. 36 y que tramitará por vía ordinaria ante el juez del concurso. El plazo de noventa días es un plazo de caducidad, de forma tal que puede ser declarada de oficio por el juez.

Vimos arriba que, cuando el juez no estima procedente la verificación de un crédito o cuando el mismo ha sido objeto de observaciones, debe decidir declarando la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo. Esa declaración, contenida en la sentencia verificatoria prevista por el art. 36 LCQ, participa de la intervención de los interesados y las tareas de investigación que debe efectuar la sindicatura. Sin embargo, la brevedad de los plazos y la urgencia para determinar el pasivo concursal y quienes podrán en definitiva emitir su conformidad con la propuesta de acuerdo, reducido todo ello a la expresión “el limitado ámbito cognoscitivo del proceso de verificación” que impide la producción de medidas probatorias indispensables para acreditar los extremos invocados por el acreedor insinuante del crédito o por quien observó o impugnó el mismo, llevan a la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa. En

virtud de ello, la ley reconoce la posibilidad de promover el recurso de revisión previsto en el art. 37 LCQ.

Y es aquí donde el acreedor tiene asegurada su intervención, ya que, de haberse considerado inadmisibile su crédito o resultando admisible una insinuación por él observada o impugnada, tiene la posibilidad de promover el denominado recurso de revisión, el que no se limita a la fundamentación de quien se siente agraviado por las sentencia, sino que origina un juicio de conocimiento, en el cual deberá ofrecerse toda la prueba de que intenten valerse las partes para acreditar los derechos invocados. El mismo tramitará conforme el trámite de los incidentes regulado en los arts. 280 y siguientes LCQ.

La forma de interposición de la revisión es por escrito, explicando las causas que hacen a la petición, con expresión de los hechos en que se funde y el derecho aplicable. Deberá ofrecerse la prueba y agregarse la documental. De la petición deberá correrse traslado por el plazo de diez días, ya sea al revisionado o al concursado y al síndico, quienes deberán contestar la misma y ofrecer la prueba.

El plazo para la deducción del recurso es de veinte días siguientes a la fecha de la resolución prevista en el art. 36, es decir la sentencia verifcatoria. La redacción del art. 37, en cuanto al inicio del plazo de veinte días, no ha sido muy feliz y ha dado a una serie de interpretaciones tales como que el plazo comienza a partir de la

notificación *ministerio legis* de la sentencia verificatoria o bien desde que la misma debió dictarse o desde que se dictó. La cuestión fue resuelta en el fallo plenario de la CNCom. del 28 de febrero de 2006 en la causa “*Rafiki S.A. su quiebra incidente de revisión por Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Activa Ltda.*”, en el que se fijó como doctrina legal y para cada una de las distintas situaciones que pueden plantearse:

a) El inicio del plazo previsto en el art. 37 segundo párrafo de la Ley N.º 24.522, no se encuentra subordinado a la notificación de la resolución del art. 36 de esa ley, cuando esa resolución se dictó al décimo día – o al término del plazo diferente que expresamente haya sido aplicado en la causa- de presentado el informe individual, o al décimo día de la fecha en que previsiblemente y según lo indicado en el auto de apertura del concurso preventivo o en la sentencia de quiebra o en alguna decisión judicial expresa modificatoria de la fecha inicial, ese informe debía ser presentado. b) Si la citada resolución hubiese sido dictada con anterioridad al tiempo en que previsiblemente debió ser producida, el plazo para interponer la revisión se contará desde ese previsible momento. c) El inicio del plazo previsto por el art. 37 segundo párrafo de la Ley N.º 24.522, se encuentra subordinado a la notificación por ministerio de la ley de la resolución del art. 36 de esa ley, cuando dicha resolución fue dictada con posterioridad al momento en que previsiblemente hubo de ser emitida.

Recordemos que la sentencia verificatoria debe ser dictada dentro del plazo de diez días de presentado el informe individual. En algunos casos y en atención a la cantidad de acreedores denunciados por el deudor, el juez puede fijar un plazo distinto en la sentencia de apertura o de quiebra, ampliando el plazo de diez días. La primera parte del plenario citado se refiere a dicha circunstancia estableciendo como doctrina que, si han cumplido los plazos legales (art. 36) o el establecido previamente por el juez, el plazo de veinte días para promover la revisión debe contarse a partir de la fecha de la sentencia verificatoria, sin encontrarse subordinada a notificación alguna. El segundo caso es una situación similar a la anterior, pero la sentencia verificatoria se dicta antes del término de diez días de presentado el informe individual o antes del plazo fijado en la sentencia de apertura o de quiebra. El plazo comienza a contarse desde que vencieron los diez días o el plazo señalado por el juez, sin necesidad de notificación. Como podrá observarse, cuando se han cumplido los plazos previstos, ya sea en la ley o por el juez, los veinte días comienzan a contarse desde el previsible momento en que debió dictarse la sentencia verificatoria.

El último caso se trata de la situación en la cual la sentencia verificatoria es dictada luego de vencido el plazo de diez días fijado en el art. 36 LCQ o del fijado por el juez, en cuyo caso el plazo de veinte días para promover la revisión comienza a contarse desde la notificación por ministerio de la ley de la sentencia verificatoria.

Sustanciado el incidente de revisión, el juez debe dictar sentencia. La misma es apelable, ya que se trata de un incidente que tramita por las normas de los arts. 280 y sgtes. LCQ encontrándose prevista la apelación de la resolución que pone fin al incidente en el art. 285.

9.- El informe general

Aproximadamente en la fecha en la cual vence la promoción del recurso de revisión, el síndico debe presentar el informe general. Recordemos que dicha presentación tiene una fecha fijada expresamente en la sentencia de apertura. La norma que establece este informe se encuentra en el art.39 de la LCQ.

En dicho informe, el síndico debe analizar las causas del desequilibrio económico del concursado; presentar un estado patrimonial (activo y pasivo) con la estimación de los probables valores de plaza; la enumeración de los libros de contabilidad; las inscripciones del deudor en los registros correspondientes; la expresión de la época en la cual se produjo la cesación de pagos; el informe si los socios, en la sociedades, han efectuado regularmente sus aportes; la enumeración de los actos que considere pueden ser revocados; la opinión fundada sobre el agrupamiento y clasificación de los acreedores y si el deudor resulta pasible del trámite prevenido en el art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia.

9.1.- *Observaciones al informe*

El artículo siguiente confiere otro derecho al acreedor que hubiera insinuado su crédito. (también al deudor). Dentro del plazo de diez días de presentado el informe, puede tanto el deudor como el acreedor que hubieran solicitado verificación presentar observaciones al informe. Las mismas se agregan sin substanciación.

Dichas observaciones pueden versar sobre cualesquiera de los temas que integran el informe general. Podemos citar, como ejemplo, el valor asignado a los activos; la omisión de informar sobre la existencia de activos; la omisión de informar la posibilidad de promover acciones de recomposición patrimonial; el análisis de los libros; entre otros. Con respecto a las observaciones a la fecha de cesación de pagos, la misma será analizada infra al tratar la recomposición patrimonial.

Las mismas deben ir acompañadas de la mayor cantidad de pruebas posibles a los fines de acreditar la veracidad de la observación.

En el procedimiento del concurso preventivo, dichas observaciones no se substancian y sirven para que los demás acreedores tomen conocimiento del estado de la concursada para evaluar si prestan o no conformidad con la propuesta de acuerdo.

Para el supuesto de decretarse la quiebra indirecta, por cualesquiera de las causas previstas en la ley, el informe general y las observaciones deberán ser tenidos en

cuenta a los fines de fijar la fecha de iniciación de la cesación de pagos; la promoción de acciones de recomposición patrimonial, de responsabilidad o de extensión de la quiebra.

10.- División del procedimiento

Hasta el vencimiento del plazo para observar el informe general, el procedimiento en el concurso preventivo como en la quiebra, en cuanto a la actividad del acreedor, es similar, con pequeñas variantes que hemos desarrollado. A partir de ahora, analizaremos la actuación en el concurso preventivo y luego en la quiebra.

11.- Periodo de exclusividad y la conformidad con la propuesta

En oportunidad de dictarse la sentencia de apertura, se señala una fecha en la cual el concursado debe acompañar las conformidades de los acreedores con la propuesta de acuerdo preventivo. Dicha propuesta debe ser hecha pública con una anticipación no menor a veinte días hábiles judiciales del vencimiento del plazo señalado. El periodo que transcurre entre la resolución del juez que fija las categorías y el vencimiento del plazo para acompañar las conformidades se denomina periodo de exclusividad y es establecido dentro de los noventa días o dentro del mayor término que fije el juez contados a partir de la fecha en que queda firme la sentencia que establece las categorías.

El concursado, para obtener la aprobación del acuerdo preventivo, debe lograr una doble mayoría representada por los dos tercios del capital computable en cada categoría y otorgada por la mayoría absoluta de acreedores en cada categoría. Es de señalar que el juez podrá evaluar si la propuesta es abusiva o en fraude de la ley, en cuyo caso no la homologará o bien solicitará al concursado que la mejore.

En este periodo, son varias las situaciones en las cuales el acreedor puede intervenir y que vamos a enunciar seguidamente.

11.1.- Observación de la categorización

La Ley N.º 24.522 ha traído una importante innovación al establecer que el deudor pueda agrupar y clasificar a sus acreedores en distintas categorías y ofrecer una propuesta diferenciada a cada una de ellas. En definitiva, ello representa la igualdad de los iguales.

Y aquí vemos que el acreedor puede impugnar dicha clasificación cuando la misma no tiene en cuenta los montos verificados, la naturaleza de las prestaciones o cualquier otro elemento que no determine su agrupamiento. Por ejemplo, el acreedor integra una categoría con acreedores financieros y es un proveedor o tiene un crédito por servicios, locación de obra o daños. Puede ocurrir que el monto de su crédito no incida con la negativa a aceptar la propuesta y no sea necesario.

La impugnación no está prevista expresamente en la ley, pero, a mi criterio, no existe impedimento para formularla ya que *“ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*⁶ El plazo para ello es de cinco días,⁷ el síndico deberá emitir opinión fundada respecto del agrupamiento en oportunidad del informe general, y el juez resolverá al dictar la resolución de categorización. Recordemos que el concursado debe presentar la clasificación y agrupamiento a los diez días de dictada la sentencia verificatoria prevista en el art.36 LCQ.

11.2.- Aceptación de la propuesta

De admitir el acreedor la viabilidad de la aceptación de la propuesta, debe otorgar la misma. Si, por el contrario, entiende que no corresponde aceptarla, no debe realizar ningún acto, ya que la omisión en otorgar la conformidad es un voto negativo.

La aceptación debe realizarse por escrito, con la firma del acreedor o de su representante certificada por escribano. Y aquí debemos tener las siguientes precauciones:

a.- Que el escrito donde se presta conformidad lleve transcripta íntegra y literalmente la propuesta de acuerdo preventivo. Por ello, debemos confrontar la misma con el escrito del concursado cuando hace pública la propuesta.

⁶ Donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos hacerlo.

⁷ Art. 273 inc. 1 Ley N.º 24.522

b.- Que el escribano referencie correctamente, en la certificación, la personería del firmante de la aceptación de la propuesta.

12.- Impugnación de acuerdo

Presentadas las conformidades y reunidas las mayorías requeridas por la ley, el juez dicta la resolución haciendo saber la existencia de acuerdo.

Nace aquí un nuevo plazo de cinco días, notificada la resolución por ministerio de la ley, para que los acreedores con derecho a voto y quienes hubieren deducido incidente, por no haberse presentado en término o no haber sido admitidos sus créditos, puedan impugnar el acuerdo.

Las causales se encuentran enumeradas en forma taxativa en el art. 50 LCQ toda vez que el mismo establece que las mismas solamente pueden fundarse en error en el cómputo de las mayorías; falta de representación de acreedores; exageración fraudulenta del pasivo; ocultación o exageración fraudulenta del activo e inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo. De conformidad con dicho texto, no existen dudas de que la enumeración no admite otras causales que las expresamente previstas en la ley.

Error en el cómputo de las mayorías: el error no consiste solamente en realizar en forma incorrecta los cálculos para determinar si el deudor acompañó conformidades suficientes para lograr la doble mayoría, sino en la

circunstancia de haberse contabilizado conformidades de acreedores que se encuentran excluidos del cómputo, como ser los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad.

Falta de representación de acreedores: está referida al control de legalidad de las conformidades, las que pueden haber sido otorgadas por quien carecía de poderes para ello o cuando la certificación de las firmas omite indicar de dónde surgen las facultades que se invocan para representar.

Exageración fraudulenta del pasivo: el deudor, con el objeto de lograr las mayorías necesarias, incluye, en el pasivo concursal, falsos acreedores a los fines de lograr la aprobación de la propuesta de acuerdo. Dicha exageración debe ser dolosa y en connivencia con el supuesto acreedor, es decir, debe existir *concilium fraudis* con el objeto de perjudicar a terceros.

Ocultación o exageración fraudulenta del activo: en este caso el deudor lleva al engaño a sus acreedores con el objeto de viciar su voluntad al momento de prestar o no la conformidad. Con la ocultación del activo, se logra influir en la decisión de los acreedores quienes, ante la supuesta inexistencia de activos suficientes, prefieren aceptar un acuerdo, cualesquiera sean sus condiciones, ante el temor de no percibir dividendo alguno en caso de quiebra. La exageración del activo también lleva a error a los acreedores, quienes suponen que el deudor podrá cumplir con la propuesta atento la existencia de activo suficiente para ello.

Inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo: en oportunidad de la legislación concursal que preveía la celebración de la junta de acreedores, esta causal sólo podía ser invocada por quienes no habían concurrido a la misma. Habiéndose eliminado la junta de acreedores, la legislación positiva prevé la invocación de la causal por los acreedores que no hubieren presentado conformidad a las propuestas del deudor, de los acreedores o de terceros. La causal está relacionada con lo dispuesto en el art. 45 LCQ en cuanto a las formas del escrito en el cual los acreedores prestan conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo.

Una vez tramitada la impugnación, el juez debe resolver la misma. Si la estima procedente, en dicha resolución, debe declarar la quiebra, salvo si se trata de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas o sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, en cuyo caso, deberá aplicar el procedimiento de salvataje previsto en el art. 48 LCQ. Rechazada la impugnación, el juez debe proceder a la homologación del acuerdo. En el primer caso, la resolución es apelable para el concursado y, en el segundo, para el acreedor que dedujo la impugnación. El recurso debe concederse con efecto devolutivo.

En algunos casos especiales, como ser la falta de referencia respecto de la personería en la certificación de la firma en la conformidad, el juez puede otorgar al concursado un plazo adicional para que subsane la omisión.

13.- Homologación del acuerdo

No habiéndose deducido impugnaciones dentro de los cinco días de quedar notificada la resolución que hace saber la existencia de acuerdo preventivo o las deducidas han sido rechazadas, el juez debe dictar la resolución homologatoria del acuerdo.

El art. 52 LCQ vigente es consecuencia de la modificación introducida por la Ley N.º 25.589, al texto original de la Ley N.º 24.522, que ha ratificado y reafirmado las facultades homologatorias del juez, mediante una valoración de la propuesta ofrecida por el concursado y aprobada por sus acreedores. Además, la reforma del art. 52 posibilita la homologación e imposición del acuerdo, aun cuando no se hayan reunido las mayorías legales en cada una de las categorías, siempre que se den determinadas condiciones expresamente previstas en la norma, tema que excede este trabajo.

La homologación tiene por objeto elevar, a la autoridad de cosa juzgada, la propuesta del deudor aceptada por las mayorías de acreedores previstas en la ley. No es suficiente con la aceptación de la propuesta, por la doble mayoría legal, sino que se requiere una decisión del juez denominada homologación judicial.

14.- Nulidad del acuerdo

En primer lugar, debe señalarse que el acuerdo homologado sólo puede ser anulado por dolo o fraude. Los otros vicios de que pudiera adolecer han quedado subsanados con la sentencia homologatoria, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Además, es necesario que el dolo o fraude haya consistido en las causales que expresamente establece el art. 60 LCQ y que las mismas no hayan sido conocidas antes del vencimiento del plazo para deducir la impugnación del acuerdo prevista en el art. 50 LCQ, ya que de ser así la instancia se encuentra preclusa para deducir nulidad alguna.

Para que prospere la nulidad del acuerdo, por las causales mencionadas, las mismas deben haber sido provocadas por el deudor o con la complicidad de otras personas, pero el si el hecho fraudulento parte de un tercero con desconocimiento del concursado, el acuerdo homologado produce todos sus efectos. Se descarta, asimismo, la culpa del deudor, como causal de nulidad.

El art. 60 LCQ dispone: “El acuerdo homologado puede ser declarado nulo, a pedido de cualquier acreedor comprendido en él (...)”. La legitimación prevista en la norma transcripta debe relacionarse con lo dispuesto en el art. 56. En consecuencia, podrán solicitar la nulidad del acuerdo homologado los acreedores comprendidos en el acuerdo cuyos créditos se hayan originado en causa anterior a la solicitud de formación del concurso preventivo, hayan participado del procedimiento o no.

Es de señalar que, consistiendo la causal en el fraude provocado por el deudor a los fines de viciar la voluntad de los acreedores y con el objeto de obtener de estos la conformidad con la propuesta de acuerdo, es irrelevante si el deudor prestó o no su conformidad.

En atención a las graves consecuencias y repercusión social que trae aparejada la sentencia de quiebra derivada de la declaración judicial de nulidad del acuerdo homologado, la ley dispuso un término relativamente breve para promover la misma, evitando de esa forma un estado de incertidumbre temporalmente extenso. La acción debe promoverse dentro del término de seis meses, contados a partir del auto que dispone la homologación del acuerdo. En el Decreto-Ley N.º 19.551 el plazo era de un año.

En la impugnación del acuerdo, prevista en el art. 50 LCQ, las causales se encuentran tipificadas objetivamente. En la acción de nulidad del acuerdo homologado, sólo puede fundarse en el dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituirlos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo.

Cuando el deudor, a sabiendas, omita en el balance o en el estado, que debe presentar al solicitar la formación de su concurso preventivo, denunciar la existencia de mercaderías, cuentas a cobrar, títulos-acciones, inmuebles, rodados, está constituyendo una ocultación dolosa de su activo.

La exageración del pasivo se produce cuando se denuncian deudas inexistentes o se exageran las reales, logrando de esa forma conformar un pasivo "amigo" que preste conformidad con la propuesta de acuerdo, a los fines de lograr las mayorías legales.

La otra causal de nulidad es el reconocimiento de privilegios a acreedores quirografarios o la constitución de privilegios en forma ilícita, es decir, otorgar preferencias con posterioridad a la fecha en que se produce la cesación de pagos.

La causal que se invoque para deducir la nulidad del acuerdo debe haber sido conocida con posterioridad al vencimiento del plazo fijado en la ley para impugnar el acuerdo, es decir, luego de los cinco días de quedar notificada *ministerio legis* la resolución que hace saber la existencia de acuerdo preventivo. Si ha sido conocido antes, se presume que se ha consentido el vicio, ya que en ese caso debió deducirse la impugnación del acuerdo conforme lo dispone el art. 50 LCQ.

Deducida la nulidad del acuerdo, la misma debe tramitar por la vía de los incidentes prevista en el art. 280 LCQ y por ante el mismo juez que intervino en el concurso. Son parte en el mismo el acreedor que deduzca la nulidad y el concursado. Toda vez que, con la homologación del acuerdo y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico, este no será parte en el

incidente, salvo que se trate de un pequeño concurso.⁸ En esta etapa del proceso, intervienen los controladores, a quien entendemos corresponde correr vista a los fines que se expidan y dictaminen sobre la petición de nulidad del acreedor.

Tramitado el incidente de nulidad del acuerdo, el juez debe dictar sentencia, rechazando la petición de nulidad o haciendo lugar a la misma. En ese caso, deberá declarar la quiebra del deudor. Rechazada la nulidad o admitida la misma, la resolución es apelable, en el primer caso, por el acreedor y, en el segundo, por el concursado, ahora fallido, sin perjuicio del inmediato cumplimiento de las medidas de los arts. 177 a 199 LCQ referidos a las medidas de incautación, conservación y administración de los bienes. El plazo para interponer la apelación es de cinco días.

15.- Incumplimiento del acuerdo

Homologado el acuerdo, comienzan a correr los plazos previstos en el mismo, para que el deudor proceda a dar cumplimiento con lo acordado con sus acreedores, ya sea proceder al pago de las cuotas comprometidas o limitar sus actos de disposición o proceder a la reorganización de la empresa, otorgar las garantías prometidas, etc. La vigilancia del cumplimiento del

⁸ El pequeño concurso procede cuando se dan cualesquiera de estas condiciones: a) que el pasivo denunciado no alcance al equivalente a trescientos salarios mínimos vitales y móviles; b) que el proceso no presente más de veinte acreedores quirografarios; c) que el deudor no posea más de veinte trabajadores en relación de dependencia.

acuerdo la efectúan los controladores y, en los pequeños concursos, el síndico, en virtud de lo dispuesto por el art. 289 LCQ.

El art. 63 LCQ dispone: "Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo (...)".

De ello surge que es el acreedor quien tiene el derecho de solicitar la quiebra por incumplimiento del acuerdo, además de los controladores del acuerdo.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 63 LCQ, los legitimados para solicitar la quiebra por incumplimiento del acuerdo son a) los acreedores interesados; b) los controladores; c) el concursado.

Por acreedor interesado debemos entender aquellos que en el concurso tienen un derecho subjetivo. Quedan evidentemente excluidos los acreedores privilegiados, quienes una vez homologado el acuerdo recobran el ejercicio de sus acciones individuales.

El deudor, se encuentra asimismo legitimado toda vez que el art. 63 LCQ dispone: "La quiebra debe declararse también, sin necesidad de petición, cuando el deudor manifieste en el juicio su imposibilidad de cumplir el acuerdo en lo futuro".

La petición debe ser formulada ante el mismo juez que intervino en el concurso preventivo y tramita en el expediente principal, sin necesidad de promover incidente.

Denunciado el incumplimiento por el acreedor, el juez debe correr vista al deudor y a los controladores y, en su caso, al síndico por el plazo de cinco días. El deudor deberá acreditar, mediante la documentación que obre en su poder, que ha dado cumplimiento con lo pactado en la propuesta y que no se encuentra en mora o bien dar cumplimiento en esa oportunidad con la prestación vencida. Si se trata de la omisión en el pago de una de las cuotas del acuerdo, será suficiente con acreditar haber depositado el importe respectivo, con más los intereses derivados de la mora.

Además, la petición es individual y beneficia sólo al acreedor que la ha formulado. Si la cuota del acuerdo homologado no ha sido integrada a ningún acreedor, el pedido formulado por uno de ellos sólo beneficia a este, debiendo el deudor acreditar el cumplimiento o cumplir respecto de este acreedor, con independencia de los otros y hasta tanto estos reclamen el cumplimiento.

La otra situación es cuando el propio deudor manifiesta la imposibilidad de cumplir con el acuerdo en lo futuro, en cuyo caso el juez debe decretar la quiebra, sin sustanciación.

16.- Otras intervenciones del acreedor

A las intervenciones del acreedor en el concurso preventivo, podemos señalar la posibilidad de denunciar hechos o acciones que puedan provocar una disminución del activo tales como vender a precio vil, enajenar bienes no registrables. También podrá denunciar la realización de actos a título gratuito que puedan alterar la situación de los acreedores y, asimismo, actos que aumenten el pasivo sin necesidad.

De dichas denuncias, se correrá vista al síndico y, en caso de concurso homologado, a los controladores de acuerdo.

Es necesario señalar finalmente que el acreedor, en el concurso preventivo, tiene facultades de intervención, como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, que no son taxativas y que cualquier acto que pueda llevar a perjuicios económicos puede señalarse a los fines de su investigación e incluso llevar a la aplicación de lo establecido en el art. 17 LCQ que prevé la separación del concursado de la administración.

17.- Volvamos a la quiebra

En el punto 10, habíamos dejado el procedimiento en la quiebra hasta la impugnación del informe general. Ahora vamos a proseguir con las posibilidades de intervención que tiene el acreedor a partir del mismo.

18.- Desapoderamiento

En el informe general, el síndico indicará la constitución del activo a los fines de proceder oportunamente a su liquidación. El acreedor podrá denunciar bienes que no han sido considerados por la sindicatura, tales como inmuebles o rodados o acciones, inversiones, etc., ya sea en el país o en el exterior.

El síndico deberá proceder a investigar la existencia de los bienes denunciados y la propiedad por el fallido de los mismos, para proceder de conformidad con lo establecido en el art. 107 LCQ que establece que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de declaración de quiebra.

Oportunamente, deberá procederse a la liquidación de dichos activos con el objeto de distribuir el producido entre los acreedores, como se analiza infra.

19.- La recomposición patrimonial

La cesación de pagos es un estado de impotencia patrimonial para cumplir obligaciones vencidas. El síndico debe expresar, en el informe general, la época en que se produjo la cesación de pagos, fundando su dictamen. El art.117 LCQ dispone que, dentro de los treinta días posteriores a la presentación del informe general, los interesados pueden observar la fecha propuesta por el síndico. Recordemos que las demás observaciones al informe general deben efectuarse dentro de los diez días.

De dichas observaciones, se corre traslado al síndico; y el juez resuelve, pudiendo ordenar previamente la producción de pruebas. La resolución que fija la fecha de cesación de pagos es apelable por el fallido y quienes hayan intervenido en la articulación.

Como podrá advertirse, esta es otra oportunidad en la cual los acreedores tienen intervención.

La importancia de establecer esa fecha radica en la circunstancia de que, a los fines de la promoción de las acciones de recomposición patrimonial, la misma no podrá retrotraerse más allá de los dos años de la sentencia de quiebra o de la presentación en concurso. El periodo que transcurre entre la fecha inicial de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra se denomina periodo de sospecha, y la ley declara, como actos ineficaces respecto de los acreedores, los actos a título gratuito, pago anticipado de deudas y la constitución de hipoteca o prenda respecto de obligación no vencida y que no tenía esa garantía (art.118 LCQ).

Los demás actos perjudiciales a los acreedores, otorgados en el periodo de sospecha, pueden ser declarados ineficaces si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Veamos: una persona humana o jurídica enajena simuladamente un inmueble en el periodo de sospecha, y una de las principales pruebas que tenemos es que el que simula ser adquirente carecía de capacidad económica para afrontar la compra. Otro, el padre dentro del periodo de sospecha le vende su inmueble a un hijo y se queda como usufructuario.

La acción es ejercida por el síndico, previa autorización de la mayoría simple de capital quirografario y declarado admisible.

Requerido el síndico para que inicie la acción y pasados treinta días no lo hace, el acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción. El acreedor que promueva la acción no puede pedir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas. En el caso de los créditos laborales, creemos que no podemos requerir el pago de costas o afianzamiento de las que se puedan imponer; pero, para poner un límite a las aventuras judiciales, correspondería condenar en costas al acreedor laboral en estos casos cuando la demanda carecía de los mínimos elementos de convicción para prosperar, conforme resolución fundada.

Finalmente, y en este aspecto, la legislación concursal se refiere a la acción ordinaria regulada en los arts. 961 y 972 de la maravillosa obra de Vélez Sarsfield, hoy arts.338 y 340 del CCyC la que sólo puede ser iniciada o continuada por los acreedores después de haber sido intimado el síndico para que la inicie o prosiga.

El plazo para el ejercicio de las acciones analizadas supra es de tres años. Conforme el art. 124 LCQ, el mismo es un plazo de caducidad. Es decir que puede ser invocada por el fallido o el tercero que adquirió los bienes o ser decretada por el juez de oficio.

Como hemos visto, el acreedor puede observar la fecha estimada por el síndico de la cesación de pagos; apelar la resolución que la fija, solicitar se intime al síndico para que promueva las acciones de recomposición patrimonial y promoverlas él mismo.

20.- Extensión de la quiebra

La extensión de la quiebra se encuentra regulada en los arts. 160 y sgtes. LCQ, estableciéndose que la quiebra se extiende a toda persona que, bajo la apariencia de la fallida, ha efectuado actos en interés personal y a toda persona controlante de la sociedad fallida cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada. Uno de los elementos fundamentales es la prueba de confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de los activos y pasivos.

La legitimación para promover la acción surge de lo establecido en el art. 163 LCQ donde se faculta al síndico o a cualquier acreedor.

El plazo de prescripción es de seis meses, pero es necesario efectuar una clara distinción entre la quiebra directa o indirecta, ya que el comienzo del plazo varia en cada uno de estos casos.

Cuando se trata de quiebra directa, el plazo de seis meses comienza a correr desde que se presentó el informe general del síndico.

En el caso de quiebra indirecta y cuando hubiese fracasado la obtención de conformidades, el plazo de seis meses comienza el día del vencimiento del periodo de exclusividad.

En el caso del salvataje, cuando no se hubieran aportado las conformidades, el plazo comienza desde el vencimiento para presentar las mismas.

En el supuesto de no homologación, incumplimiento o nulidad de un acuerdo preventivo, el plazo de seis meses comienza a partir del día en que quedó firme la sentencia respectiva.

Llegamos a esta conclusión en base a que teniendo en cuenta que la Ley N.º 24.522 ha eliminado la junta de acreedores y ha reemplazado el voto de los acreedores en dicha junta por la expresión de una conformidad formal, con la declaración expresa de la aceptación de la propuesta, en los términos del art. 45 LCQ, es evidente que la expresión del art. 163 LCQ en su inciso 1 no ha sido feliz cuando señala “en el caso de haberse producido votación negativa del acuerdo preventivo (...)” Y sostenemos ello en virtud de no existir una votación y menos aún negativa. Sólo se presentan las conformidades que aceptan el acuerdo, ya que la ley no menciona “conformidades negativas”.

En consecuencia, la expresión “en el caso de haberse producido votación negativa del acuerdo preventivo (...)” debe leerse en caso de no haberse obtenido las conformidades con el acuerdo preventivo propuesto, coincidiendo con el requisito del art. 46 LCQ.

Sobre la base del análisis formulado, la interpretación del art. 163 inc. 1 LCQ que leemos: “En caso de haberse producido votación negativa del acuerdo preventivo (interpretamos: no haberse obtenido las conformidades) hasta seis meses después del vencimiento del periodo de exclusividad previsto en el art. 43 o del vencimiento del plazo previsto en el art. 48 inc. 4 según sea el caso”.

Y porque entonces esta distinción entre el primer párrafo del art. 163 (en cualquier tiempo después de la declaración de quiebra y hasta los seis meses posteriores a la fecha en que se presentó el informe general del síndico) y el inciso 1 del mismo artículo (hasta seis meses después del vencimiento del periodo de exclusividad). Lógico: el primer párrafo del art. 163 (informe general) se aplica para la quiebra directa; y el inciso 1 (vencimiento del término de exclusividad) se aplica para la quiebra indirecta, es decir, el concurso que devino en quiebra por las causales de los arts. 46;47;48; 51;54;61;63.

21.- Acción de responsabilidad

Tanto los representantes de la sociedad fallida como los terceros que participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo deben reintegrar los bienes que tengan en su poder e indemnizar los daños causados, arts. 173 y 174 LCQ.

La legitimación se confiere al síndico bajo el régimen de autorización del art. 119 que vimos supra. Sin embargo, por remisión que hace el art.176 a los arts.119 y 120, los acreedores también tienen la acción en idénticos términos a los analizados.

La responsabilidad se extiende a todos los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos. La acción prescribe a los dos años a contar desde la fecha de la sentencia de quiebra.

22.- Liquidación y distribución

Una vez realizado el activo, el síndico debe presentar un informe final donde deberá rendir cuentas de las operaciones efectuadas, que ha sido el resultado de la realización de bienes; enumeración de los bienes que no se han podido enajenar o créditos que no se hayan podido cobrar.

Asimismo, en dicho acto deberá presentar un proyecto de distribución de fondos con arreglo a la verificación y graduación de los créditos.

Dicho informe se hace conocer mediante edictos que se publican por dos días en el Boletín Oficial. Si el juez lo considera conveniente, y conforme el haber de la causa lo permite, puede ordenar la publicación en otro diario. Cuando el número de acreedores o la economía de gastos así lo aconseje, la publicación edictal puede ser sustituida por notificación personal o por cédula.

A partir de la última publicación o de la notificación por cédula, comienza un plazo de diez días para que el fallido y los acreedores formulen observaciones, las que deben referirse a omisiones, errores o falsedades del informe, en cualquiera de sus puntos.

Resueltas las observaciones se procede a hacer efectivo el dividendo concursal.

23.- Conclusión

Del análisis que antecede, se advierte que el acreedor en el concurso o quiebra tiene una importante intervención, que la práctica nos ha señalado que muy pocas veces la ejerce. Este trabajo ha tenido por objeto esclarecer brevemente su preponderancia en el ejercicio profesional y, de forma práctica, señalar los derechos del acreedor, en el concurso preventivo o en la quiebra, a los fines de lograr en lo posible percibir su crédito.

Esperemos haber cumplido con nuestro objetivo.

** Profesor Titular de Grado de Derecho Comercial III
(Concursos y Quiebras) - UMSA, Profesor Adjunto de Grado
de Derecho Civil IV (Derechos Reales e Intelectuales) - UMSA
ex Profesor Adjunto de Derecho Civil IV – UBA
Correo electrónico: arbit.1148@umsa.edu.ar*

LA CONCLUSIÓN DE LA QUIEBRA POR PAGO TOTAL REALIZADO POR UN TERCERO: ¿NO IMPORTA QUIÉN PAGUE NI SU MOTIVACIÓN?

*Por Pilar Aspera**

Introducción

Bien sabemos que, frente a la quiebra decretada, el objetivo principal o el fin que se persigue será liquidar los bienes para, con su producido, pagar a los acreedores verificados.

Sin embargo, en una gran cantidad de casos, la conclusión de la quiebra no supone la liquidación de bienes.

Las distintas formas de conclusión del procedimiento falencial están previstas a lo largo del plexo normativo de la Ley N.º 24.522, y son las siguientes:

- a) Avenimiento (art. 225)
- b) Pago total por liquidación de bienes (art. 228)
- c) Carta de pago (art. 229, primer párrafo)
- d) Falta de acreedores (art. 229, segundo párrafo)
- e) Conversión de la quiebra en concurso preventivo (art. 90)
- f) Recurso de reposición contra el auto de quiebra (arts. 94 y 100)

- g) Liquidación de bienes sin pago total, luego de 2 años de la clausura (arts. 230 y 231)
- h) Falta de activo o inexistencia de bienes, luego de 2 años de la clausura (art. 232).

La clausura del procedimiento es una alternativa procesal, pero no importa su conclusión, sino que se mantienen los efectos de la quiebra, solo que hay – por el momento – inexistencia de bienes que justifiquen seguir con la liquidación. En cambio, la conclusión extingue los efectos personales y patrimoniales y desaparece el estado de falencia.

Para llegar a la conclusión de la quiebra, la doctrina y jurisprudencia, teniendo en miras el control de legalidad (orden público) y que se respete el pago íntegro a los acreedores, fueron flexibilizándose y permitiendo que se adopten formas mixtas o simultáneas de las señaladas anteriormente, para concluir el procedimiento falencial, aun sin liquidar bienes.

Lo deseable es que el pasivo sea cubierto por cualquier medio, admitiéndose que esto comprende también la posibilidad de que un tercero pague por el deudor y se subrogue en los derechos, en tanto y en cuanto el tercero no pretenda cobrar su acreencia, renunciando al derecho de repetir.

Para ello, el tercero debe cubrir el pago del monto total de los créditos que integran el pasivo, los intereses suspendidos hasta el efectivo pago y los gastos del juicio.

En definitiva, en palabras del Dr. Conil Paz, “se trata de la satisfacción de los derechos incumplidos por parte del deudor”, lo que justifica admitir la conclusión por este medio (Conil Paz; 1996: 82)

El caso que motiva este comentario

Ahora bien, esto que pareciera ser “justo” para los acreedores e incluso el fallido ¿puede en algunos casos llegar a no serlo?

En un precedente recientemente acaecido, caratulado: “Textil Marcos S.R.L. s/Quiebra”, Expte. Nro. 12.981/2009, en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 24, Secretaría Nro. 48, se presentó la poco frecuente situación que dos terceros, con motivaciones distintas, realizaron depósitos tendientes a la conclusión de la quiebra por pago total, en los términos del art. 228 LCQ.

Las circunstancias fácticas del proceso nos invitan a pensar sobre una cuestión, a mi juicio no menor, esto es si es indiferente quién es ese tercero y su motivación de pagar, la totalidad del pasivo y los gastos del proceso, por lo que la quiebra concluiría por pago total (no liquidativo).

Las circunstancias especiales del caso en análisis fueron las siguientes: en la quiebra de Textil Marcos S.R.L. se presentó por un lado, un tercero –al que identifiqué como tercero 1- ofreciendo pagar por subrogación el monto de un crédito que la quiebra tenía verificado en otro

proceso concursal ("Atach, Sara Mónica s/Quiebra, Expte Nro. 43.514/2007, en trámite por ante el Juzgado de Comercio Nro. 19, Secretaria Nro. 38), no denunciado en aquella, hasta el importe necesario para que concluyera la quiebra de la sociedad por pago total. Ese tercero realizó los depósitos para el pago no en la quiebra de la sociedad fallida (Textil Marcos), sino en la quiebra donde esta tenía verificado el crédito, o sea, en la quiebra de la Sra. Atach.

Tal como fuera adelantado, dicho crédito no se encontraba denunciado por la fallida Textil Marcos entre su activo y, por consiguiente, tanto la sindicatura de acreedores como el Tribunal desconocían su existencia hasta la presentación del tercero 1, que ofrecía el pago por subrogación para lograr con ello la conclusión de la quiebra de la Sra. Atach.

Es más, el único activo que la sociedad poseía había desaparecido (una máquina textil importante), habiendo ello motivado tiempo antes la denuncia en sede penal por quiebra fraudulenta, condenándose penalmente por tal delito al gerente de la fallida, condena que se encontraba firme.

Tras ello, se presentó en la quiebra la esposa del socio gerente de la fallida, al que identificaremos como tercero 2, realizando el depósito del importe total de la liquidación practicada por la sindicatura respecto de los créditos actualizados y gastos del proceso, integrando posteriormente un saldo restante el propio gerente.

La motivación de dichos pagos fue la de lograr la conclusión de la quiebra, a lo que, en el caso, cabe agregar la posibilidad de gozar de un eventual remanente que arroje la percepción de la totalidad del crédito que la sociedad fallida tenía verificado en la quiebra de la Sra. Atach, porque, concluida la quiebra de Textil Marcos, se podría exigir luego una suma mayor a la abonada para dar conformidad al levantamiento de aquella quiebra.

O sea, ambos presentantes pagaron el monto total del pasivo actualizado de la quiebra de Textil Marcos y los gastos, aunque empujados por diversas motivaciones, que llevaría a la conclusión de la quiebra por pago total realizado por un tercero en los términos del art. 228 LCQ.

Ello nos lleva a pensar, y a cuestionarnos, si es o no indiferente quién es ese tercero que paga y las motivaciones que lo llevan a hacerlo.

En el caso del tercero 1, no es menor tener presente que mediaron las siguientes circunstancias: a) el ocultamiento del activo consistente en el crédito verificado a favor de Textil Marcos en la quiebra de Atach (art. 50 LCQ); b) que el gerente de la sociedad fallida fue condenado por quiebra fraudulenta en sede penal.

La decisión del Tribunal

El tribunal hizo lugar a la conclusión de la quiebra por pago total respecto del depósito realizado por el gerente de la fallida y su esposa, aplicando los principios del derecho común según los cuales, admitido que el pago pueda ser realizado por el fallido, también los terceros gozan de esa facultad (art. 881 CCCN), teniendo en consideración solo su suficiencia para concluir la quiebra, y que los depósitos se habían realizado en ese proceso.

La valoración de ambos pagos y las posibles soluciones del caso

El pago por subrogación realizado por un tercero para concluir una quiebra en los términos del art. 288 LCQ es procedente en el caso, tal como lo juzgó el Tribunal.

No obstante, a mi entender, en el caso militan circunstancias excepcionales como las descriptas, que, sin perjuicio de hacer procedente el objetivo de la conclusión de la quiebra, hacen que deban tenerse en cuenta no sólo el cumplimiento objetivo de la normativa vigente, sino también un análisis integral de las cuestiones habidas durante todo el proceso, para lograr el fin deseado por todos, esto es la conclusión de la quiebra, de una manera equitativa para las partes involucradas, y principalmente los acreedores; lo que no es más que aplicar la justicia en el caso concreto.

No parece “justo” que al gerente de la sociedad fallida, condenado penalmente por quiebra fraudulenta y que con su accionar dejó durante años a los acreedores sin activo del que satisfacer sus créditos, le sea permitido presentarse junto con su cónyuge en calidad de terceros para concluir la quiebra de la sociedad por pago total y así beneficiarse indirectamente, cobrando luego a través de la sociedad la diferencia que en más pueda obtener de la conformidad para el levantamiento de otra quiebra donde la sociedad fallida tenía el crédito verificado, que había sido deliberadamente ocultado del activo en el proceso falencial.

En rigor de verdad, ese crédito verificado en la quiebra de la Sra. Atach pertenece al activo de la sociedad fallida Textil Marcos, siendo ella en todo caso quien debería percibirlo en su totalidad para proceder a la distribución de los fondos entre sus acreedores y el pago de los gastos del proceso, siguiendo las reglas procedimentales correspondientes, conforme el texto de la Ley N.º 24.522.

Respecto del eventual remanente, la solución podría venir de la propia ley, que castiga el ocultamiento del activo con la no posibilidad de homologación de un acuerdo preventivo, lo que trasladado al caso en análisis se debería concretar como la negativa a que la fallida percibiera para sí dicho remanente.

De forma convergente con dicha solución, dirigida en este caso al gerente, socio mayoritario, es la sanción civil derivada de la condena penal contra él recibida, que

genera la pérdida del derecho por aplicación analógica de las normas sancionatorias previstas en ley anterior (N.º 19.551 arts. 244 a 247), que impedían que el que cometió fraude tuviera algún beneficio de la quiebra.

De tal modo, los fondos así generados podrían tener como destino el previsto para la hipótesis de caducidad del dividendo (art. 224, como destino del Patrimonio Estatal para el Fomento de la Educación Común), o bien como un resarcimiento de daños y perjuicios a los pacientes acreedores de la quiebra.

Referencias bibliográficas

Conil Paz, Augusto. 1996. *Conclusión de la quiebra*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma.

**Abogada - Universidad Católica Argentina (UCA)*
Docente (Convenio UMSA – CPACF)
Correo electrónico: pilaraspera@yahoo.com.ar

**EL E-COMMERCE EN EL MARCO DE LA
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: IMPLICANCIAS
EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER DE LA
RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS
DIGITALES**

*E-COMMERCE IN THE CONTEXT OF ELECTRONIC
CONTRACTS: INTERMEDIARY LIABILITY ON
ELECTRONIC PLATFORMS*

Rita Castiglioni y Nicolás A. Moffat***

Resumen

El objetivo del presente trabajo es examinar el fenómeno del comercio electrónico como nueva modalidad comercial y sus implicancias respecto de la responsabilidad de las plataformas de *e-commerce*.

Para ello, después de realizar una breve conceptualización de la figura, estudiaremos su regulación desde una perspectiva transnacional y nacional.

Finalmente, el abordaje del objeto en estudio se realizará a partir del análisis de algunos precedentes jurisprudenciales que pueden aplicarse para resolver el problema crucial de la responsabilidad de los intermediarios que operan en Internet.

Palabras clave: comercio electrónico, contrato electrónico, Internet, plataformas digitales, responsabilidad civil.

Abstract

The purpose of this paper is to examine the phenomenon of e-commerce as a new model for conducting business, and its impact on the liability of e-commerce platforms. To this end, after a brief conceptualization of the figure, we will study its regulation from a local and foreign perspective. Finally, we will approach the subject through the analysis of some leading cases that can be used to address the key issue of Internet intermediary liability.

Key words: e-commerce, e-contract, Internet, e-commerce platforms, liability.

I. Introducción

La confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos y de las redes de comunicaciones -abiertas y cerradas- produjo la posibilidad de interconexión global, en tiempo real, y el acceso a toda clase de información por parte de un universo indiscriminado de personas.

El advenimiento de la Tecnología de la Información y la Comunicación (*Information and Communication Technology*), y particularmente de Internet, comportó una verdadera revolución, incluso en las relaciones

interpersonales, e implicó el nacimiento de una sociedad digital caracterizada por el continuo y rápido flujo de información y conocimientos a través de la red.

Las repercusiones sociales, económicas, culturales o axiológicas de esta realidad están aún en vías de desarrollo, y resulta difícil prever el estadio en que se situará la humanidad ante estos cambios, pero no hay duda de que este mundo virtual e impersonal ha dado el nacimiento de una etapa denominada: "civilización de la información", "sociedad de la información", "era digital", "ciberspacio" o "cibernación" (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

El derecho, como factor central de regulación de las conductas, se vio obviamente conmovido por esta nueva realidad, cuyas implicancias recaen sobre sus más diversos ámbitos.

En efecto, no existe espacio jurídico que no haya debido abocarse a problemas o interrogantes originados por la sociedad de la información: cuestiones relacionadas con el trabajo virtual¹; la posibilidad de manipulación y venta de datos sensibles; las nuevas fronteras de los

¹ El trabajo virtual es una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial e implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa.

derechos de propiedad intelectual e industrial; los problemas de conflictos de leyes²; los nuevos delitos penales vinculados al robo de información, como el *hacking* y *sniffing*, y a las estafas virtuales³; el llamado gobierno electrónico (*e-government*)⁴ y, obviamente, la contratación electrónica son temas que cruzan las construcciones legales formuladas para una realidad "analógica" y de contactos en persona y que obligan a los diversos actores -involucrados, gobiernos nacionales y comunitarios, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, asociaciones profesionales, jueces y juristas- a proponer soluciones y herramientas para

² Por ejemplo, la legislación aplicable, tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos.

³ Se trata de técnicas a través de las cuales se puede "escuchar" todo lo que circula por una red mediante aplicaciones que actúan sobre todos los sistemas que componen el tráfico de la misma, así como la interacción con otros usuarios y ordenadores. Capturan, interpretan y almacenan los paquetes de datos que viajan por la red, para su posterior análisis (contraseñas, mensajes de correo electrónico, datos bancarios, etc.). Un *sniffer* es un programa informático que registra la información y la actividad realizada en una computadora o en una red. Y dado que gran cantidad de tráfico confidencial viaja en claro, sin ningún tipo de cifrado, por las redes de la mayoría de las empresas, ese es el entorno ideal para un *sniffer*, que puede acceder de forma transparente a esa información, y permitir que alguien abuse de su conocimiento, por lo cual, cada vez es más importante que la información viaje cifrada.

⁴ El *e-government* puede definirse como el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en los órganos de la Administración Pública, para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y la eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y de la activa participación de los ciudadanos.

superar las barreras que implican las regulaciones delineadas en los siglos XIX y XX para otra realidad social, cultural, económica y jurídica (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

II. El contrato electrónico

El derecho de la contratación no puede ser ajeno a la problemática que plantea la regulación del contrato celebrado por medios electrónicos.

Muchas son las cuestiones tratadas: el concepto mismo de contrato electrónico, los principios que rigen esta modalidad de contratación, los elementos objetivos y subjetivos intervinientes, la representación electrónica, el momento y lugar de perfección del contrato, el cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales, entre otros (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

Si se define el contrato electrónico como el acuerdo de voluntades perfeccionado a través de medios electrónicos, podemos observar que la noción misma de contrato no se modifica, sino que es el medio el que es sustancialmente diferente, pues carece de corporeidad y, por ello, acarrea riesgos a las partes que la ley debe distribuir.

El contrato electrónico se rige por los principios generales de los contratos y las obligaciones de la legislación aplicable, pues no implica un nuevo concepto jurídico.

No obstante, esta no derogación de las normas generales de la contratación no implica que el derecho no deba buscar soluciones diferentes, justamente en virtud del contexto electrónico en que se desarrolla el contrato (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

La doctrina inicialmente colocó a los contratos electrónicos en la dogmática del objeto del contrato, definiéndolos como aquellos que tienen por objeto la transferencia de un bien o servicio informático (compra de un *hardware*; instalación o *service* de un *software* etc.); es decir, como una especial categoría contractual sólo en razón de su objeto (Cenicola, 2006).

Sin embargo, posteriormente, esta categoría fue ampliada a todos los contratos, y no sólo a aquellos que tienen un objeto relacionado con la informática. Obviamente con exclusión de los contratos que deban celebrarse por instrumento público y, por supuesto, los actos relativos al derecho de familia, como el matrimonio, que además no son contratos.

De todos modos, algunos autores aplicando una mayor precisión terminológica especifican:

- contrato informático es aquel que tiene por objeto bienes o servicios informáticos;
- contrato digital es aquel celebrado por medio electrónico, pero con cuya conclusión se utilizó una firma digital;

- contrato electrónico es aquel que se celebra por medios electrónicos.

Por otra parte, en función de la fase de cumplimiento, los contratos electrónicos se pueden clasificar en:

- Directos: cuando el cumplimiento se realiza en la misma red, sin necesidad de que la entrega del bien o servicio se lleve a cabo fuera del ámbito de la comunicación.
- Indirectos: cuando la prestación se realiza mediante los medios tradicionales de cumplimiento (ejemplo: entrega del bien en el domicilio del consumidor).

Además, desde el punto de vista subjetivo, los contratos electrónicos pueden clasificarse en:

- **B2B**: contratos concluidos entre profesionales; relaciones comerciales entre dos empresas (contratos entre una empresa y un proveedor; un distribuidor, etc.)
- **B2C**: contratos concluidos entre una empresa y un consumidor
- **C2C**: contratos concluidos entre dos consumidores
- **B2G**: contratos entre una empresa y la Administración Pública
- **C2G**: contratos entre un consumidor y la Administración Pública

Distinción, esta, cuya relevancia está en la normativa aplicable según el tipo que se trate, pues, por ejemplo, si es un contrato B2C será aplicable la normativa de Defensa del Consumidor y la contenida en los arts. 1105 a 1116 CCyC (contratos de consumo), mientras que, si se trata de contratos B2B y C2C, serán aplicables las normas sobre contratos en general o, en su caso, aquellas sobre contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 984 a 989 CCyC) (Cenicola, 2006).

Finalmente, los contratos electrónicos pueden concluirse mediante redes cerradas o abiertas. Mientras que los primeros le traen al derecho menos problemas, pues están precedidos por un acuerdo de intercambio de datos, en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones, la contratación en redes abiertas, por el contrario, presenta numerosos aspectos a resolver. Entre los principales: asegurar la identidad de las partes autoras de los mensajes (que los generadores de los mensajes no hayan sido suplantados); la integridad del mensaje (que no se haya producido la alteración, provocada o accidental, del mensaje transmitido); la emisión y recepción del mensaje (el no repudio) y la interceptación del mensaje por persona no autorizada (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

III. El comercio electrónico

III.1. Aspectos generales

Puede observarse cómo el acuerdo de voluntades sobre intereses económicos, instrumento del intercambio de bienes y servicios, se vehiculiza a través de las redes en forma creciente.

En efecto, las personas pueden comunicarse electrónicamente con el fin de trabar o cultivar amistades, de buscar información en alguna de las múltiples bases de datos existentes en la red, de informarse en los periódicos digitales o de comerciar, por ello, el contrato electrónico se encuadra en el fenómeno del comercio electrónico.

Tal como hemos mencionado anteriormente, el advenimiento de la Tecnología de la Información y la Comunicación (*Information and Communication Technology*) implicó el nacimiento de una sociedad digital caracterizada por el continuo y rápido flujo de información y conocimientos a través de la red.

Y, en esta sociedad digital, las empresas tuvieron que flexibilizarse y, para poder competir en el mercado global y tener mayor visibilidad, tuvieron que adoptar un nuevo canal de venta: el comercio electrónico. Este se halla constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como ser compraventa de bienes o prestación de servicios, incluyendo las

tratativas precontractuales hasta la celebración del contrato y el pago electrónico (Stiglitz, 2014).

Si bien la expresión “comercio electrónico” o *e-business* o *e-commerce*, en sentido amplio, involucra toda forma de transacción de negocios en las cuales las partes interactúan electrónicamente, sea en redes abiertas o cerradas, en un sentido estricto, lo que entendemos hoy por comercio electrónico es la realización de tales operaciones a través de Internet.

En efecto, el comercio electrónico comenzó a desarrollarse ya desde la década de los setenta, limitado a relaciones interempresariales, a menudo, específicas de un sector, cuando las empresas comenzaron a intercambiar informaciones mediante redes cerradas a través del denominado Intercambio Electrónico de Datos (*Electronic Data Interchange* o *EDI*)⁵, luego el

⁵ El *EDI* es el intercambio electrónico de documentos estandarizados, a través de redes de telecomunicaciones, entre los sistemas informáticos de empresas relacionadas comercialmente, con la finalidad de sustituir el soporte papel de los documentos comerciales más habituales por transacciones electrónicas con formato normalizados y acordados previamente entre los usuarios del servicio. De este modo, facturas, remitos, órdenes de compra y otros documentos comerciales electrónicos pueden tramitarse directamente desde la computadora de la empresa emisora a la de la empresa receptora, con gran ahorro de tiempo y evitando muchos errores, propios de la comunicación tradicional “en papel”. El *EDI* es una forma estandarizada y estructurada de hacer comercio electrónico B2B, dirigida a empresas que se relacionan comercialmente en forma continuada, como fabricantes, proveedores y distribuidores; concedentes y concesionarios, etc. La adopción de este sistema ofrece

crecimiento exponencial de Internet abrió, para los operadores mercantiles, un mercado virtual ilimitado que los condujo a llevar sus negocios a la red, transformando el *e-commerce* en una verdadera actividad comercial (Allende, 2011).

Ello es así, ya que, a través de esta vía de contratación, es posible adquirir bienes o servicios provenientes de cualquier lugar del mundo y durante las veinticuatro horas del día con solo sentarse frente a la pantalla de un computador y, "clickeando" el *mouse*, emitir una orden de compra, pagar el precio y acordar forma y plazo de entrega, todo en forma simultánea.

En la actualidad, el comercio electrónico abarca todas las formas en que puede desarrollarse el comercio: ya sea entre empresas (*business to business* B2B), entre empresas y consumidores (*business to consumers* B2C), entre consumidores (*consumers to consumers* C2C) e incluso entre empresas y administraciones públicas (*government to business* G2B). Y, en este sentido, comprende actividades muy diversas que van desde el intercambio de bienes y servicios a la entrega, en línea, de información digital, pasando por la transferencia electrónica de fondos, la actividad bursátil, la contratación pública.

diversos beneficios para las empresas que lo utilizan, tales como: agilización de los procesos comerciales; disminución de errores en los documentos; ahorro de costos de administración; mayor seguridad respecto de la integridad y confidencialidad de la información enviada.

III.2. Aspectos normativos

Tal como siempre ocurrió con las instituciones mercantiles, en un primer momento, las empresas llevaron sus negocios a la red motivada por la gran expansión que este medio les ofrecía, pero luego este proceso tuvo una segunda etapa que fue aquella en la cual el derecho, como regulador de las conductas humanas, fue llamado a brindar un marco de seguridad jurídica para que este proceso tuviera un mejor desarrollo.

III.2.1. Regulación transnacional

Dado el carácter transnacional que tiene el comercio electrónico, la opinión generalizada juzga adecuada la existencia de un marco regulatorio uniforme que brinde mayor seguridad en las transacciones (Allende, 2001:643).

La Ley Modelo de UNCITRAL

En 1996, UNCITRAL sancionó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, compuesta de quince artículos, se establecen principios generales con el fin de dar el soporte legal al comercio electrónico en aquellos países que promulguen leyes sobre el mismo.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia

funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rigen el comercio electrónico.

El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón que figure en formato electrónico.

El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa.

En el principio de la equivalencia funcional, se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de "escrito", "original", "firma", y "documento" (Allende, 2001:644).

Así la exigencia de la presentación "por escrito" quedará satisfecha si la información que contiene el mensaje de datos electrónicos es accesible para su posterior consulta, es decir, si es legible y reproducible.

Cuando fuese exigible la “firma”, el requisito quedará satisfecho si se utiliza un método alternativo para identificar al firmante. Esta disposición propicia el reconocimiento de medios de autenticación, como la firma digital y el sistema de encriptación del mensaje.

Con relación al requisito del “original”, este se verifica cuando respecto del mensaje existan garantías fehacientes de que se ha conservado la información, íntegra e inalterada.

Dado que, para que se forme el consentimiento contractual, es necesaria una oferta aceptada, hay que determinar el momento en que se considera formado el consentimiento y cuándo son emitidas o recibidas las declaraciones de voluntades; por lo cual, teniendo en cuenta la particularidad de los medios de comunicación de la voluntad utilizados, la ley propone algunas reglas a fin de discernir cuándo un mensaje de datos ha sido emitido o recibido.⁶

⁶ El art. 15 de la Ley Modelo establece: el mensaje (por ejemplo portador de la aceptación de la oferta), debe haber salido del sistema de información del iniciador del mensaje (en el ejemplo, del sistema del aceptante) y entrado a otro sistema distinto, que esté fuera de su control, sea del destinatario (en el caso el del ofertante) o de un tercero que interviniere en la transmisión; b) el mensaje de datos se considerará recibido: (i) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción, en el momento en que entre el mensaje de datos al sistema designado o, de enviarse el mensaje a un sistema del destinatario diferente al designado, desde el momento en que el destinatario recupere el mensaje; (ii) si el destinatario no ha designado un sistema de información, se considerará recibido en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos. Si las

La Ley Modelo va acompañada de una Guía para la incorporación al derecho interno que ofrece antecedentes y explicaciones para ayudar a los Estados a preparar las disposiciones legislativas necesarias y para orientar a otros usuarios del texto.

Los Principios UNIDROIT

Si bien los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales no han sido previstos para el contexto cibernético, algunos autores (De Miguel Ascencio, 2001:467) consideran que los mismos son compatibles con esta nueva realidad, sea debido al carácter transfronterizo característico de las actividades en la red -que no favorece la localización del contrato en un determinado ordenamiento- sea porque en esas normas los conflictos de intereses específicos de la contratación electrónica o internacional son objeto de mayor atención que en las legislaciones nacionales.

En efecto, el empleo de los mencionados Principios en la configuración del régimen jurídico de los contratos internacionales está subordinado a que las partes, en uso de su autonomía, hayan acordado someter el contrato a los mismos o a la Lex Mercatoria, y, a la hora de resolver

partes no han convenido otra cosa, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador (ofertante) tenga su establecimiento, y recibido donde el destinatario tiene el suyo. Si tienen más de un establecimiento, se considerará el principal o el que tenga una relación más estrecha con la operación de que se trate. Si no tienen establecimiento, se tomará como tal su residencia habitual.

una controversia, es frecuente que el intérprete, muchas veces un órgano arbitral, acuda a esos Principios como expresión de aquella (De Miguel Ascencio, 2001:467).

Máxime cuando los Principios no significan un impedimento para el desarrollo del *e-commerce*, en la medida que no exigen reglas particulares que no puedan conciliarse con la naturaleza del soporte electrónico (Gautrais, 2002:517)

Así, el artículo 1.2 sobre libertad de forma expresa: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.

A su turno, el artículo 1.11 (Definiciones), precisa: “A los fines de estos Principios: (...), ‘**escrito**’ incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible”.

Es decir que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 reconocen el principio de equivalencia funcional (Scotti, 2012: 58).

De todos modos, cabe recalcar que la eficacia de este instrumento, al no formar parte de ningún ordenamiento jurídico para proporcionar el régimen supletorio del contrato, debe subordinarse al previo acuerdo de las partes en ese sentido, en línea con lo

dispuesto en el sistema de Derecho Internacional Privado que resulte de aplicación (De Miguel Ascencio, 1998: 12.6).

La Directiva Europea 2000/31/CE

La fórmula del *e-commerce* y la denominada “muerte de la distancia” (Caincross, 1997) llamaron la atención de la Unión Europea que intervino a fin de regular el mercado *on-line* mediante la Directiva 2000/31/CE⁷ relativa a los aspectos jurídicos del contrato electrónico en el mercado interior.

El objetivo de la Directiva 2000/31/CE es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interno, garantizando la libre circulación entre los Estados miembros de los servicios de la sociedad de la información. Debiendo entenderse por tales, según lo establecido en el art. 1 de la Directiva 98/34, todos los servicios prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

Según lo dispone la Directiva 2000/31/CE, los Estados miembros deben velar que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica y garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez

⁷ Disponible en eur-lex.europa.eu

jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

A tal fin, la norma en estudio dispone que, en todos los países de la UE, los contratos electrónicos deberán tener un estatuto jurídico equivalente a los contratos en papel.

Si bien, tal como mencionamos, el objetivo de la Directiva 2000/31/CE es el de garantizar el desarrollo de los servicios de la sociedad de información, paralelamente, establece normas tuitivas ante los riesgos conexos al *e-commerce*, en particular, los relativos a los límites informativos del sujeto en posición de mayor debilidad.

En tal sentido, la Directiva en cuestión diferencia en función de que se trate de contratos entre un prestador de servicios y un consumidor -B2C- o bien entre un prestador de servicios de la sociedad de información y otra empresa -B2B-, pues sólo en el primer caso le impone al proveedor un exigente conjunto de deberes formales de información; mientras que en el supuesto de que los prestadores de servicios operen con otros empresarios, regirán los pactos que ambas partes hubieren alcanzado.

Además, según esta normativa, los países de la UE deberán ofrecer soluciones rápidas y eficaces a los problemas jurídicos en el entorno digital y garantizar que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

La normativa comentada considera que los prestadores de servicios de intermediación o intermediarios merecen una especial atención, por ello, establece un particular régimen de exoneración de responsabilidad para los intermediarios en virtud del cual, en síntesis, no serán responsables de las infracciones que se cometan usando sus servicios mientras no tengan conocimiento efectivo de esa actividad ilícita y, si lo tienen, actúan con diligencia para evitar la comisión de la infracción, sin que los gobiernos nacionales puedan imponer ninguna obligación general de supervisión a estos «intermediarios» con respecto a la información que envían o almacenan con el fin de detectar y prevenir actividades ilegales.

III.2.2. La normativa nacional

Si bien no existe en el derecho argentino un régimen especial y sistemático del contrato electrónico ni tampoco una ley sobre comercio electrónico, ello no implica que exista un vacío legal al respecto.

Ello es así en tanto es posible identificar diversas normas relativas a la contratación y al comercio en la red: la Ley N.º 24.240; el Código Civil y Comercial de la Nación; la Ley de Firma Digital y también la Res. 104/05 de la ex-Secretaría de Coordinación Técnica que, al incorporar al régimen nacional la Resolución Mercosur 21/04, regula sucintamente el derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas por Internet.

La Ley N.º 24.240 de Defensa del Consumidor posee sólo dos normas específicas relativas a los contratos electrónicos, ellas son: I) paralelismo de las formas en materia de rescisión, respecto a los contratos celebrados por medios electrónicos (art. 10 *ter*), es decir, que el consumidor podrá rescindir mediante el mismo medio en que realizó la contratación; y II) derecho de arrepentimiento y de revocación por parte del consumidor (art. 34).

Si bien la normativa consumeril no contiene normas especiales sobre responsabilidad, son de aplicación las normas generales relativas a la obligación de seguridad (arts. 5º y 6º LDC), en materia de incumplimiento (art. 10 bis LDC) y la responsabilidad objetiva y concurrente riesgo o vicio de la cosa o servicio (art. 40 LDC).

El Código Civil y Comercial también regula los contratos electrónicos dentro de los contratos de consumo (arts. 1106 a 1116), estableciendo prescripciones directas relativas a ellos.

El art. 1106 CCyC se refiere a la utilización de medios electrónicos, estableciendo que siempre que en este Código o en las leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito debe entenderse satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar, lo cual implica una aplicación de los principios de neutralidad y no discriminación establecidos en la Ley Modelo de UNCITRAL antes mencionada.

Esta norma establece una solución acorde con las necesidades del tráfico actual, pero tiene también una finalidad tuitiva del consumidor relacionados con la exigencia de la forma escrita (Rivera, Medina, 2015).

Por su parte, el art. 288 de dicho cuerpo legal, al referirse a la “firma”, establece que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, este requisito queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitadamente la autoría en integridad del documento.

Es decir que se establece la equivalencia funcional solamente respecto de la firma digital, mientras que en el Proyecto se lo ampliaba a “cualquier medio que asegurara razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento” (Rivera, Medina, 2015).

El art. 1107 CCyC establece para el proveedor, en el caso de que las partes se valgan de técnicas de contratación electrónicas o similares, ciertas obligaciones de información sobre el contenido del contrato, sobre cómo utilizar el medio elegido, sobre los riesgos de su empleo y sobre quién los asume. Esto no puede interpretarse en el sentido de que tales riesgos podrían ser trasladados al consumidor, pues una cláusula de este tipo podría ser declarada abusiva y, en consecuencia, nula (Rivera, Medina, 2015).

De su lado, el art. 1108 CCyC establece algunas pautas respecto al perfeccionamiento del contrato –oferta, aceptación y aviso de recibo– y, dado que el art. 980 del

mismo cuerpo legal dispone que el contrato queda perfeccionado en el momento que la aceptación llega al oferente, se ha sostenido, en consonancia con la Ley Modelo, que el aviso de recibo cobraría eficacia a partir de la entrada del mensaje en el sistema del destinatario (Moisset de Espanés, Márquez, 2004).

Los arts. 1110 y 1116 CCyC se refieren al plazo de reflexión del que goza el consumidor, al derecho de revocación del que goza el consumidor, a su ejercicio y a sus efectos.

Finalmente, con respecto a la jurisdicción en el caso de suscitarse un conflicto respecto de un contrato celebrado electrónicamente, el art. 1109 del Código Unificado dispone que la misma queda fijada por el lugar de cumplimiento, considerándose por tal aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación.

Puede considerarse que, en este aspecto, el Código debería haber adoptado un criterio más flexible -como el del art. 36 de la LDC⁸ para las operaciones financieras de consumo- pues con ello se evitarían situaciones de

⁸ Art. 36 LDC: "Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

ambigüedad en el caso de que no exista un lugar físico claramente identificable como el de recepción de la prestación o cuando las prestaciones se efectúen en un lugar lejos del domicilio del consumidor, como, por ejemplo, en un contrato de turismo (Rivera, Medina, 2015).

En las relaciones de Derecho Internacional Privado, el artículo 1109 en análisis debe complementarse con el art. 2654 del mismo cuerpo legal que establece una serie de alternativas para el consumidor para fijar la jurisdicción y limita el foro donde este puede ser demandado.⁹

IV. La responsabilidad de los operadores de plataformas de *e-commerce*

Como hemos visto en el acápite anterior, la normativa nacional referida a la contratación electrónica en el marco del comercio electrónico nada dice sobre la responsabilidad de los proveedores que se ocupan de organizar y explotar la venta y subasta en mercados *on-line*, lo cual no es una cuestión simple teniendo en cuenta que la participación de estas plataformas puede presentar caracteres muy disímiles.

En efecto, existen sitios *e-commerce* en los cuales su propietario/gestor vende los bienes y servicios directamente en nombre y por cuenta propia, y en estos

⁹ CNCom., sala C, agosto 10, 2017.- “Pérez Morales, Gonzalo c/ Booking. Com Argentina SRL s/ ordinario”. *La Ley* AR/JUR/53519/2017

casos no hay dudas de que el mismo responde por los eventuales incumplimientos, aplicándose a su respecto la normativa de defensa del consumidor.

Sin embargo, también existen sitios que actúan bajo la modalidad *marketplace*, en los cuales el gestor del portal no vende nada por cuenta propia, pero se limita a ofrecer el sitio -la plataforma web- para que diversos vendedores puedan ofrecer sus productos o servicios a los potenciales consumidores virtuales.

En algunos casos, el perfeccionamiento de la operación se realiza dentro de la plataforma, pero, en otros, la misma sólo actúa como un portal de avisos clasificados.

Ante la falta de regulación específica, se han desarrollado diversas posturas jurisprudenciales y doctrinarias respecto a la responsabilidad que le cabe a los operadores de sitios de *e-commerce* y, en forma más amplia, a los intermediarios de Internet, como los motores de búsqueda.

Además, el comercio electrónico genera diversas relaciones jurídicas, que deben ser analizadas a la luz de la normativa aplicable respectiva a la hora de determinar la responsabilidad de los operadores de sitios *e-commerce*. Principalmente, se puede hablar de las relaciones entre: (i) el operador de la plataforma y el consumidor final de los bienes o servicios que en ella se adquieren; (ii) el operador de la plataforma y el vendedor de los bienes o servicios ofrecidos; (iii) el

operador de la plataforma y los titulares de las marcas de los productos comercializados.

A continuación, se analizará la responsabilidad de los operadores de plataformas de *e-commerce* en las relaciones indicadas en los puntos precedentes (i) y (iii), que son aquellas que presentan ciertas aristas de complejidad y novedad en la materia.

IV.1. La responsabilidad del operador de la plataforma frente al consumidor final de los bienes o servicios que en ella se adquieren

Esta relación es la que mayor controversia ha suscitado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa específica que regule la materia en ámbito nacional y, por lo tanto, el alcance de la responsabilidad que pueda caberle al operador por los daños y perjuicios que el cliente final pudiera sufrir a raíz de la compra de bienes o servicios ofrecidos por terceros en la plataforma.

Una parte de la doctrina (Faliero, Barocelli, 2017:275; Tambussi, 217:273) y jurisprudencia¹⁰ ha entendido que

¹⁰C4ªCiv. y Com., Córdoba, MercadoLibre SRL c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s. Recurso de apelación contra decisiones autoridad administrativa o persona jurídica pública no estatal (civil) "La Ley 2017-A, 588.; CNCiv., sala K, "Claps Enrique Martin y otro c/ MercadoLibre SA s/ Daños y Perjuicios", *Jurisprudencia Argentina* 213-I, 168.; CCiv. y Com., Jujuy, sala III, "Acción emergente de la ley del Consumidor: Ferreiro, Pablo Alberto

la responsabilidad de dichos operadores es de tipo objetivo, recurriendo en forma sistemática –y desacertada, a nuestro modo de ver- a los términos de la Ley de Defensa del Consumidor N.º 24.240, modificada por la Ley N.º 26.361 (en adelante la “LDC”).

Los defensores de esta postura, han reiteradamente asimilado a los operadores de las plataformas a la figura de “proveedor” definido por el artículo 2 de la LDC, es decir:

La persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

De tal forma, asimilando al operador al “proveedor” de la LDC, le cabría una responsabilidad de tipo objetivo por haber sido parte necesaria de la cadena de comercialización, conforme los términos del artículo 40 de la LDC. Dicha responsabilidad sería parte de los riesgos propios de su actividad.

Los argumentos que esbozan los defensores de esta postura son: (i) sin la intervención del operador no podría haberse concretado la operación de compraventa;

c/ MercadoLibre SRL”, del 15/09/2016; disponible en *rubinzalonline.com.ar*

(ii) el operador de la plataforma especula con las transacciones que se hagan, obteniendo un lucro por la publicación y la venta, por lo que su responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran generarse es parte riesgo y del beneficio económico empresario; (iii) la plataforma atrae para sí la confianza de sus clientes mediante su apariencia; (iv) al hacer responsable al operador, se incentiva a la plataforma a ser más segura y confiable y a tomar las medidas necesarias para prevenir los ilícitos que pudieran suscitarse.

El principal precedente jurisprudencial de esta postura es el fallo *"Claps Enrique Martín y otro c. MercadoLibre SA"*¹¹. En dicho caso, los actores habían adquirido, a través de la plataforma de MercadoLibre, entradas para un recital, resultando que las mismas eran robadas, por lo tanto, no pudieron ser debidamente utilizadas.

En esa oportunidad, a pesar de que los demandantes habían expresamente reconocido que tenían pleno conocimiento de que la operación de compra y venta de las entradas era ejecutada por su cuenta y bajo su propio riesgo; que el usuario vendedor registrado en MercadoLibre era el creador del anuncio clasificado; que el operador de la plataforma no era el propietario de las entradas; y, que los términos de la operación y su concreción habían sido determinados en forma directa entre compradores y vendedor sin la intervención de MercadoLibre, se decidió revocar el fallo de primera

¹¹ CNCiv., Sala K, *"Claps Enrique Martín y otro c. MercadoLibre SA s. Daños y Perjuicios"*, *Jurisprudencia Argentina* 213-I, 168.

instancia, y condenar en los términos del artículo 40 de la LDC al operador.

Por el contrario, otra parte de la doctrina (Quintana, 2017:245; Otamendi, 217: 271; Frene, 2009: 1219) y la jurisprudencia¹², en línea con la tendencia internacional, considera que los operadores de sitios de *e-commerce* (y en sentido más amplio, los motores de búsqueda de Internet) son meros intermediarios que prestan y posibilitan el espacio para que el vendedor publicite y venda sus productos, y el comprador los adquiera. De tal forma, dichos operadores ya no son responsables bajo la óptica de un factor de atribución de responsabilidad objetiva, sino subjetiva, pudiendo ser eventualmente responsables en aquellos casos en los que se acredite el incumplimiento del deber legal de protección al

¹²Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/10/2014, *El Derecho*, 260-166 “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. y otro s/ Daños y Perjuicios”; CNCiv., Sala D, 10/08/2010, “D. C. V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro”, *El Derecho* 240-217; CNCom, Sala D, 22.03.2018, “Kosten Esteban c. MercadoLibre SRL s. Ordinario”, *El Derecho*, ED-DCCCXXXVII-291; CNCom, Sala E, “Vergara, Graciela Rosa c. Energroup S.A. (Motos del Sur) y otro s/ Ordinario”, 20/12/2019, *El Derecho*, cita online: ED-CMIX-870; CNCom., sala B, 07/03/2017, “Gómez Maciel, Francisco José c/ DRIDCO S.A. s/ ordinario”, *La Ley* 12/06/2017, 10; RCyS 2017-VII, 96; CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 05/11/2003, “Deautos S.A. c/ GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, *El Derecho*, 207-65; DGDyPC, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/03/2006: Actuación N° 582-DGDyPC-2005; DGDyPC, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/03/2006: Actuación N° 582-DGDyPC-2005.

consumidor y de información establecido por la normativa vigente.

Esta posición doctrinaria y jurisprudencial, en la cual nos enmarcamos, ha extendido la falta de atribución objetiva de la responsabilidad, no sólo en aquellos casos en los que se pueda asemejar a los portales de *e-commerce* a la sección de avisos clasificados que brindan los diarios impresos (y en los que únicamente se cobra un precio fijo por la publicación), sino también en aquellos casos en los que el operador obtenga un lucro por cada una de las ventas realizadas, sin que ello influya en la determinación de la responsabilidad.

Los principales argumentos esbozados por los defensores de esta otra postura son: (i) el operador de la plataforma no presta un servicio al consumidor final (usuario comprador de bienes o servicios); (ii) el operador de la plataforma no entrega un producto ni ofrece un servicio al consumidor final; (iii) el operador de la plataforma no realiza una función de corretaje; (iv) su intervención puede ser equiparada a los diarios, revistas, carteles, canales de televisión, que publicitan un producto o servicio; (v) se genera en cabeza del operador de la plataforma una obligación de imposible cumplimiento; (vi) únicamente será responsable cuando haya tenido una participación activa o un conocimiento efectivo de la ilicitud del acto causante del daño alegado.

En los últimos años, se han dictado algunos fallos de trascendencia en lo que respecta el análisis de la responsabilidad de los operadores de plataformas de *e-*

commerce bajo la óptica de la responsabilidad del tipo subjetivo.

El primero de dichos antecedentes es el caso “*Kosten Esteban c. MercadoLibre S.R.L.*”¹³, en el que se desarrolla un régimen jurídico preciso y detallado y, por sobre todo, novedoso en nuestro medio, en base al cual corresponde analizar la responsabilidad del operador de un sitio de *e-commerce*, apartándose de la aplicación automática de la LDC y, por lo tanto, de la atribución objetiva de responsabilidad.

Para poner en contexto, este caso se enmarca dentro de la sección de “Clasificados” de MercadoLibre, en la que todo aquel que ingrese al sitio web tendrá la posibilidad de tomar conocimiento de los datos del vendedor, a efectos de realizar un contacto y concretar la operación de compraventa de forma directa y sin intermediación alguna del operador del sitio.

En el caso bajo análisis, el actor inició la demanda contra el operador de la plataforma para obtener un resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la falta de entrega de un automotor que dijo haber adquirido en el sitio www.mercadolibre.com.ar. En tal sentido, el actor indicó que realizó dos giros internacionales, por la suma total de \$ 30 000, tal como supuestamente le habría sido indicado por MercadoLibre, a través de Argenper (una empresa de

¹³ CNCom, Sala D, 22.03.2018, “*Kosten Esteban c/ MercadoLibre SRL s. Ordinario*”, *El Derecho*, ED-DCCCXXXVII-291.

envío y recepción de dinero). Una vez concretados dichos pagos, la vendedora le había indicado que el vehículo debía serle entregado por MercadoLibre, que supuestamente lo tenía bajo su custodia. Sin embargo, luego de realizar las transferencias, el Sr. Kosten dijo que dejó de tener respuesta tanto de la vendedora (registrada como Carmen Piña) como del operador del sitio.

Al reclamar, el accionante lo hizo en los términos de la LDC, sosteniendo que el operador era solidariamente responsable como proveedor y partícipe de la cadena de comercialización, siendo su participación imprescindible para la contratación.

En primera instancia, se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado, y se rechazó la demanda; fallo que fue apelado por el actor.

Ante la ausencia de un plexo normativo especial en el derecho argentino, la Sala D no sólo confirmó la sentencia de primera instancia, sino que, haciendo referencia a la Directiva 2000/31/CE¹⁴, y a la doctrina y jurisprudencia vigente a nivel europeo, determinó la

¹⁴ A raíz de un requerimiento de explicación prejudicial efectuado por la *High Court of Justice [England and Wales], Chancery Division*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció que "(...) un servicio en Internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un servicio en el sentido de la Directiva 2000/31" - Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Comunidad Europea, sentencia del 12 de julio de 2011, *L'Oréal S.A. y otros contra eBay International A.G. y otros*, apartado 109.

ausencia de responsabilidad de MercadoLibre al considerar que su intervención quedó limitada a una prestación neutra del servicio, sin haber incurrido en una "ignorancia premeditada" o "ignorancia culpable".

En efecto, la Sala D destacó que (i) MercadoLibre se limitó a proporcionar nada más que un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor, habiendo dado un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados al efecto; (ii) MercadoLibre dio debido cumplimiento al deber de información hacia los consumidores en cuanto a la comprensión de los riesgos derivados del empleo del sistema; (iii) no se acreditó que el actor hubiera tenido acceso al aviso clasificado a través de motores de búsqueda en Internet, esto es, merced a un servicio de *keywords* o enlace privilegiado revelador de una actividad de MercadoLibre enderezada a optimizar la presentación de la oferta; y (iv) MercadoLibre inhabilitó al usuario vendedor en cuanto advirtió una situación sospechosa (previo a la fecha de inicio de la compra por parte del Sr. Kosten).

Mediante los artículos 14 y 15 de la Directiva se han determinado los alcances y eximentes de la responsabilidad de los operadores de sitios de *e-commerce*.

En primer lugar, para que el operador de una plataforma pueda eximirse de su responsabilidad en los términos del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE es "(...) es

esencial que sea un «prestador intermediario»¹⁵, es decir que ocupe “(...) una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores (...)”¹⁶, quedando excluido de la exención, cuando “(...) desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos”¹⁷.

Se entenderá que el operador tuvo un “papel activo” cuando el “(...) operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas (...) que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas”¹⁸.

Ahora bien, en caso de que se determinara que el operador tuvo una posición neutra en relación con las publicaciones -tarea a cargo del órgano jurisdiccional pertinente-, habrá que analizar si corresponde su eximición de responsabilidad conforme el artículo 14 de la Directiva mencionada.

¹⁵ Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Comunidad Europea, “L’Oreal S.A. y otros contra eBay International A.G. y otros”, 12 de julio de 2011. apartado 112.

¹⁶ Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Comunidad Europea..., apartado 116.

¹⁷ Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Comunidad Europea..., apartado 112.

¹⁸ Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Comunidad Europea..., apartado 116.

Conforme el artículo 14 de la Directiva, el prestador de un servicio de la sociedad de la información (en nuestro caso, el operador de un sitio de *e-commerce*) no será responsable por los ilícitos que se generen en su plataforma ni por los daños que de ella se deriven siempre y cuando:

- a) El prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Por su parte, el artículo 15 de la Directiva garantiza a los operadores que los Estados miembros de la Unión Europea no les impondrán:

(...) Una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

Esta falta de obligación general de supervisar fue completada por la jurisprudencia estadounidense¹⁹ por lo que se dio en llamar “ignorancia premeditada” e “indiferencia imprudente”, de modo tal que, si el operador tiene motivos que le hagan sospechar que los usuarios de sus servicios están cometiendo ilícitos, no le está permitido “apartar la vista” a fin de sustraerse de la responsabilidad. Es decir, se hace responsable al operador sobre la base de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad por el hecho de una omisión inadecuada, incompleta o injustificadamente tardía.

De tal forma, mediante la aplicación de la Directiva y de la doctrina y jurisprudencia desarrollada a raíz de ello, se garantizaría a los prestadores de dichos servicios (entre los cuales los operadores de las plataformas de *e-commerce*) una zona libre de responsabilidad que alcanza a la materia civil, penal y administrativa (Peguera Poch, 2007: 322), salvo que ello sea consecuencia de su propio actuar negligente o doloso.

Por otra parte, según lo resuelto por la Sala D, la inaplicabilidad de la LDC alcanzaría no sólo a aquellos supuestos en los cuales la plataforma de *e-commerce* opera como un mero portal de avisos clasificados (similar a los diarios impresos), sino que se extendería a todas las operaciones realizadas en el sitio. Es decir, aun

¹⁹ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, “Tiffany(NJ) INC. y Tiffany & Company v. EBay, Inc.”, 600 F.3d. 93 [2010].

a aquellas que se concretan a través de aquella y en las cuales se abona una comisión al operador por cada venta realizada.

Por lo tanto, puede sostenerse, a la luz de la doctrina sentada en el fallo “*Kosten*”, que siempre y cuando los operadores de sitios de *e-commerce* mantengan una posición neutra y no incurran en una “ignorancia premeditada” o “ignorancia culpable”, quedarán exentos de responsabilidad, sin que sea óbice para ello, el hecho de haber obtenido una ganancia por cada operación concretada.

Finalmente, cabe preguntarse si la posibilidad que brindan los operadores de plataformas *e-commerce* de mejorar la visibilidad de un anuncio dentro de ellas o sobre las promociones hechas a través de motores de búsqueda de Internet puede ser interpretado como que ha tenido un “papel activo”.

A pesar de ser una cuestión aún debatida, consideramos atinado lo resuelto en el caso “*Vergara Graciela Rosa c/ Energrou S.A. (Motos del Sur) y otro s/Ordinario*”²⁰, en el que se dijo que la publicidad que efectúa el operador de la plataforma de *e-commerce* de algunas ofertas plasmadas en su página web no implica la activación de una responsabilidad objetiva y solidaria frente al

²⁰ CNCom, Sala E, “*Vergara, Graciela Rosa c/ Energrou S.A. (Motos del Sur) y otro s/ Ordinario*”, 20/12/2019, *El Derecho*, cita online ED-CMIX-870.

consumidor, en tanto se trata de un acuerdo interno entre la misma y el vendedor.

Consideramos que tendrá un “rol activo” en la medida que dicha actividad le permita adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. En tal sentido, Otamendi sostiene: “Si la actividad no lleva a conocer, la actividad nada significa a estos efectos” (Otamendi, 2015:1043).

En efecto, no necesariamente ofrecer un mejor posicionamiento de un producto signifique que el operador de la plataforma *e-commerce* tenga un conocimiento o control sobre la veracidad de los contenidos de esa oferta.

IV.2. La responsabilidad del operador de la plataforma frente a los titulares de las marcas de los productos comercializados

La cuestión a dilucidar en este punto es si el operador de una plataforma *e-commerce* es responsable por las ventas realizadas por una tercera persona en infracción al derecho de marcas.

Si bien la responsabilidad del operador puede analizarse a la luz de las consideraciones expuestas en el apartado precedente, en los últimos años, se han dictado algunos fallos sobre la materia que han resuelto la cuestión incorporando algunos elementos particulares a la hora de juzgar la responsabilidad de los operadores.

Sobre el particular, se han dictado en nuestro país dos fallos²¹ de particular importancia sobre la materia, ambos iniciados por Nike International Ltd. en virtud de la venta de productos falsificados a través de dos reconocidas plataformas de *e-commerce*, que, además de ser en infracción marcaria, generaban un daño a la imagen de la marca, su descrédito y banalización.

En ambos precedentes, se juzgó la responsabilidad del operador de la plataforma sobre la base de un factor de atribución subjetivo, aplicando los términos de la Directiva 2000/31/CE y la jurisprudencia imperante a nivel internacional, del mismo modo que vimos en el apartado precedente. En esos antecedentes, se consideró que el operador desempeñó un rol activo, por optimizar y promover las ofertas de las publicaciones de terceros.

Sin embargo, en el caso iniciado contra Compañía de Medios Digitales CMD S.A., operadora del sitio www.masoportunidades.com.ar, se impuso un deber adicional de detección y eliminación de avisos en infracción marcaria.

²¹ CN Civil y Comercial Federal, Sala III, 21/05/2015, “Nike International Ltd c. Compañía de Medios Digitales CMD SA s/ cese de uso de marcas”, *El Derecho*, cita online ED-DCCCXXIV-839; y CN Civil y Comercial Federal, Sala I, 05/05/2015, “Nike International LTD c. Deremate.com de Argentina S.A. s/ cese de uso de marcas. Daños y perjuicios”, *El Derecho*, cita online ED-DCCCXXIV-840.

Conforme los términos del artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, no se impondrá a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. En efecto, imponer lo contrario resultaría excesivamente oneroso y podría ser un obstáculo para el comercio electrónico legítimo.

Sin embargo, en el fallo en cuestión, se sostuvo que la demandada debería haber tomado las medidas necesarias y posibles para evitar la violación de derechos marcarios en aquellos casos en los que la infracción resultaba evidente. En efecto, existían publicaciones en las que se utilizaban términos como “no original”, “réplicas de excelente calidad”, “imitación”, “falsificación”, entre otros, que daban cuenta patente de la existencia de la infracción marcaria.

De tal modo, se impuso al operador de la plataforma la obligación de utilizar medios tecnológicos eficientes a los fines de filtrar y eliminar anuncios u ofertas de productos en ostensible violación de los derechos del titular de la marca notoria. Quedando, no obstante ello, en cabeza del titular de la marca la obligación de notificar al operador la alerta de infracción respectiva (*notice & takedown*).

Por lo tanto, puede concluirse que la relación entre el operador de la plataforma y el titular de una marca notoria deberá ser analizada conforme los términos de la Directiva 2000/31/CE, y en virtud de un factor subjetivo

de atribución de responsabilidad, pero con los matices propios establecidos por la jurisprudencia mencionada, es decir, con la obligación del operador de implementar las medidas técnicamente conocidas y altamente eficaces para prevenir infracciones marcarias, sin obstaculizar el comercio electrónico. Ahora bien, entendemos que el operador no será responsable en caso en que aun así se cometan infracciones marcarias, salvo que haya desempeñado un rol activo en dicha publicación o que tenga conocimiento por haber sido notificado de la infracción (por el titular de la marca o por orden judicial) y no haya adoptado las medidas del caso.

Finalmente, mediante el fallo mencionado se estableció que, dentro de las 24 horas de recibida una notificación de infracción, el operador debe dar de baja el aviso. Esta decisión genera una problemática vinculada con la responsabilidad que pueda tener el operador frente al anunciante vendedor. Es por ello que consideramos que el operador de la plataforma no deberá dar de baja en forma automática el aviso, sino que deberá analizar cada caso en concreto, para determinar si corresponde o no, pudiendo solicitar a las partes información adicional para justificar la licitud del aviso.

V. Conclusiones

Así como varios siglos atrás los comerciantes reunidos en ferias fueron la vanguardia en las novedades en materia de intercambio y crearon las instituciones que se tornaron de pacífica aplicación y que luego fueron sistematizadas por el derecho, el fenómeno del comercio

electrónico es la vanguardia de las empresas en el siglo XXI y el Derecho Mercantil procurará sistematizar este nuevo medio elegido por ellas para llevar a cabo sus negocios, sin avanzar más allá de lo necesario a fin de no dañar esta nueva modalidad negocial.

Tanto más teniendo en cuenta el inesperado crecimiento exponencial que las medidas para contener la epidemia de la COVID-19 les han dado a los negocios con base tecnológica. En efecto, el aislamiento social preventivo y obligatorio y el cierre de las actividades han obligado a las personas a digitalizar su vida. Todo lo que hace pocos meses se hacía de manera presencial se tuvo que virtualizar: *home office*, *smart working*, reuniones y clases por Zoom, y las compras *on-line* se han convertido en una nueva cotidianidad.

Luego de la COVID-19 el mundo de los negocios habrá cambiado, no sólo porque habrá mucha más oferta *on-line*, en tanto que aquellas empresas que no operaban en la red se han visto obligadas a dar un salto digital y a improvisar canales de venta electrónicos para no quedar fuera del mercado, sino porque habrá más demanda *on-line*, ya que muchas personas habrán adquirido el hábito de comprar en forma virtual.

Sin duda, las tiendas se reabrirán y la forma presencial de hacer negocios existirá, pero la realidad negocial no va a ser la misma.

Esta explosión digital a nivel global le ha dado alas al comercio electrónico y ha adelantado su expansión, y es

esperable que el derecho acompañe esta nueva etapa estableciendo estándares jurídicos flexibles para que este se desarrolle sin escollos, ofreciendo, a la vez, certeza y seguridad jurídica a quienes operan en la red.

Referencias bibliográficas

Flórez, Matilda. 1990. *Los cambios del adolescente*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Allende, Lisandro, 2001, "Comercio Electrónico. Aspectos Generales, normativos y contractuales", *El Derecho* (193-641)

Frances Cairncross, 1997, *The death of Distance: How the communications revolution will change our lives*, Boston: Harvard Business School Press

Cenicola, Aldo, 2006, "Il contratto telemático", disponible en *altalex.com*

De Miguel Asensio, Pedro Alberto, 1998, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio Internazionale*, volumen 12, N.º 4

De Miguel Asensio, Pedro Alberto, 2002, *Derecho Privado de Internet*, Madrid: Civitas

Faliero, Johanna Caterina, Barocelli, Sergio S, 2017, "La protección del consumidor en el comercio electrónico.

Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en Internet”, *La Ley* 2017-B

Frene, Lisandro, 2009, “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, *La Ley* 2009-F, 1219.

Gautrais, Vincent, 2002, “Les Principes d'Unidroit face au Contrat Électronique”, *Revue Juridique Themis*, (36 R.J.T. 481)

Moisset de Espanés, Luís; Márquez, José Fernando, 2004, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, *La Ley*, AR/DOC/2286/2004

Otamendi Jorge, 2015, “Responsabilidad de las plataformas de *e-commerce* en la publicación de avisos y la infracción marcaria”, *La Ley* 2015-F

Otamendi, Jorge, 2017, “La responsabilidad objetiva de quienes ofrecen espacios para publicidad en internet”, *La Ley* 2017-C, 271, RCyS 2017-VIII

Peguera Poch Miguel, 2007, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada: Comares

Quintana, Macarena, 2017, “Responsabilidad objetiva en la Ley de Defensa del Consumidor”, *La Ley* 2017-B

Rivera, Julio César; Medina, Graciela, 2015, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo III, Buenos Aires: La Ley

Scotti, Luciana, 2012, *Contratos Electrónicos: un estudio desde el Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: EUDEBA

Stiglitz, Rubén Saúl, 2014, "Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia", *La Ley*, AR/DOC/4736/2014.

Tambussi, Carlos Eduardo, 2017, "Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico", *La Ley* 2017-C

* *Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesora de Grado y Posgrado - Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)*

Profesora Titular de Grado - Universidad Católica Argentina (UCA)

Autora de diversos artículos sobre Derecho Mercantil y Derecho Societario

Correo electrónico: ritacastiglioni1@gmail.com

** *Master en Derecho Empresarial ("Giuristi, consulenti e professionisti d'impresa") en el Alma Mater Studiorum Universidad de Bologna (Italia). Abogado especializado en asesoramiento legal de empresas en asuntos de índole comercial, contractual, y de resolución de controversias. Autor de diversos artículos sobre Derecho Mercantil*

INFRACAPITALIZACIÓN MATERIAL. REFLEXIONES SOBRE SU ALCANCE

MATERIAL UNDERCAPITALIZATION. COMMENTS ON ITS SCOPE

*Por Fernando Giorello**

Resumen

El presente trabajo destaca las dificultades que se plantean para responsabilizar a controlantes de una sociedad penetrando el velo societario aplicando la teoría de la infracapitalización material.

La imposibilidad de la ciencia económica para establecer estándares objetivos para determinar los supuestos de infracapitalización material provoca una seria afectación de la seguridad jurídica cuando, mediante su utilización, se cuestiona la responsabilidad diferenciada de la persona jurídica.

Sería interesante considerar alternativas que otorguen a los socios de toda la sociedad la posibilidad de contar con estándares objetivos para anticipar situaciones en las que se les puede atribuir responsabilidad asociada a la infracapitalización material. Podría lograrse tanto mediante la introducción de parámetros objetivos en las regulaciones aplicables o mediante el establecimiento de que la infracapitalización material permite atribuir

responsabilidad a los controlantes sólo cuando es consecuencia de que la persona jurídica fue utilizada para la obtención de fines extrasocietarios.

Palabras clave: sociedad, capital social, infracapitalización material, corrimiento del velo societario, responsabilidad del socio controlante

Abstract

This paper highlights the difficulties that arise to determine the liability of any company's controlling shareholders by penetrating the corporate veil based on the implementation of the theory of material undercapitalization.

The impossibility of Economics to establish objective standards to determine the assumptions of material undercapitalization causes a severe effect on legal security when, based on material undercapitalization, the differentiated responsibility of the legal entity is questioned.

It would be interesting to consider alternatives giving the shareholders of any company the chance of having objective standards to anticipate situations in which responsibility associated with material undercapitalization can be attributed to them. It could be achieved either by introducing objective parameters in the enforceable regulations or by establishing that the material undercapitalization allows to attribute responsibility to the controllers only when it is a

consequence of the legal person being used forⁱ extra-corporate purposes.

Key words: corporation, corporate capital, material undercapitalization, disregard of legal entity, liability of the controlling partner

I. Planteo del tema

El 4 de febrero de 2020, la Sala D de la Cámara Comercial de la Capital Federal (en adelante “CNCom”) dictó sentencia en los autos “Interindumentaria S.R.L.” (en adelante “Interindumentaria”) (Interindumentaria S.R.L. s/quiebra c/Fábricas, Emilio Ernesto y otros s/Ordinario. Expte. 32.542/2006. 4 de febrero de 2020. CNCom Sala D).

Resulta de interés lo resuelto, en tanto, en líneas generales, la sentencia trata cuestiones que se vinculan con el capital social, las obligaciones relacionadas con su mantenimiento, la infracapitalización material y, finalmente, la aplicación del último párrafo del artículo 54 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) aplicado en autos para desestimar la personalidad jurídica societaria y atribuir responsabilidad a quienes, en el caso que nos ocupa, revestían la calidad de controlantes de Interindumentaria. En lo que nos interesa, la sentencia dictada revirtió el pronunciamiento de primera instancia, que no había hecho lugar a la

desestimación de la personalidad jurídica finalmente dispuesta por la Alzada.

El tema tratado resalta las dificultades que suelen plantearse cada vez que se utiliza el argumento de la “infracapitalización material” societaria para fundar la decisión de proceder al corrimiento del velo conforme lo dispone el artículo 54 último párrafo de la LGS.

Es entonces que consideramos útil el caso, y la manera en el que el mismo fue resuelto, para preguntarnos si realmente es la infracapitalización material una causal que habilita *per se* el levantamiento del velo societario o si, desde una perspectiva diferente lo que la habilita, es la consecución de fines extrasocietarios por parte de quienes la controlan que, en determinados casos, se revela mediante la infracapitalización material consecuente. Es decir, considerar la infracapitalización material como una consecuencia de la actuación de los socios controlantes que habilita la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, en lugar de considerarla su causa.

Todo ello, considerando que la infracapitalización societaria, en cualquiera de sus formas, alcanza a la totalidad de las sociedades que ingresan en estado falencial; y, no en todos los casos, los socios son responsabilizados por ella. ¿Dónde radica entonces la diferencia?

II. El fallo interindumentaria. Aspectos de interés

De la lectura de la sentencia del Tribunal de Alzada, surge el fundamento en virtud del cual el Juez de primera instancia rechazó hacer lugar a lo solicitado por la sindicatura en cuanto al levantamiento del velo societario. El Tribunal de Alzada revirtió una resolución de primera instancia en la que se había resuelto que la pretendida extensión de la responsabilidad a los controlantes prevista por el artículo 54 último párrafo de la LGS devenía inapropiada en el caso. Esta circunstancia no hace más que resaltar las dificultades que se plantean en cada oportunidad en la que se echa mano del concepto de infracapitalización material como elemento justificante de la desestimación de la personalidad societaria. Ante los mismos hechos, una instancia determina la inaplicabilidad del corrimiento del velo societario; y su instancia revisora, lo contrario.

En lo que nos ocupa, en su parte pertinente, el fallo de la CNCom establece como fundamento para revertir el pronunciamiento de primera instancia:

El fallo de la instancia anterior rechazó la pretensión de responsabilizar a Ernesto E. Fábregas y Clara M. Soares Gache de Fábregas, como únicos socios controlantes de Interindumentaria S.R.L., por no haberla dotado del patrimonio necesario para desarrollar su actividad. Al respecto, la sentencia aceptó como un hecho “(...) sobradamente” probado (...) y “(...) evidente” (...) que Interindumentaria S.R.L. fue objeto de una decisión tomada por las personas humanas indicadas consistente

en dejar de capitalizarla y, en lugar de ello, constituir como únicos socios otra entidad societaria, E.F. S.A., a la cual sin contraprestación alguna transfirieron inmuebles de la primera, al par que su actividad principal (...). Empero, aun teniendo por acreditado esos particulares eventos, no interpretó la decisión apelada que correspondiese derivar imputaciones de responsabilidad a los demandados por subcapitalización pues, dijo, también resultaba de la prueba rendida que "(...) el activo atribuido a E.F. S.A. (...) se utilizó para garantizar y, luego, para saldar deudas de E.F. S.R.L., con lo que el efecto negativo que pudo tener la mentada infracapitalización no fue tal" (...), y que, de otro lado, no había "(...) evidencia de que esa infracapitalización hubiera producido daño concreto a Interindumentaria S.R.L., pues los bienes que se inscribieron a nombre de EF S.A. finalmente respondieron por los pasivos de la hoy fallida, como si a ella le hubieran pertenecido" (...). Esta última conclusión es cuestionada por la sindicatura actora, dando ello lugar a su primer agravio.

Analizada que fue la situación por la CNCom, y revirtiendo los fundamentos utilizados por lo resuelto en primera instancia para exonerar de responsabilidad a los socios, se sostuvo:

En suma, lo constatado en autos ha sido el desprendimiento de Interindumentaria S.R.L. de sus activos más importantes con el efecto, según conclusión de primera instancia tampoco cuestionada en esta alzada, de que el capital arriesgado por sus socios se

tornó desproporcionadamente reducido considerando su objeto social y nivel de actividad. En este sentido, bien puede decirse –parafraseando a un conocido precedente dictado en la materia- que la infracapitalización sobreviniente de Interindumentaria S.R.L. determinó que pasó a ser una “sociedad fantasma”, sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores. Y, frente a tal escenario, corresponde recordar que el principio de la responsabilidad limitada presupone que la sociedad debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto, de donde, si ella aparece frente a terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones, corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido por tales terceros a los socios (conf. CNCom. Sala E, 24/8/87, “Ceretti, César c/ Ditto S.A. y otros”, JA 1990-I, p. 317).

La CNCom utilizó el argumento de la infracapitalización material para desestimar la personalidad jurídica de Interindumentaria y responsabilizar a sus controlantes. Incluye, dentro del concepto de infracapitalización material, dos conceptos independientes. Por un lado, el capital, indicando que no fue suficiente el importe arriesgado por los socios; y, por otro, indicando que el patrimonio no es suficiente.

Sin embargo, el decisorio no profundiza respecto del alcance de los conceptos ni de las obligaciones derivadas de los mismos en función de las disposiciones legales

vigentes (distinción entre capital y patrimonio). La argumentación utilizada por la CNCom por la que considero que no correspondía analizar en concreto la suficiencia o no del capital y la infracapitalización material derivada de Interindumentaria ha sido:

En primer término, cabe observar que no hay lugar para discutir en autos acerca de cuál fue el índice de capitalización adecuado o de solvencia mínima que requería la estructura económica de Interindumentaria S.R.L. Ello es así, pues debe considerarse firme y consentida la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que la infracapitalización de la fallida está “sobradamente” acreditada y es “evidente”.

En virtud de ello, los socios controlantes fueron responsabilizados mediante la aplicación al caso del último párrafo del artículo 54 de la LGS (y condenados a pagar el capital y créditos verificados o declarados admisibles pendientes de pago) por el incumplimiento incurrido al no haber capitalizado adecuadamente a la fallida.

Sin embargo, no podemos soslayar que la atribución de responsabilidad en virtud a la infracapitalización material de Interindumentaria es resuelta utilizando conceptos ambiguos. Se sostiene que no corresponde evaluar cuál sería el índice de capitalización adecuado para determinar la existencia de un supuesto de infracapitalización. Y también se indica:

Lo cierto es que el problema que plantea la infracapitalización material con relación a los restantes sujetos societarios es, por una parte, el de la fijación de los parámetros aplicables, dado que no existen claros y unívocos criterios económicos que indiquen cuál es el índice de capitalización adecuado, o cuál debe ser el índice de solvencia mínimo que ha de requerir la estructura económica de una sociedad.

Independientemente de lo acertado o desacertado del decisorio, en virtud de los hechos del caso, el mismo se fundamenta en el incumplimiento de una obligación de los socios (capitalizar la sociedad), cuyo alcance el fallo indica que no corresponde determinar por las particularidades del proceso, pero que, en cualquier caso, no habría una forma clara de determinar ante la inexistencia de claros y unívocos criterios económicos que indiquen cómo se determina el nivel adecuado de capitalización de una sociedad.

Ahora bien, también se hace referencia a índices de solvencia, a capital y a patrimonio. En este punto, cabe considerar que los índices de solvencia se determinan utilizando saldos de cuentas que exceden la cuenta capital. Lo mismo ocurre con la distinción entre capital y patrimonio. Si se parte de la premisa de que, en función de las disposiciones de la LGS, los socios limitan su responsabilidad al capital suscrito, no parece del todo adecuada la referencia a índices de solvencia o insuficiencia patrimonial para determinar la existencia o no de responsabilidad de socios controlantes mediante la

aplicación del último párrafo del artículo 54 de la LGS. Lo que permite la aplicación de dicho fundamento es siempre la utilización desviada de la persona jurídica en beneficio de los intereses de los socios controlantes.

La pregunta finalmente resulta ser: ¿es posible, en el sistema de las denominadas sociedades cerradas, que por exclusión consideramos que son las reguladas por la LGS, hablar de infracapitalización material como causal generadora de responsabilidad?

El planteo tiene que ver con la reiterada y marcada imposibilidad de determinar los alcances del concepto de infracapitalización material caso por caso. Reiteramos, de ninguna manera implica desconocer las responsabilidades que corresponde atribuir a quienes con ligereza han utilizado la sociedad en beneficio propio y en perjuicio de terceros, socios y/o la propia sociedad.

Simplemente se plantea la necesidad de reflexionar y analizar si efectivamente la denominada infracapitalización material es causa justificante de la aplicación del último párrafo del artículo 54 de la LGS o si la misma es una consecuencia inevitable de desmanejos dirigidos por controlantes inescrupulosos.

Para ello, nos referiremos brevemente al capital, sus funciones, los supuestos de infracapitalización y las dificultades que genera su aplicación efectiva. Haremos una breve referencia a la raíz de la cuestión. ¿Qué es y qué funciones cumple el capital social?

III. ¿Qué es el capital social? ¿Qué funciones cumple?

Mucho se ha analizado qué es el capital de las sociedades y las funciones que cumple. Seremos breves en este punto.

En esencia se le han asignado funciones relacionadas con la protección de los terceros contratantes con la sociedad. Son las funciones denominadas externas de garantía y productividad. También encontramos la función interna o de organización que afecta la sociedad y a los socios, pero que poco interés despierta para los terceros contratantes/acreedores.

Los arts. 166, 170 (ap. 3) y 173 de la LGS permiten sostener que el capital no es otra cosa más que la suma de los aportes efectivamente realizados y/o comprometidos por los socios.

Halperín y Otaegui sostienen:

Es el monto global del valor asignado a los bienes aportados o prometidos aportar en ejecución de las suscripciones en el acto constitutivo (art. 166) o en el llamado a suscripción pública (arts. 170 ap. 3 y 173) (Halperín y Otaegui, 1998: 227).

En similar sentido, Zaldívar, haciendo hincapié en la función de garantía del capital social, sostuvo:

Se trata de una noción contable de especial interés jurídico. En efecto, comenzaremos señalando que el

capital social está formado por la suma de los aportes en numerario y en especie (obligaciones de dar) que los socios se comprometen a efectuar (...). Los aportes de los socios, al integrar el capital de la sociedad, quedan en el pasivo, lo cual veda su distribución bajo cualquier título que sea sin la modificación del contrato en la parte pertinente, vale decir en lo que respecta al enunciado del capital. Ello se debe a que es una garantía para los acreedores de la sociedad, quienes se encuentran amparados, en tal sentido, por diversas disposiciones de la Ley (arts. 13, inc. 3, 31, 32, 68, 71, etc.) (Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira, San Millán, 1980: 206).

Es decir, el hecho de que la distribución del capital social queda vedada a los socios, salvo en los supuestos en los que se cumple con los estrictos procedimientos que la LGS establece para su distribución, es el elemento sobre el que se fundamenta la función de “garantía” que se le ha asignado. Según la hermenéutica de la LGS, el capital no puede ser retirado por los socios. Ahora bien, según entendemos, dicha limitación impuesta a los socios no implica necesariamente que el mismo quedará disponible como garantía de los acreedores sociales, sino que se trata de una consecuencia derivada del hecho de que los socios limitan su responsabilidad al aporte realizado.

Es así que, a manera de ejemplo, el artículo 186 de la LGS establece un importe mínimo de capital social para las sociedades anónimas; el art. 40 de la Ley N.º 27.349 ha fijado un capital mínimo para las S.A.S. Nada se dice

respecto del patrimonio ni del alcance de las obligaciones de los socios para los supuestos en que el capital resultare insuficiente, salvo la causal de disolución prevista para los casos de pérdida del capital social que, en nuestro país, se suspende en cada crisis (como la que atravesamos actualmente). Es decir que, ante una crisis o ante reiteradas crisis (como es el caso argentino), el propio Estado es quien dispone que la pérdida del capital social no constituye un elemento que habilite la disolución de la sociedad.

Verón (1986: T. 3: 247), en relación con la función de productividad, sostiene que dicho capital mínimo habría tenido por finalidad establecer alguna relación entre capital social y objeto social, tratando de evitar que se constituyan sociedades anónimas con capitales exigüos que les impidan desarrollar las actividades previstas en el objeto. Es allí de donde deriva la denominada función de “productividad” del capital social. Es decir, dotar a la sociedad de que se trate de los fondos necesarios para que pueda desarrollar las actividades propias de su objeto social.

Dicha relación “capital-objeto” ha sido reinstalada en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como consecuencia de la hiperactividad regulatoria encarada por la IGJ a partir de febrero del año en curso que ha reinstalado la plena vigencia de las relaciones y restricciones entre capital y objeto que habían sido dejadas sin efecto por la RG (IGJ) 8/2016.

Dichas regulaciones (relación entre capital y objeto) encuentran su respaldo jurisdiccional en antecedentes, como el ya clásico caso Veca Constructora S.R.L. (Veca Constructora S.R.L. c/ Registro Público de Comercio. La Ley N.º 1980-D, pág. 463) en el cual el Juez de Registro Enrique Butty estableció que, pese a no regir exigencia de capital mínimo alguno para las S.R.L., el capital denunciado para la construcción y refacción de toda clase de inmuebles determina la imposibilidad de cumplir con el objeto desde el origen. Asimismo, en resoluciones particulares posteriores dictadas por la Inspección General de Justicia ("IGJ"), entre las que puede mencionarse la Resolución IGJ 574 del 3/7/2001 dictada en el expediente Viejo Cimarrón S.A. o la Resolución IGJ 1416 del 4/11/2003 Gaitán Barugel & Asociados S.R.L., se ratificó dicho criterio. Es, en base a estos antecedentes, que el organismo administrativo ha construido el concepto de infracapitalización material.

En la referida Resolución N.º 1416 del 4/11/2003 en el expediente "Gaitán, Barugel & Asociados S.R.L., la IGJ denegó el registro de una sociedad. Para ello sostuvo lo siguiente:

El capital social, que es requisito indispensable de todo contrato de sociedad (art. 11 inciso 4º de la Ley N.º 19.550) no sólo constituye un parámetro para medir la situación económica o financiera de una sociedad ni una cifra apta exclusivamente para el cómputo del *quorum* y mayorías en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. Tal manera de entender las cosas desconoce la

función más importante que cumple el capital social en toda compañía, que es la función de servir de garantía a los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, lo cual constituye esencial diferencia entre el capital social y el patrimonio de la persona jurídica, en el sentido de que, si bien la sociedad podrá hacer literalmente lo que quiera con su patrimonio, ello no sucede con el capital, pues los terceros sólo se encontrarán amparados por los principios concernientes al capital social, en especial, el de servir como cifra de retención, en el sentido de que, si estos principios son efectivamente cumplidos por la sociedad y socios en la génesis y desenvolvimiento del ente societario, los terceros saben *ex ante* que siempre encontrarán en la caja social, por lo menos, el contravalor patrimonial de la cifra de capital.

El pronunciamiento de la IGJ reafirma lo sostenido en cuanto a que la LGS refiere a un capital social nominal (donde la causal de disolución prevista por el art. 94 de la LGS funciona como contrapartida). Ello se ratifica por la referencia al patrimonio que puede ser dispuesto como intereses a la sociedad en tanto resalta la importancia del capital social nominal como garantía a favor de terceros.

En realidad, el capital suele estar conformado por una cifra exigua (aunque esencial como ordenador de relaciones intra societarias) que no pareciera otorgar *per se* solidez económica ni financiera alguna a la sociedad de la manera pretendida. Más aún, en un país con

altísima inflación que, en pocos meses, permite licuar toda cifra que se asigne al capital social.

En el caso Interindumentaria, surge, del fallo de la CNCom, que el desencadenante que justifica la penetración del velo societario fue la utilización desviada de Interindumentaria resuelta por los controlantes (y administradores en el caso) y no su exiguuo capital que, en el caso, no es más que un elemento adicional para juzgar la conducta de sus administradores y socios controlantes.

Lo que importa resaltar es que la LGS solamente establece que la pérdida del capital social es causal de disolución y posterior liquidación (al igual que lo establece en los supuestos de pérdida de cualquiera de los restantes elementos esenciales del contrato social). No establece la obligatoriedad del reintegro en los casos de reducción obligatoria del capital social.

La LGS postula un capital social nominal de donde nos permitimos argumentar que la función del capital apunta a la organización interna y no a la garantía o productividad.

En definitiva, fuera de las propias apreciaciones son las referidas las funciones que cumple el capital social.

IV. ¿Cómo sabemos qué capital será necesario para que la sociedad opere? ¿Es posible determinarlo?

Ahora bien, este tipo de resoluciones, sean judiciales o administrativas, suelen partir de la premisa que, cuando el capital social no es suficiente para el giro social, los socios deben aportarlo. Para ello, apelan al concepto de infracapitalización material, entendiendo tal como la situación que se da cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros (conf. CNCom. Sala A, 26/11/2015, "Isabella, Pascual c/ Bingo Caballito S.A. s/ordinario").

Ahora bien, ¿existe algún mecanismo matemático, financiero o de alguna otra naturaleza que permita determinar con algún nivel de precisión técnica cuál es el capital que una sociedad necesita para desarrollar sus actividades? Peor aún, ¿existe un mecanismo que permita efectuar dicha predicción de manera certera y periódicamente actualizable?

Y, si existiera, ¿no constituiría dicha fórmula la negación del principio de limitación de responsabilidad? Es decir, si asumimos que dicha fórmula existe y la sociedad no la cumple en determinado momento, ¿caería automáticamente todo principio legal que limite la responsabilidad de los socios con base en la infracapitalización material?

Es más, podría sostenerse que no sería posible constituir sociedades con régimen de responsabilidad limitada, ya que en nuestra LGS no existe ningún supuesto en el que se constituya una sociedad con régimen de responsabilidad limitada con el capital suficiente para afrontar las obligaciones sociales frente a terceros.

Ante la realidad, ¿no corresponde entonces repensar la aplicación del artículo 54 último párrafo ante supuestos de capital social insuficiente?

Miguel Araya, entre muchos otros, ya se refirió en su ponencia “Infracapitalización material” a las dificultades para determinar el alcance del concepto de sociedad infracapitalizada indicando:

El régimen de capital mínimo en nuestro país ha sido utilizado como regla de distracción, ya que, por diversos períodos de tiempo (incluso hoy), por su escasa significación, este instituto no ha cumplido con las funciones que la doctrina universal asigna a la noción de capital mínimo, siendo nada más que una regla sin contenido alguno (Araya, 2013:287).

Rosa Otxoa-Errarte Goikaoitxea en lo que importa ha sostenido:

Ningún principio económico, ninguna regla de la economía (...) permite determinar con exactitud cuándo una sociedad está correctamente capitalizada (Otxoa-Errarte Goikoetxea, 2011:25).

En similar sentido, Luis Fernández de la Gándara sostuvo:

La ciencia económica contable no ha sido capaz de determinar, a priori, la magnitud cuantitativa del capital social o los recursos propios necesarios para que una sociedad desarrolle su objeto estatutario. (Fernández de la Gándara, 2013:287).

El distinguido tratadista uruguayo Ricardo Olivera García también ha sostenido:

En la mayoría de los casos, resulta imposible contar con parámetros objetivos que permitan determinar exactamente el monto de los recursos propios que la sociedad debe aportar o retener para financiar adecuadamente su actividad. No existe una fórmula matemática clara y precisa que brinde la posibilidad de detectar, con carácter general y objetivo, las situaciones de infracapitalización (Olivera García, 2010:25).

Entonces podemos sostener con precisión que no existe mecanismo alguno que permita anticipar cuál es el capital que va a requerir una sociedad para cumplir su objeto. ¿Cuál es entonces el fundamento para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica con fundamento en dicho supuesto?

Por un lado, las ciencias aplicables no han logrado establecer cuál es el monto de capital social mínimo, en virtud del cual una sociedad puede desarrollar su objeto. Por otro, como hemos visto, a título meramente

ejemplificativo, existen numerosas situaciones en las que el Estado, ya sea a través de resoluciones judiciales o administrativas, ha resuelto dejar de lado el principio de responsabilidad limitada de las personas jurídicas y extendido la responsabilidad patrimonial a los socios por considerar el capital social insuficiente para que la sociedad desarrolle su objeto social o les ha impedido que constituyan sociedades por el mero hecho de considerar que el capital social asignado a la sociedad de acuerdo con lo que establece la LGS resulta insuficiente para desarrollar el objeto previsto (todos supuestos de infracapitalización material).

En definitiva, nos encontramos ante una situación en la que reiteradamente se fundamenta una sanción en el incumplimiento de una obligación cuyo alcance no es posible determinar. Sin embargo, los alcances de sostener la inoponibilidad de la persona jurídica como consecuencia de la infracapitalización material son aún más preocupantes. En efecto, como anticipamos, si se pudiera establecer cuál es el capital social con el que una sociedad debe contar para desarrollar determinada actividad, caería automáticamente el principio de limitación de responsabilidad. En efecto, ante cada supuesto de desarrollo de actividad alguna, los socios estarían obligados a realizar los aportes del caso para dotar a la sociedad del capital social necesario para el nuevo desarrollo.

No es posible determinar no sólo por el Juez o funcionario a cargo, sino que tampoco lo ha sido por las ciencias económicas en todas sus formas.

Asimismo, el mayor inconveniente radica en el hecho de que, fuera de aquellos casos de laboratorio en los que el capital es declarado exiguo al momento de constituir la sociedad por un funcionario público, en la generalidad de los casos, el momento en el cual resulta necesario determinarlo es frente a una situación de insolvencia (efectiva o potencial).

Es decir, estaremos analizando la suficiencia o insuficiencia material del capital social en el momento en que resulta evidente que el negocio ha fracasado. Resulta una obviedad, pero la suficiencia o no del capital social siempre será verificada en el momento en que por algún motivo la sociedad se encuentra patrimonialmente imposibilitada de hacer frente a los compromisos asumidos.

¿Importa a alguien el importe del capital social nominal cuando la sociedad cumple con sus obligaciones en los términos en los que las mismas han sido asumidas? La respuesta negativa resulta obvia. A nadie le importa.

Ahora bien, cuando el negocio ha ido mal, corresponde analizar la situación de infracapitalización como medio para declarar la inoponibilidad societaria y atribuir responsabilidad a los socios y/o controlantes o, en su lugar, correspondería evaluar si la sociedad no se encuentra en una situación de pérdida o ausencia de

patrimonio como consecuencia de haber sido utilizada en las formas contempladas por el último párrafo del artículo 54 de la LGS.

Es decir, determinar cuáles han sido los motivos que llevaron a la Sociedad a la situación de pérdida de patrimonio (no de capital) que han provocado que la misma haya caído en una situación de incumplimiento frente a sus acreedores.

Y ante dicho escenario se plantean dos posibilidades:

- Que la Sociedad haya sido efectivamente utilizada como lo dispone el último párrafo del artículo 54 de la LGS.
- Que la pérdida de patrimonio haya sido consecuencia de los avatares del negocio donde tanto administradores como socios puedan acreditar que han actuado de conformidad con los estándares legales exigidos.

Solamente, en el primer caso, estaremos entonces frente al supuesto de inoponibilidad en tanto que, en el segundo supuesto, corresponderá la aplicación del procedimiento que resulte adecuado en materia de insolvencia respecto de la Sociedad.

Es decir que la infracapitalización puede resultar en algunos supuestos un elemento necesario para la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica en los términos del art. 54 de la LGS. Sin

embargo, corresponde destacar que consideramos que la mera infracapitalización material o, como dijimos, la pérdida del patrimonio no constituye *per se* un elemento suficiente para habilitar su aplicación (Botteri y Coste, 2010: TI: 369).

V. Alternativas para reducir la incertidumbre

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la determinación de un adecuado importe de capital social resulta imprescindible en nuestro ordenamiento para limitar las potenciales pretensiones de desestimación de personalidad jurídica con fundamento en el último párrafo del art. 54 de la LGS.

También vimos que la determinación previa del capital social necesario para el desarrollo de las actividades sociales resulta imposible en función de los conocimientos actuales.

Es, en función de ello, que consideramos necesario evaluar alternativas que tengan por finalidad reducir el nivel de incertidumbre ante una potencial atribución de responsabilidad a los socios de sociedades materialmente “infracapitalizadas” al momento de encontrarse ante dificultades económicas y financieras. Podrían adoptarse modelos que hagan hincapié en ratios económico- financieros o patrimoniales diferenciados del concepto de capital social. Sin embargo, lo importante sería intentar establecer parámetros que permitan a los socios de sociedades determinar con un mayor nivel de certidumbre en qué supuestos podrán ser

responsabilizados por la imposibilidad de la sociedad de hacer frente a sus compromisos con terceros.

Las alternativas son varias. Puede reemplazarse por el de ratios o índices patrimoniales o financieros de la sociedad que permitan determinar, con mayor certidumbre, la situación económico-financiera por la que atraviesa la sociedad y sus efectivas posibilidades de funcionamiento. También puede intentar mantenerse la situación actual, en virtud de la cual lo determinante es la utilización desviada de la sociedad.

En cualquier caso, resulta necesario dar mayor seguridad jurídica a inversores. La situación en la cual se confunde capital, con patrimonio, con índices de solvencia o con atribuciones automáticas de responsabilidad a socios (los casos de la Justicia Laboral que merecen un tratamiento imposible en este momento en honor a la brevedad) en nada ayuda.

Por citar un ejemplo, en línea con lo indicado, López Tilli resalta las particularidades del modelo estadounidense:

A los efectos de proteger los derechos de los acreedores sociales se recurre al modelo del *distribution* considerando tal toda transferencia de recursos de la sociedad al accionista que tenga su causa en el contrato social, ya sea por concepto de dividendos, de rescate de acciones o de cuotas de separación o liquidación. Para efectuar una *distribution*, se requiere que la sociedad satisfaga previamente dos tests financieros, que son habitualmente exigidos en la práctica por los

prestamistas institucionales. El *equity insolvency test* y el *balance sheet test* (López Tilli, 2010:117).

Similares soluciones han sido adoptadas en la *Companies Act* Británica del año 2006 (*Section 643*)¹ y otras legislaciones europeas.

De esta forma, si la sociedad cumple con dichos parámetros, pues no podrá atribuirse responsabilidad

¹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>,

643 Solvency statement:(1)A noponibilidad statement is a statement that each of the directors: (a) has formed the opinion, as regards the company's situation at the date of the statement, that there is no ground on which the company could then be found to be unable to pay (or otherwise discharge) its debts; and; (b) has also formed the opinion. (i) if it is intended to the winding up of the company within twelve months of that date, that the company will be able to pay (or otherwise discharge) its debts in full within twelve months of the commencement of the winding up; or (ii) in any other case, that the company will be able to pay (or otherwise discharge) its debts as they fall due during the year immediately following that date. (2) In forming those opinions, the directors must take into account all of the company's liabilities (including any contingent or prospective liabilities). (3) The solvency statement must be in the prescribed form and must state. (a) the date on which it is made, and (b) the name of each director of the company. (4) If the directors make a solvency statement without having reasonable grounds for the opinions expressed in it, and the statement is delivered to the registrar, an offence is committed by every director who is in default. (5) A person guilty of an offence under subsection (4) is liable (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years or a fine (or both); (b) on summary conviction. (i) in England and Wales, to imprisonment for a term not exceeding twelve months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or both); (ii) in Scotland or Northern Ireland, to imprisonment for a term not exceeding six months, or to a fine not exceeding the statutory maximum (or both).

alguna asociada a la potencial infracapitalización material a sus socios ni a sus administradores y, obviamente, no podrán aplicarse sanciones ni extenderse responsabilidades en base a ello.

Estos tests, que de alguna manera reflejan disposiciones aplicables a entidades reguladas tales como bancos o compañías de seguros en donde el capital no deja de ser un elemento más -no esencial- para determinar la situación económico financiera de la Sociedad, ponen énfasis en los flujos esperados por la sociedad como persona diferente de sus socios y dotan de una mejor "garantía" a los acreedores.

No consideran al capital más allá de la incidencia que su inclusión pueda tener en un test determinado.

Es decir que los administradores solamente podrán tomar decisiones que respeten parámetros económico-financieros cuya vulneración los haría incurrir en responsabilidad personal (independientemente de la que podría también atribuirse a los socios que acompañen decisiones que afecten la viabilidad del negocio social como consecuencia de distribuciones que excedan los límites previstos por los índices aplicables).

VI. Reflexiones finales

Del texto de la LGS, no surge obligación alguna de que el capital social resulte apto para desarrollar el objeto, aunque dicho esquema existe en varias jurisdicciones impuesto por vía reglamentaria. La LGS establece el capital social requerido de acuerdo al tipo social seleccionado (sea S.A., S.A.U. o S.A.S.) sin efectuar asociación alguna con el objeto social. Tal lo dicho, su relevancia está dada por ser un concepto eminentemente jurídico que permite crear una serie de relaciones de naturaleza jurídica entre los integrantes de la sociedad y entre los socios y la sociedad.

Es decir, la regulación jurídica de las obligaciones y los derechos de los socios entre sí y para con la sociedad es la principal función que cumpla el capital social en el esquema de la LGS.

Tampoco existe manera alguna de determinar cuál es el capital social requerido en función de la actividad de la Sociedad.

Como sabemos, tampoco es claro, y mucho menos uniforme, el alcance dado al concepto de infracapitalización material por los tribunales y organismos administrativos. En tanto unos sostienen que se asocia al concepto de capital nominal; otros lo asocian al objeto; otros hacen referencia a índices de solvencia.

Es, en su consecuencia, y con la finalidad de limitar la incertidumbre respecto de los potenciales alcances de la

responsabilidad por infracapitalización material de los socios, que consideramos que resultaría oportuno establecer regulaciones que fijen parámetros que, en caso de vulnerarse, sí podrían ser considerados hechos generadores de responsabilidad de socios y/o controlantes.

Sin perjuicio de ello, consideramos que, a los efectos de determinar la aplicabilidad o no del último párrafo del art. 54 de la LGS, correspondería indicar que en todos los casos debe considerarse la situación patrimonial de la sociedad

Es necesario valuar cuál ha sido la actividad desarrollada tanto por administradores como por controlantes, con la finalidad de determinar la existencia o no de responsabilidades que habiliten la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica respecto de los segundos.

Ahora bien, en el estado actual, lo razonable sería considerar que la insuficiencia patrimonial, y la obvia falta o insuficiencia simultánea del capital social, no resulta *per se*, y sin análisis caso por caso, útil para fundar la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y consecuente atribución de responsabilidad a los socios controlantes. Todo lo otro (insuficiencia patrimonial, índices de solvencia inadecuados, entre otros) excede el marco jurídico vigente.

Referencias bibliográficas

Araya, Miguel. 2013. "Infracapitalización Material". *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa TIII*: 287. Buenos Aires. Ed.: UADE.

Botteri, David – Coste, Diego. 2010. "La infracapitalización material es un presupuesto necesario pero no suficiente de la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica en el marco de acciones que pretenden atribuir responsabilidad a los socios o controlantes por deudas sociales". *XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa T I*: 369 -374. Buenos Aires: Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Fernández de la Gándara, Luis. 2011. "La infracapitalización societaria: un problema de política y técnicas legislativas". *Derecho Económico Empresarial, Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*: 1181. Buenos Aires: Ed. La Ley.

Halperín, Isaac – Otaegui, Julio César. 1998. *Sociedades anónimas*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

López Tilli, Alejandro. 2010. *El financiamiento de la empresa*. Buenos Aires: Astrea.

Olivera García, Ricardo. 2010. "Un tema de derecho y economía". *Anuario de Derecho Comercial* TXIII: 25. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa. 2011. *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de la sociedad*. España: Aranzadi-Thompson Reuters.

Verón, Víctor. 1986. *Sociedades Comerciales TIII*. 1986. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Zaldívar, Manovil, Ragazzi, Rovira, San Millán. 1980. *Cuadernos de Derecho Societario – Aspectos Jurídicos Generales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Fallos

Interindumentaria S.R.L. s/quiebra c/Fábregas, Emilio Ernesto y otros s/Ordinario. Expte. 32.542/2006. 4 de febrero de 2020. CNCom Sala D

Isabella, Pascual c/ Bingo Caballito S.A. s/ordinario, 26/11/2015. CNCom Sala A.

Veca Constructora S.R.L. c/ Registro Público de Comercio. La Ley 1980-D: 463.

** Abogado (Universidad de Belgrano),
Magister en Derecho Empresario (ESEADE).
Jefe de Trabajos Prácticos. Derecho Societario y Derecho
Comercial (UBA).
Profesor Adjunto Derecho Societario (UMSA).
Profesor Invitado Mercado de Capitales. Maestría en Derecho
Empresario en ESEADE.
Correo electrónico: fernando@giorello.com.ar*

**LOS CONTRATOS EN CURSO DE EJECUCIÓN
CON PRESTACIONES RECÍPROCAS
PENDIENTES EN EL MARCO DEL CONCURSO
PREVENTIVO. UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20
DE LA LEY N.º 24.522**

*THE SPECIAL REGIME FOR EXECUTORY
CONTRACTS IN REORGANIZATION PROCEDURES IN
ARGENTINA. ANALYSIS OF SECTION 20 ACT 24 522*

*Julio Federico Passarón**

Resumen

El presente artículo persigue, como objetivos centrales, (a) exhibir las distintas interpretaciones que existen en la actualidad respecto de la operatividad y el alcance del régimen especial que el art. 20 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) contempla para los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes; (b) repasar, a los fines prácticos, las concretas respuestas jurisprudenciales dadas para algunos contratos en particular y analizar cuáles son, en su caso, los recaudos exigidos para obtener la autorización de continuación del contrato de que se trate; y (c) propiciar, por último, que en una próxima reforma se incorporen mayores precisiones en esta materia para brindar seguridad jurídica a todos los interesados.

Palabras clave: concurso preventivo, contratos con prestaciones recíprocas, continuación o extinción

Abstract

The main purposes of this paper are: (a) to review the current interpretations regarding the scope of the special regime for executory contracts included in section 20 of the Argentine Bankruptcy Act (LCQ); (b) to review the specific solutions taken by the courts for certain type of contracts, and to analyze the requirements, if any, to obtain the court's authorization to continue the contract; and (c) finally, to propose that future reforms should introduce a more detailed regulation to provide legal certainty for the benefit of all the parties involved.

Key Words: reorganization bankruptcy, executory contracts, rejection an assumption of contracts

A) Introducción

En principio –como enseña calificada doctrina– la solicitud de convocatoria o la apertura del concurso no causan *per se* la extinción (por resolución) de los contratos, lógicamente vigentes, celebrados por el concursado a ese momento. Sucede que, como –a diferencia de la quiebra– el concursado conserva, aunque bajo ciertas reglas, la administración y disposición de sus bienes, carece de sentido establecer tan drástica consecuencia. En otras palabras, si el

objetivo del concurso preventivo –expresado de modo genérico– pasa por superar la perturbación producida por el estado de cesación de pagos conservando la actividad del deudor, es claro que la continuación de los contratos, presumiendo que hacen a la esencia o son complementarios de su giro, resulta indispensable (Heredia, 2000: 509-511; Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181; Rouillon, 2007: 296-298; Cámara, 2004: 581 y Chiavassa, 2011; “Fiestas y Eventos”; “Levalle”; “Sol Obras”; “América TV” y “Ganadera San Roque”, entre otros).

Sin embargo, es menester precisar que, en rigor, la apertura del concurso sólo resulta –valga la expresión– “inocua” cuando, tratándose de contratos bilaterales, el concursado cumplió con su prestación y se encuentra pendiente la obligación a cargo del cocontratante *in bonis*; es que, en tal supuesto, no se sigue ninguna consecuencia del concurso por cuanto el concursado sigue plenamente habilitado a exigir lo debido conforme a las reglas comunes (Roitman, 2005: 54).

En la hipótesis inversa, esto es, si el que cumplió es el cocontratante *in bonis* y el que adeuda la prestación es el concursado, no le queda otra opción a aquel –es decir, al cocontratante *in bonis* (devenido acreedor preconcursal, art. 32, LCQ)– que verificar su crédito. Dicho de otra manera, como el concursado se encuentra impedido de cumplir lo comprometido no sólo respecto de ese acreedor, sino de cualquier otro (de su misma condición) para no vulnerar el principio de igualdad de los

acreedores (art. 16), si el cocontratante *in bonis* tiene interés en reclamar la prestación debe (en realidad se trata de una *carga*) insinuarse en el concurso (Chiavassa, 2011).

Aunque puede ocurrir también que, al momento de la apertura del proceso, las obligaciones contractualmente asumidas se encuentren adeudadas –más gráficamente– de “ambos lados” (Heredia, 2000: 511), supuesto que, a los fines de este trabajo, es el que concita mayor interés porque la ley concursal contempla a su respecto un régimen especial (art. 20, LCQ).

A modo de aproximación, puede decirse –siguiendo una interpretación de esa norma– que los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes quedan virtualmente suspendidos por un plazo de treinta días, dentro del cual, y si existe interés, el concursado debiera obtener autorización del juez del concurso para su continuación; de lo contrario, a opción del concursado o del cocontratante *in bonis* puede llegarse a la resolución del contrato, sin lugar a indemnización (Heredia, 2000: 514-515).

Si bien una primera lectura del mencionado artículo podría conducir a pensar que su ámbito de aplicación resulta claramente delimitado (“contratos en curso de ejecución, con prestaciones recíprocas pendientes”), esa inicial sensación se desvanece rápidamente a poco que se advierta que, en la práctica y a pesar de tratarse de una cuestión que –a nuestro parecer– debiera requerir una dosis particular de previsibilidad para brindar seguridad jurídica, tanto la doctrina como la

jurisprudencia no se han puesto de acuerdo respecto a cuáles son los negocios alcanzados por este régimen (Rojo Vivot, 2018; “Food & Beverage Investments”).

En este orden de ideas, se criticó que, si se lo compara con la complejidad y variedad (creciente) de las categorías contractuales, el precepto en cuestión evidencia una deficiente técnica y precariedad (Rojo Vivot, 2018); pero, aunque parezca trillado, si se parte de considerar que no es de buena hermenéutica suponer la imprevisión del legislador y teniendo en cuenta, además y en sentido concordante, que la norma le concede al concursado una facultad exorbitante del derecho contractual (recuérdese: resolver sin deber de indemnizar) (Heredia, 2000: 514-515 y 524), también podría pensarse que su ámbito de aplicación ha sido delimitado *ex proffeso*.

B) Recomendación general previa

Como un aspecto central, compartimos que el examen de la operatividad y alcance del precepto en comentario (art. 20, LCQ) debe prescindir de la denominación dada al contrato y concentrarse en sus específicas y concretas estipulaciones: fundamentalmente en lo que a la naturaleza y proyección temporal de las prestaciones comprometidas respecta, y con una mirada, no rígida sino más bien flexible, que permita adecuar la respuesta a cada caso (Rojo Vivot, 2018; Ulas-Ribera, 2010; “Arife” y “Frigorífico Río Platense”), pues –como se señaló adecuadamente– esa expresión, prestaciones recíprocas pendientes, no se refiere a una categoría especial de los

contratos, sino, en rigor, a un estado concreto en que se encuentran las prestaciones emergentes (Heredia, 2000: 511). En otras palabras, como la normativa no contempla aquí reglas para los contratos en particular, cualquier contrato que, según el intérprete, resulte aprehendido por ella quedará sometido a lo allí previsto (Chiavassa, 2011).

C) Categorías contractuales

Siguiendo la sistematización de la doctrina es importante comenzar por diferenciar, en lo que aquí interesa, si la exigibilidad de las prestaciones del contrato resulta (i) inmediata: la ejecución ocurre a partir de la celebración; o (ii) diferida: existe un espacio temporal, concedido legal o convencionalmente, entre la celebración y la ejecución de las prestaciones (Rojo Vivot, 2018 y Chiavassa, 2011).

Mientras que, desde la perspectiva de cómo se agota su contenido obligacional, debe ponderarse si el contrato de que se trate contiene prestaciones (i) de ejecución instantánea: las cuales se agotan en un sólo y único acto; o (ii) durables: su cumplimiento se prolonga en el tiempo; en este supuesto, a su vez, son posibles dos modalidades: (ii.1) continuada o fluyente: en donde la prestación es única sin interrupción o por tiempo corrido, o (ii.2) periódica o intermitente: en donde las prestaciones son reiteradas en el tiempo pero de manera discontinua y variable (Rojo Vivot, 2018 y Chiavassa, 2011; "Cencosud"; "Xerox Argentina"; "Sociedad Española" y "Fiestas y Eventos").

D) Presupuestos de aplicación: interpretación restrictiva o amplia

Para indagar, entonces, si la norma en comentario resulta o no operativa debiera verificarse, en primer lugar, que el contrato de que se trate haya sido celebrado antes de la presentación en concurso y que, además, y a ese mismo momento, se encuentre vigente (no extinguido) porque expresamente se exige que el contrato se encuentre "en curso de ejecución" (Chiavassa, 2011).

En segundo término, tendría que definirse (en lo que – como se anticipara– constituye el aspecto central del debate) si, a la fecha de presentación en concurso, existen prestaciones recíprocas pendientes, es decir, si cada contratante se encuentra obligado a realizar una prestación (dar, hacer, no dar o no hacer) en favor de la otra y que medie entre ellas un vínculo de interacción (reciprocidad) (Muguillo, 2016: 8).

Será necesario evaluar, en tercer lugar, que esas prestaciones (ambas) no hayan sido ejecutadas (de ahí el rasgo de pendencia), según el caso, porque no fueron exigidas (arts. 887, CCyCN), no llegó su tiempo –legal o contractual– (arts. 343, 350, 871, 886, 889, 892, 994, 1139) o eventualmente su cumplimiento se encuentra suspendido (arts. 1031, 1032 y 1185) (Rojo Vivot, 2018 y Chiavassa, 2011).

A esta altura del análisis (y excluyendo el contrato de trabajo que merece un estudio aparte), cabe precisar que

existe consenso en cuanto a que la norma en estudio aprehende a los contratos de ejecución instantánea (*v.gr.*, compraventa o permuta) en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas (*v.gr.*, pagar precio y entregar la cosa, respectivamente) debiera ocurrir de manera diferida en una fecha posterior a la de presentación de la convocatoria. De modo que, si las prestaciones de ambas partes (concurrido y cocontratante) no se encuentran ejecutadas a ese momento (la fecha de presentación en concurso) porque no llegó el momento para ello, esos contratos –como se dijo– quedan en suspenso (Heredia, 2000: 513 y Junyent Bas–Molina Sandoval, 2009: 180-181 y 187) hasta tanto se siga el trámite previsto en el tantas veces mencionado art. 20 de la LCQ; norma que, a los fines de establecer si se configura aquella situación, deja en claro que la tradición simbólica, no real, anterior a la presentación en concurso no importa cumplimiento de la prestación.

También es menester destacar que las discrepancias más relevantes aparecen cuando nos encontramos ante un contrato de duración en curso de ejecución, es decir, un contrato en el que el cumplimiento de las prestaciones se prolonga en el tiempo, ya sea en forma continuada o flyuyente (por un lado) o periódica (por el otro).

Es que, en opinión de algunos (postura restrictiva), este tipo de contratos no resulta alcanzado por el referido art. 20 de la LCQ y, por ende, el concurso de uno de los cocontratantes no tiene ninguna incidencia, y el contrato sigue sometido a las normas del derecho común. Ello, en

el entendimiento de que, en los contratos de ejecución continuada, como sucede, por ejemplo, con la locación, la prestación del locador se agota con la entrega de la cosa, y la mera obligación genérica de tener que respetar y mantener al locatario en el uso y goce de la cosa es insuficiente para calificarla como prestación pendiente. Y algo similar ocurre con los contratos de ejecución periódica, desde que, desde esta mirada, las prestaciones se reiteran y repiten en el tiempo de manera individual y distinta en cada período, con lo cual, en rigor, tampoco es posible entender que exista pendencia (Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181; Heredia, 2000: 509-511; Fassi-Gebhardt, 2004: 96; Rivera-Roitman-Vítolo, 2009: 558; Chomer, 2016: 416, núm. 7° y reseña de Rojo Vivot, 2018 y Ulas-Ribera, 2010; “Cencosud SA”; “Xerox Argentina SA”; “Sociedad Española”; “Fiestas y Eventos”; “Arife” y disidencia en “Aseguradora de Créditos y Garantías”, entre muchos otros). Desde esta visión, no es necesario solicitar autorización porque esos contratos permanecen vigentes (sin cambios) y cada cocontratante debe ir cumpliendo con las prestaciones a su cargo, las que en el caso del concursado se considerarán de causa o título posterior a la convocatoria (“Laberit”).

Para otros (posición amplia), en cambio, estos contratos (en ambas modalidades: continuada y periódica) resultan alcanzados por el régimen en comentario (“Frigorífico Río Platense” y “Aseguradora de Créditos y Garantías”, entre otros); esencialmente porque, en el caso de los contratos de ejecución continuada, una

mirada funcional y en conjunto con las otras cargas y obligaciones legales supone, por ejemplo, en el caso de la locación, entender como prestación pendiente la ya referida obligación de garantía; y, en los contratos de ejecución periódica, pensar que las prestaciones de ambas partes son obligatorias mientras dure la relación y que, por ende, se las debe valorar como pendientes (Rojo Vivot, 2018).

E) Casuística

El debate preanunciado, como era esperable, ha tenido lógico correlato en la jurisprudencia (y en la doctrina) al analizar cada contrato; con lo cual, y a los fines eminentemente prácticos, resulta de interés repasar algunas de las respuestas dadas en particular:

1) AGENCIA: se entendió que, por tratarse de un contrato de ejecución continuada, no resulta alcanzado por el art. 20 de la LCQ (Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181 y Heredia, 2000: 509-511); criterio que, se señaló, resulta mayoritario para todos los contratos de colaboración empresarial (Ulas-Ribera, 2010).

2) CONCESIÓN: considerando que implica una relación jurídica de tracto sucesivo (las prestaciones no se encuentran pendientes o diferidas, sino que se cumplen periódica y reiteradamente) y que, además, hace a la continuación de su actividad empresarial, se interpretó que el concurso del concesionario no tiene consecuencias y el contrato mantiene su vigencia, sin que deba aplicarse la norma en cuestión ("Fiestas y Eventos";

“Fedrinot”; “Cencosud” y “Qualex”; Heredia, 2000: 509-511 y Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181), y, por ende, si el concedente pretende su disolución, tendrá que acreditar, en la vía pertinente, los extremos que la justifiquen, conforme al derecho común (“Fiestas y Eventos”). Otros postulan que el concurso del concesionario justifica la rescisión del contrato (jurisprudencia citada en Ulas-Ribera, 2010).

3) **CONVENIO DE HONORARIOS:** en el entendimiento de que se trataba de un contrato de tracto sucesivo, porque se convino el asesoramiento jurídico en todos los juicios en que una empresa fuera parte y ello implicaba una actividad que se repetía periódicamente y, en cierta manera, permanente, se dijo que ese contrato no resultaba alcanzado por el art. 20 de la LCQ y que, por ende, no era necesaria autorización judicial para su subsistencia (“Denbau”).

4) **CUENTA CORRIENTE BANCARIA:** por un lado, hay quienes lo consideran un contrato de ejecución continuada o fluyente (de tracto sucesivo) al cual, por tanto, no le resulta operativo el dispositivo en comentario (Heredia, 2000: 509-511 y Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181). Otros opinan, en cambio, que en estas situaciones debe aplicarse, de manera analógica, la solución contemplada para la quiebra (art. 147, LCQ) y piensan que el concurso resuelve el contrato. Finalmente, hay quienes entienden que la operatividad del precepto examinado es clara, resaltando –además– que, si bien es frecuente que se

contemple en el contrato que la presentación en concurso como causal de resolución, esa previsión carece de todo valor (art. 22) (Martínez, 2015).

Y, en este punto, resulta interesante mencionar un precedente en el que, tras remarcar que la regla de que no compete al juez concursal interferir en las relaciones particulares e imponer obligaciones indeseadas debe ser armonizada con darle la posibilidad a la empresa de operar comercialmente con un mínimo de regularidad para no dificultar la superación de su crisis, y destacando, además, la actual necesidad de bancarizar las relaciones comerciales, dispuso –a título cautelar– la reapertura de una cuenta corriente bancaria y para que mediara un control más exigente que el habitual, le impuso en simultáneo a la empresa informar y explicitar mensualmente cada uno de sus movimientos y el saldo, aclarándose que ello no importaba ordenar a la entidad financiera otorgar nuevas líneas de crédito (siquiera restaurar las anteriores al cierre), cuestión reservada al exclusivo análisis y decisión del banco (“Foxman Fuguina”).

Vale mencionar también a quienes critican estas cautelares (ya sea que dispongan la apertura de una cuenta, suspendan el pago de cheques o eviten multas o inhabilitaciones por falta de pago) y señalan que lo ideal sería contar con una regulación especial que permita conjugar la bancarización imperativa, los beneficios operativos de tener una cuenta (para facilitar el manejo y, por ende, la conservación y continuidad de la

empresa), que habilite el servicio de cheques, pero restrinja la posibilidad de girar en descubierto para evitar que el concursado pueda incrementar sus deudas en el marco de apariencia de solvencia que, en la práctica, se sigue de ser titular de una cuenta bancaria (Martínez, 2015).

5) **DISTRIBUCIÓN y FRANQUICIA:** se dijo que, tratándose de contratos de ejecución continuada o fluyente, no les resulta operativo el mecanismo de autorización de continuación del art. 20 de la LCQ (Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 180-181 y Heredia, 2000: 509-511); y en algún precedente, en sentido contrario, se juzgó aplicable dicha norma (“O’Darluz”).

6) **LEASING:** en este caso, el legislador contempló una concreta solución que distingue dos supuestos: si se concursa el dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto; mientras que, en la hipótesis de concurso del tomador, si el deudor no opta por continuar (o resolver) en el plazo y mediante el trámite previsto en el art. 20 de la LCQ, el contrato se considera resuelto de pleno derecho, debiéndose ordenar la restitución del bien a simple petición del dador, con la sola exhibición del contrato inscripto y sin necesidad de trámite o verificación previa, y sin perjuicio de que el mencionado reclame en el concurso el canon devengado y los demás créditos que resulten del contrato hasta la devolución del bien (art. 11, Ley N.º 25.248) (Garat, 2011).

Siguiendo esa normativa, la jurisprudencia juzgó operativo el mencionado art. 20 de la LCQ cuando el tomador del *leasing* se encontraba en concurso preventivo ("Education Group", "Grupo Almar" y "Artes Gráficas Aconcagua"). En otro precedente, se entendió que, si el deudor no comunicó su decisión de continuar dentro del plazo legal ni ofreció cancelar la deuda preconcursal, el *leasing* había quedado resuelto de pleno derecho y, con ello, perdida la facultad de optar por la compra del bien y de mantener su tenencia, debiendo responder por los cánones devengados hasta su devolución ("Ganadera San Roque" y "Alumpack"). Y también tuvo ocasión de precisarse que la autorización podía instarse en cualquier tiempo, a condición de que la voluntad de continuar se hubiese comunicado al cocontratante dentro del plazo de treinta días ("Serviobras" y "Neuquén Produce").

7) LOCACIÓN: se interpretó que, en tanto contrato de tracto sucesivo (porque durante su vigencia el locatario paga el precio en cada período y el locador cede el uso y goce de la cosa de manera reiterada), la locación resulta alcanzada por el art. 20 de la LCQ; con lo cual, si el concursado omitió pedir autorización de continuación en plazo, el contrato debía considerarse resuelto ("Nusbaum").

Para otros, en cambio, esa norma no se aplica y debe recurrirse, analógicamente, a la solución contemplada para la quiebra (art. 157 inc. 2º, LCQ), de manera que, si el deudor continúa con la explotación comercial en el

inmueble (lo cual en el concurso será lo más frecuente), no resulta operativo el art. 144 (equivalente al art. 20) sino que, de acuerdo con el art. 193, el contrato continúa de pleno derecho (sin necesidad de requerir autorización judicial) y el locador, en su caso, debe verificar los alquileres adeudados, y las prestaciones futuras quedan protegidas con la preferencia de los gastos de conservación y de justicia (art. 240) (“Homps y Compañía” y Prono, 2018: 199).

También resulta interesante recordar un caso en donde la adjudicataria de la licitación pública nacional para la refacción, ampliación y explotación comercial de una estación terminal de ómnibus pretendió verificar un crédito (con la preferencia del art. 240, LCQ) con causa en el uso, por parte de la concursada, de distintos locales, y se juzgó que, tratándose de un contrato con innegables prestaciones recíprocas pendientes, debió haberse requerido (y no se lo hizo) la pertinente autorización previa, mas como el vínculo continuó (sin objeción), esa preferencia debía igualmente reconocerse porque, entre otros argumentos, la cocontratante era concesionaria de un servicio público; la concursada, de similar modo, prestaba un servicio público (transporte de pasajeros); la operación en esa estación era esencial desde el punto de vista fáctico y jurídico para proseguir con su actividad, y –fundamentalmente– porque la masa de acreedores se había beneficiado objetivamente no sólo durante el concurso, sino también cuando, decretada ya la quiebra indirecta, la empresa se vendió con los derechos de seguir prestando el servicio, con el

presumible impacto positivo que ello tuvo en el precio obtenido ("Transportes Chevallier").

Y en una locación precaria de uso de postes se juzgó que, ante el concurso del locatario, el contrato mantiene su vigencia (sin necesidad de solicitar su continuación) por tratarse de una relación jurídica de tracto sucesivo que hace al giro de la actividad empresarial ("Super Canal").

8) OBRA PÚBLICA: se dijo que el art. 20 de la LCQ resulta operativo respecto de contratos celebrados entre dos sujetos de derecho privado y no cuando la relación contempla la adjudicación de la ejecución de un proyecto de obra pública (construcción de viviendas) concedida mediante licitación, máxime cuando no se pretende su continuación (porque los contratos ya habían sido rescindidos por el Estado) sino la declaración de nulidad de ciertos actos administrativos supuestamente arbitrarios e ilegítimos, destacándose que no resultaba factible otorgar una prohibición de innovar porque el juez del concurso no resulta competente en una acción de esas características ("Sol Obras"). En un supuesto análogo, se rechazó el pedido de autorización de continuar unos contratos de obra pública, que la concursada denunciaba que eran vitales no sólo para su subsistencia sino para la eventual satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de las fuentes de trabajo, poniendo de resalto que el art. 20 de la LCQ carece de operatividad cuando una de las partes hubiera incurrido en mora, pues, extinguidos esos vínculos, mal podía disponerse su continuación ("Cantera FC").

9) SEGURO DE CAUCIÓN: se sostuvo que, en tanto estos contratos son de ejecución continuada o fluyente, no les resulta aplicable el régimen previsto por el art. 20 de la LCQ (“Alba Compañía Argentina de Seguros”).

10) SEGUROS DE RIESGO DEL TRABAJO: meritando que se trataba de un contrato de ejecución continuada (en tanto se contemplaban prestaciones periódicas de ambos contratantes: el empleador debe pagar una cuota mensual sobre el total de las prestaciones remuneratorias, y la aseguradora se obliga a cubrir el pago de un capital o una renta ante un siniestro que afecte la salud del asegurado), se descartó que, en el marco del concurso, pudiera analizarse el pedido de la concursada de declarar antijurídica la rescisión por parte de la aseguradora de un contrato de seguro de riesgo del trabajo, y se hizo saber que la pretensión debía encausarse por la vía pertinente, por tratarse de una cuestión atinente y regida por el derecho común, y que, dada su naturaleza contractual de carácter privado, no le resultaba aplicable la solución prevista para los servicios públicos (“Levalle”).

Es interesante mencionar también que, en ese mismo precedente, tras destacarse el interés público comprometido en la actividad de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo; su relevante función social en beneficio de los trabajadores; el carácter obligatorio de estos contratos; y la imposibilidad de la deudora de afiliarse a otra aseguradora (porque –en contra de la normativa concursal– tendría que cancelar previamente

la deuda preconcursal con la ART para lograrlo), y en el entendimiento de que debía adoptarse una solución que permitiera a la concursada cumplir con la obligación que legalmente le es impuesta sin transgredir el principio de igualdad de tratamiento a los acreedores, se dispuso -a título cautelar- reestablecer la vigencia del contrato con la ART (a quien le hizo saber que debía verificar la deuda preconcursal), supeditando su mantenimiento al pago de las prestaciones posteriores al concurso y a la promoción de una acción principal (cuyo objeto fuera revertir la rescisión contractual), en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de caducar la medida ("Levalle"). Vale mencionar otro caso en donde, bien que por un argumento formal (deserción del recurso de la aseguradora), se confirmó similar solución ("Logistech").

11) SERVICIOS PRIVADOS: en otra situación, en donde una comercializadora de gas, en forma privada (no prestadora de servicio público), solicitó que se dejara sin efecto la medida autosatisfactiva que le ordenara mantener el servicio a la concursada, se denegó en primera instancia la petición (esencialmente porque en su ocasión no cuestionó esa decisión y no había circunstancias sobrevinientes que justificaran su revisión), mientras que en Cámara, valorando que -aunque en su momento la decisión tuvo el sentido de sostener la explotación y en la actualidad no se contaba con información contable y financiera de la concursada- seguir con esa medida resultaba conculcatorio de los derechos de la prestadora, y remarcando el criterio responsable, prudente y sumamente restrictivo que debe

mediar en estos casos, se terminó revocando la decisión apelada ("Productos Textiles").

12) **SERVICIOS PÚBLICOS:** con el lógico propósito de posibilitar la continuación de la actividad del concursado, el precepto en comentario dispone que estos servicios en particular (*v. gr.*, agua, gas, electricidad, etc.) no puedan suspenderse por deudas anteriores al concurso (la prestadora tiene la carga de verificar) pero sí por créditos posteriores mediante el procedimiento contemplado por las legislaciones respectivas (Ulas-Ribera, 2010). Y se juzgó, al respecto, que no era válido reestablecer, a título cautelar, un servicio público (de electricidad) interrumpido por la falta de pago por prestaciones posteriores a la apertura del concurso, por cuanto el principio general de "mantenimiento de la empresa" no justifica imponer sacrificios económicos a terceros, cuyos derechos se encuentran amparados específicamente por el art. 20 de la LCQ, en tanto esa norma presupone que quien pretende la vía concursal previó que podría atender de manera regular los gastos que indubitadamente generará con su actividad económica y, en el caso, la interesada siquiera había acreditado la posibilidad concreta de revertir su actual situación ("Compañía Elaboradora").

13) **SHOPPING CENTER:** señalando que se trata de un contrato atípico mixto y conexo (porque ambas partes se encuentran asociadas en la explotación comercial, en tanto el precio del alquiler se integra con un porcentaje de facturación y el arrendatario se somete al control de la

administración del centro comercial y contribuye a un fondo de promociones colectiva); que, además y como tal, es oneroso, conmutativo, consensual y –en lo que aquí interesa– de tracto sucesivo, se concluyó que, como las prestaciones no se encuentran pendientes (porque deben cumplirse periódica y reiteradamente), este contrato no resultaba alcanzado por el art. 20 de la LCQ (“Arife”).

14) SUMINISTRO: del estudio de sus cláusulas (básicamente que por diez años la concursada –un frigorífico– se obligaba a suministrar carne vacuna para producir hamburguesas y el cocontrante se comprometía a comprar esa materia prima y a informar la proyección de sus necesidades mensuales para asegurar el suministro, pactándose que la facturación se realizara la semana siguiente a la entrega y su pago quince días después), se entendió que se trataba de un contrato de ejecución no instantánea sino continuada con prestaciones periódicas pendientes (que se repetían en el tiempo) y que, por tanto, el art. 20 de la LCQ resultaba a su respecto operativo (“Frigorífico Río Platense”).

15) UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS: se dijo que, tratándose de un contrato de cooperación y no de cambio, este contrato no resultaba alcanzado por el art. 20 de la LCQ (“CPC SA”); mientras que, para otros, el hecho de que no se contemplara en el contrato qué pasa ante el concursamiento de uno de sus suscriptores, nada impedía aplicar la mencionada norma (Zaldívar-Manóvil-Ragazzi, 1997: 231-232 y Martorell, 1997: 349-351).

16) USO Y GOCE: solicitada la continuación de un contrato para fabricar cajones plásticos, en virtud del cual la concursada había recibido una matricería y moldes de quien ya le había comunicado su decisión de rescindir, se entendió que el contrato tenía prestaciones recíprocas pendientes, por cuanto la empresa en convocatoria pagaba una suma por el uso de la matricería y, al mismo tiempo, debía mantener los bienes en el estado en que los recibió, mientras que las prestaciones a cargo de su cocontratante no se habían agotado con la entrega de esos elementos, sino que también debía mantener a la concursada libre de impedimentos que obstaculizaran su uso y goce (“Atomplast SA”).

F) Trámite para la autorización

Según queda en evidencia de la reseña *supra* efectuada, todo contrato que (en función de la postura que se tenga: restrictiva o amplia) se entienda comprendido en este particular régimen, queda –como explica la doctrina– virtualmente suspendido desde la apertura de concurso, es decir, ninguno de los cocontratantes se encuentra obligado a cumplir con su prestación (pendiente) y se le concede al concursado la facultad de optar por la resolución del contrato (sin derecho a indemnización a favor del cocontratante) o por su continuación (Heredia. 2000, T. 1, p. 514-515), en cuyo caso deberá seguir una “sencilla” (Chiavassa, 2011) tramitación que impone cumplir con ciertos recaudos, ya sea previstos en la norma (art. 20, LCQ) o exigidos por vía de interpretación, y que a continuación se examinan.

1) LEGITIMACIÓN: con apoyo en el texto legal se interpreta mayoritariamente que es facultad exclusiva y excluyente del concursado solicitar la continuación (Alonso, 2008 y Ulas-Ribera, 2010); y que el fundamento básico de esa prerrogativa reside en que, como se dijo, el concursado mantiene, bajo ciertas reglas, la administración de sus negocios ("Industrias Badar"). En esta misma línea, se expresó, de manera enfática, que sólo el deudor puede efectuar esta petición (Fassi-Gebhardt, 2004: 97 y "Aseguradora de Créditos y Garantías"), justificando esa opinión en que, si el contratante *in bonis* pudiera requerir la autorización, ello equivaldría a darle la posibilidad de optar por la ejecución del contrato, lo que le está impedido (Junyent Bas-Molina Sandoval, 2009: 142 y juris. citada en nota 94). Desde una visión más flexible, aunque aislada, se le ha reconocido legitimación al cocontratante *in bonis* ("Frigorífico Río Platense").

Pero de lo que no hay dudas es que, en la práctica, ese cocontratante habrá de presentarse (ya sea de manera espontánea o ante una eventual sustanciación, la cual – en rigor– no está prevista) expresando, en general, su oposición al pedido del concursado, en cuyo caso hay quienes postulan que debiera prescindirse de sus manifestaciones (Alonso, 2008).

Vale mencionar, finalmente, que en el trámite de autorización se contempla la participación del síndico, pero es claro que su rol se circunscribe a dar tan sólo su opinión (Alonso, 2008).

2) INEXISTENCIA DE MORA: para un sector, la operatividad del art. 20 de la LCQ requiere que ninguno de los cocontratantes se encuentre en mora, pues, de lo contrario, ya se habrán producido los efectos contemplados en la ley común para esa situación, pudiéndose haber llegado incluso a la resolución (Heredia, 2000: 513 y “Arife”), con lo cual ya no será viable la continuación. Y así, en particular se valoró que, aunque la concursada sostuvo no encontrarse en mora, tal afirmación contrastaba con el hecho de que su cocontratante verificara un crédito con causa en el contrato (“Serviobras”); y de modo concordante, se mérito que el contrato se encontraba resuelto por un incumplimiento anterior, por lo que no le resultaba aplicable la norma en comentario (“Cantera FC”).

Desde otra posición, algunos entienden que aun en mora el concursado puede solicitar la continuación porque esa facultad conferida por la ley tiene una finalidad superior al interés del cocontratante y no puede ignorarse que, en los hechos y en general, esa mora ocurre dentro del contexto de impotencia patrimonial en el que se encuentra el deudor (ahora concursado), con lo cual, de seguirse otra interpretación, esa prerrogativa quedaría en la nada; y tampoco puede soslayarse que la propia norma remite a una situación de mora al utilizar la expresión “prestaciones adeudadas”. En tal entendimiento, si el tercero no llegó a ejercer su derecho a resolver antes de la presentación en concurso, la apertura opera como una causal (temporaria) de interrupción de esa posibilidad y el concursado queda

plenamente habilitado para peticionar la continuación (Alonso, 2008).

3) PLAZO: otro aspecto sobre el cual no hay consenso es cómo deben computarse los treinta días contemplados en el tantas veces mencionado art. 20 de la LCQ, el cual, como regla, se juzgó improrrogable porque –en general– los términos legales brindan orden y seguridad, mas sin descartar que, excepcionalmente, pudieran invocarse y demostrarse las razones de por qué el pedido se efectuó pasado ese tiempo (“Servibras”).

Desde una visión estricta, se interpretó que, dentro de esos treinta días, hábiles judiciales y computados desde el auto de apertura, el concursado debe solicitar, instar y obtener la autorización, y comunicar –además– esa decisión al cocontratante *in bonis* (Rouillon, 2007: 291-7 y Fassi-Gebhardt, 2004: 97); destacándose también el carácter concreto y dirimente de esa referencia temporal (Alonso, 2008).

Con una mirada más flexible, se criticó que el plazo, así considerado, resultaba demasiado breve (casi de cumplimiento imposible) y se postuló (para que el precepto resulte operativo) que, en rigor, lo que debe expresar y comunicar el concursado es su *voluntad* de continuar el contrato, sin perjuicio de obtener más adelante la autorización judicial (Heredia, 2000: 517 y 539 y “Dromos”); a esta postura se le critica que no sólo por eminentes razones gramaticales (si era intención del legislador requerir sólo la voluntad hubiese utilizado otra expresión en la norma y no el término decisión),

sino porque tampoco se aprecian inconvenientes prácticos para que, en ese plazo, pudiera llegarse a adoptar una resolución judicial al respecto, máxime cuando –en general– la solicitud de continuación se materializa en simultáneo con la presentación en concurso, con lo cual, despachada la apertura y cumplido el traslado a la sindicatura, la resolución bien podrá dictarse, en ordinario, en ese término, dejando a salvo alguna situación excepcional en que pudiera existir un retraso no imputable al peticionario (“Konfluencia”).

En algunos precedentes, además, tuvo ocasión de precisarse que era la solicitud de continuación la que debiera efectuarse antes de que transcurra el referido plazo (“Cantera FC”). También interesa reseñar que –por un lado– se juzgó tempestivo el pedido materializado mientras se encontraba a estudio la apelación deducida contra la denegación de apertura del concurso (“Foxman Fuguina”) y –por el otro– se entendió extemporáneo el pedido de “prórroga-continuación-mantenimiento” de una locación comercial (cuyo plazo se encontraba vencido) recién efectuado tras la homologación de la propuesta de acuerdo (“Food & Beverage Investments”).

Queda claro entonces que, en cualquier caso y para evitar el riesgo que suponen estas distintas interpretaciones, lo ideal será solicitar a un mismo tiempo la apertura de concurso y el pedido de continuación.

4) FUNDAR LA SOLICITUD: se comparte que la ausencia de parámetros expresos en la norma en examen

no significa que el concursado no tenga que justificar, de manera adecuada, su opción de continuación; antes bien, los principios y objetivos del régimen concursal, implícita pero claramente, imponen que el interesado brinde las razones que sustenten su pedido y, a tales fines, puede resultar conducente que manifieste y demuestre, sumaria y razonablemente, el beneficio (o incremento) que podría seguirse de la continuación del negocio para su patrimonio, en tanto garantía común de los acreedores (Alonso, 2008).

5) PARTICIPACIÓN DEL SÍNDICO: dentro del trámite en donde habrá de examinarse este pedido, se prevé la intervención de la sindicatura, quien deberá dar opinión fundada respecto de la conveniencia o no de continuar con el contrato dentro del perentorio plazo de cinco días (arg. art. 273, inc. 1, LCQ).

6) INTERVENCIÓN DEL COCONTRANTE *IN BONIS*: dado que, como se hizo referencia, no se contempla la participación del cocontratante *in bonis*, en la hipótesis de que se presentara espontáneamente expresando su posición respecto de la continuación (en general, oponiéndose), tal escrito no debiera considerarse; y, recién cuando se autorice (y se le notifique) la continuación, aquel tendrá derecho a solicitar que el concursado le cancele el crédito preconcursal, como paso previo e indispensable, para proseguir con la vigencia del contrato (Alonso, 2008); y en caso de que no se le comunique la decisión de continuación, dentro del plazo

legal, el cocontratante se encontrará habilitado a resolver el contrato (“Equipos Integrales Metalmecánicos”).

7) CAUTELARES: ya se dijo que –según cierta jurisprudencia– debe primar en esta materia un criterio responsable, prudente y sumamente restrictivo (“Productos Textiles SA”). También que, excepcionalmente, teniendo en cuenta la particular naturaleza del contrato, bajo ciertas condiciones (fundamentalmente, de información constante sobre su actividad), supeditado a que no se obrara de modo malicioso o temerario y aclarando que la medida no importaba otorgar (o restaurar) líneas de crédito, se decretó, a título precautorio, la reapertura de una cuenta corriente bancaria (“Foxman Fuegoína” y Truffat, 1997). Y algo similar ocurrió con el contrato suscripto entre el concursado y una Aseguradora de Riesgos de Trabajo (ART), el cual, bajo ciertos recaudos y cautelar mediante, se ordenó su continuación (“Levalle” y “Logistech”).

8) AUTORIZACIÓN. EVALUACIÓN RESTRICTIVA: se coincide en que, por analogía, el magistrado puede utilizar, bien que adaptadas a estos casos, las pautas que brinda la normativa en la materia para los actos que requieren autorización, es decir, valorar si el contrato resulta conveniente para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (art. 16, último párrafo, LCQ). Cabe mencionar también que, haciendo foco en que se trata de una potestad singular (en tanto, se le brinda al concursado la posibilidad de alterar su posición relativa

respecto de su cocontratante), se postula que el pedido debe ponderarse de forma restrictiva (Alonso, 2008).

9) CANCELACIÓN DEL CRÉDITO PRECONCURSAL:

se explicitó ya que, en la hipótesis de autorizarse la continuación, el cocontratante quedará habilitado a exigir la satisfacción del crédito (preconcurso) eventualmente adeudado por el concursado como condición para mantener la vigencia del contrato (Lorente, 2000: 252), por lo que, a tales efectos, corresponde cursar la pertinente intimación, bajo apercibimiento de juzgárselo resuelto (“O’Darluz SA”); incluso, en alguna oportunidad, se condicionó el examen del pedido de continuación a que el concursado explicara de qué modo cumpliría eventualmente con esa prestación (“Cantera FC”).

Pero volviendo a lo central, no cabe perder de vista el efecto muy particular que se produce: el cocontratante queda excluido de las consecuencias que se siguen para cualquier otro acreedor concursal, esto es, la carga de verificar, suspensión de intereses, conversión y sometimiento a las condiciones del acuerdo (Heredia, 2000: 524 y Ulas-Ribera, 2010); tan es así que, por esa razón, en algún precedente se lo excluyó de la base de cómputo para calcular las mayorías requeridas para la homologación de la propuesta (“Ersa Urbano”).

Puede ocurrir también que, mientras se tramita la autorización, el cocontratante *in bonis* se haya presentado a verificar su acreencia y que medie controversia, ya sea a

instancias del concursado o del síndico, respecto de la existencia y alcance del crédito, en cuyo caso la cuestión bien podrá decidirse en el auto verificadorio y, en la hipótesis de no haberse llegado a dictar esa resolución, cierta jurisprudencia ha precisado que debe mediar un cálculo provisorio para practicarse la referida intimación (“Grupo Almar”).

Sólo resta mencionar que en un caso donde se pactó que la determinación del crédito quedaba a cargo de un árbitro, el tribunal entendió que la situación de concurso impedía convalidar que un tercero, carente de facultades jurisdiccionales, estimara la acreencia y que, por tanto, previa y forzosa intervención al síndico (cuyo dictamen no era vinculante), debía ser el juez del concurso quien se pronunciara al respecto (“Grupo Almar”).

10) APELACIÓN: como no hay previsión de que la decisión (que concede o deniega la continuación) sea recurrible, hay quienes, de forma aislada, han interpretado que esa resolución es inapelable (art. 273 inc. 3º, LCQ) (“Konfluencia”); sin embargo, la mera existencia de los numerosos precedentes aquí reseñados son clara evidencia de que, a pesar de que no exista una expresión en tal sentido, ello no ha impedido que, mayoritariamente, se habilitara el conocimiento de la segunda instancia en esta materia.

11) OPCIÓN DE RESOLUCIÓN: si dentro del plazo legal, el concursado ejerce esta facultad exorbitante que se le concede, pero opta por no continuar el contrato –en rigor, por resolverlo– deberá comunicar esa decisión al

cocontratante, en cuyo caso las prestaciones se extinguen retroactivamente y las cosas retornan al estado en que se encontraban al momento de celebración del contrato, mas sin derecho a indemnización en favor del cocontratante (Heredia, 2000: 514-515 y 524).

12) CONTINUACIÓN TÁCITA: dado que tampoco se contempla qué sucede en el supuesto de que, dentro del plazo legal, el concursado no exteriorice su voluntad de resolverlo o continuarlo (instando, en tal caso, la autorización), hay quienes entienden que, transcurrido ese término y en virtud de la regla general ya referida (de que el concurso no produce la resolución), el contrato continúa vigente (Chiavassa, 2011; jurisprudencia citada en Ulas-Ribera, 2010 y “Aseguradora de Créditos y Garantías”) y la deuda preconcursal debe verificarse, pero los eventuales créditos posteriores no gozan de preferencia como gasto del concurso (Roitman, 2005: 103), mientras que la eventual deuda posconcursal habilita al cocontratante a su resolución conforme el derecho común (“Education Group”); otros, en cambio, entienden que el contrato sigue vigente pero suspendido (Heredia, 2000: 521) y, finalmente, hay quienes interpretan que el silencio de la ley justifica tenerlo por resuelto (Graziabale, 2018: 418).

13) SUSPENSIÓN: se juzgó que, en tanto se encuentra prevista para una subasta o una medida cautelar, un contrato no puede suspenderse en virtud de la facultad contemplada en el art. 24 de la LCQ (“Cows & Bulls”). De modo concordante, se meritó que la vaga invocación

de ese precepto por parte de la concursada impedía considerar favorablemente el pedido de suspensión de la entrega de los vehículos objeto del *leasing*, máxime cuando tampoco se había acreditado lo denunciado, esto es, que los rodados eran indispensables para la continuación de sus negocios (“Ganadera San Roque”).

14) CLÁUSULA CONTRACTUAL. NULIDAD: como derivación del orden público concursal, el acuerdo de partes no puede afectar la facultad de solicitar la continuación y, por ello –conforme prescribe la normativa en la materia– toda cláusula contractual que persiga limitar de algún modo esa prerrogativa es nula (art. 22, LCQ) (Heredia, 2000: 524).

15) PREFERENCIA COMO GASTO DE CONSERVACIÓN Y DE JUSTICIA: en principio, en caso de autorizarse la continuación del contrato, las eventuales prestaciones (posconcursoales) que el concursado pudiera adeudar gozarán de la preferencia de los gastos de conservación y de justicia (art. 20 que remite al art. 240, LCQ). Caso contrario, esto es, si no media autorización, se entendió que no puede reconocerse esa preferencia (Roitman, 2005: 103 y “Education Group”). Sin embargo, no puede dejar de mencionarse un precedente en donde el contrato siguió sin autorización (pero también sin objeciones), y el crédito posconcursoal terminó siendo admitido con esa preferencia valorando, entre otros motivos y especialmente, el beneficio que la continuación había reportado para la masa de acreedores (“Transportes Chevallier”).

16) EXTINCIÓN INCAUSADA. INDEMNIZACIÓN: se interpretó que, como no existe ninguna norma concursal que contemple la resolución de los contratos en curso de ejecución por el sólo hecho de la apertura del concordato (Grispo, 1997: 307-308 y Barbieri, 2001:20), si ninguna de las partes se pronuncia acerca de su extinción, el contrato sigue vigente y la posterior ruptura incausada e intempestiva da lugar a indemnizar los daños y perjuicios causados ("América TV").

G) A modo de conclusión

Puede decirse, entonces y para finalizar, que en el marco de un concurso preventivo el régimen de continuación de la actividad del concursado, para intentar superar su cesación de pagos, justifica –por un lado– la regla general en esta materia, esto es, que ni la solicitud ni la apertura del concurso produzcan mecánicamente la extinción de los contratos en curso de ejecución, y –por el otro– que, conforme el tantas veces mencionado art. 20 de la LCQ, se le conceda al concursado la excepcional facultad, ya descripta, de optar entre continuar o resolver esos contratos sin tener que soportar las consecuencias previstas por el derecho común.

Y, a nuestro criterio, no resulta desacertado que esa norma no haga una concreta referencia a una categoría de contratos, ya que ello permite una mayor capacidad de adaptación y flexibilidad ante la variedad de relaciones jurídicas posibles, aunque también es cierto y palpable que la dispersión de las respuestas dadas, fundamentalmente en lo que concierne al ámbito de su

aplicación (porque lo único que queda en claro es que no hay consenso sobre qué significa la expresión: prestaciones recíprocas pendientes), en nada contribuye a dar certezas sobre esa central cuestión.

Es por ello que coincidimos en la necesidad de que, en una próxima reforma al régimen de los concursos y quiebras (LCQ), se incorporen mayores precisiones, no sólo en cuanto al alcance de este precepto, sino también en lo que respecta a la tramitación (y recaudos) para el ejercicio de la opción: así, por ejemplo, esclarecer (en caso de así considerarlo) cómo debe computarse el plazo de treinta días (y concediendo eventualmente un poco más de tiempo por la premura que la cuestión concita); aclarar si la mora es o no impedimento para instar la solicitud o qué sucede si nadie opta por la continuación; exigir que el pedido sea fundado; brindar oportunidad para oír al cocontrante *in bonis* (para garantizar su derecho de defensa); explicitar los parámetros que debieran valorarse al momento de decidir; contemplar la posibilidad de dictar medidas cautelares hasta que se adopte temperamento; y precisar que el pronunciamiento (que decide o deniega la continuación) es apelable.

Sólo resta decir que, hasta tanto esos cambios ocurran, será indispensable – por un lado – continuar exhibiendo la existencia de este severo debate sobre todas estas cuestiones (mencionando las distintas interpretaciones y sus justificaciones), pues pensamos que en la actualidad –lejos de perder vigencia – la complejidad y variedad

(creciente) de los tipos contractuales hacen que perdure el interés en estas controversias, y – por el otro - seguir manteniendo la confianza en el sano criterio de los magistrados a la hora de juzgar la aplicación de la norma en comentario en cada caso concreto.

Referencias bibliográficas

Alonso, Daniel. 2008. *“Opción por el concursado y continuación del contrato en el concurso”*. Buenos Aires: La Ley, AR/DOC/3060/2008.

Barbieri, Pablo C. 2001. *Contratos y procesos concursales*, Buenos Aires: Astrea.

Cámara, Héctor. 2004. *El concurso preventivo y la quiebra*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Chiavassa, Eduardo N. 2011. *“Los contratos en curso de ejecución en el concurso preventivo: alternativa resolutoria”*. Infojus: DACF110056.

Chomer, Héctor O. –director-. 2016. *Concursos y quiebras. Ley N.º 24.522 comentada, anotada y concordada. Complementaria del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.

Fassi, Santiago – Gebhardt, Marcelo. 2004. *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Astrea.

Garat, Matías E. 2011. *“El Contrato de Leasing frente al Concurso Preventivo y a la Quiebra del Tomador”*, Revista Argentina de Derecho Empresario Número 9.

Graziabile, Darío. 2018. *Instituciones de Derecho Concursal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Grispo, Jorge Daniel. 1997. *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*, t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Heredia, Pablo D. 2000. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, tomo I. Buenos Aires: Ábaco.

Junyent Bas, Francisco – Molina Sandoval, Carlos A. 2009. *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Lorente, Javier A. 2000. *Ley de Concursos y Quiebras comentada y anotada*, tomo I. Buenos Aires: Gowa.

Martínez, Marisol. 2015. *“Continuación del contrato de cuenta corriente bancario en el concurso preventivo”*. Revista de Derecho Bancario y Financiero - Número 22.

Martorell, Ernesto. 1997. *Tratado de los contratos de empresa*, t. III. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

Muguillo, Roberto A. 2016. *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*. Buenos Aires: Astrea.

Prono, Ricardo S. 2018. *Derecho Concursal Procesal*. 2ª. Ed. Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters.

Rivera, Julio C. – Roitman, Horacio – Vítolo, Daniel. 2009. *Ley de concursos y quiebras*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Roitman, Horacio. 2005. *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Rojo Vivot, Rómulo. 2016. “Los contratos en curso de ejecución frente al concurso preventivo (art. 20 de la LCQ)”. Buenos Aires, RDCO 293, 665.

Rouillon, Adolfo -director-. 2007. *Código de Comercio. Comentado y anotado*, t. IV-A. Buenos Aires: La Ley.

Truffat, Daniel E. 1997. “Concurso preventivo y cuenta corriente bancaria”, ED, 171-553.

Ulas, Gabriela – Ribera, Carlos E., “Contratos y procesos concursales según la jurisprudencia”, LL, 2010-D-845.

Zaldívar, Enrique – Manóvil, Rafael – Ragazzi, Guillermo. 1997. *Contratos de colaboración empresarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Referencias jurisprudenciales

CNCom, Sala B, 25.9.1990, “Xerox Argentina S.A. c/Noel y Cía S.A.”, JA del 8/4/92, N° 5771, p. 59.

CNCom, Sala C, 27.12.1990, "Dromos S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión por Provincia de Chubut".

CNCom, Sala E, 7.10.1992, "Sociedad Española de Beneficencia s/concurso preventivo s/incidente de revisión por Basante, Luis G.", LL, 1993-A-542 y DJ 1993-1-717.

CNCom, Sala A, 23.5.1995, "Cencosud S.A. c/Siame S.A.", LL 1996-C, 76938.681-S.

CNCom, Sala D, 10.8.2000, "Frigorífico Río Platense S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación por Unilever de Argentina S.A.", LL, 2000-F-575.

CNCom, Sala E, 20.2.2001, "Artes Gráficas Aconcagua S.A.", JA, t. 2002-II, Síntesis.

CNCom, Sala A, 19.11.2001, "Serviobras S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación", LL, 2002-B, 421.

CNCom, Sala A, 29.11.2001, "Alumpack S.A. s/concurso preventivo s/incidente de restitución por leasing financiero", citado en elDial.com AA4CC1.

CNCom, Sala D, 13.2.2002, "Atomplast S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación por la concursada", LL, AR/JUR/1375/2002.

CNCom, Sala D, 7.3.2002, "Transportes Chevallier S.A. s/quiebra s/incidente de pronto pago por Teba S.A.", LL, AR/JUR/2789/2002.

CNCom, Sala E, 6.5.2003, "Fedrinot S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de elevación", citado en elDial.com AG4CA6.

CNCom, Sala D, 17.6.2005, "Nusbaum, Carlos y otros s/incidente de apelación Junín 1721 S.R.L. s/concurso preventivo", LL, 2005-E, 874.

CNCom, Sala A, 27.9.2005, "Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. s/concurso preventivo", LL, AR/JUR/4987/2005.

CNCom, Sala, A, 8.6.2006, "Industrias Badar S.R.L. s/concurso preventivo", LL, 2006-F-427.

CNCom, Sala E, 7.5.2007, "América TV S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión por Mateico Juan A.", elDial.com AA3F68.

CNCom, Sala E, 23.8.2007, "Fiestas y Eventos S.A. s/concurso preventivo", LL, AR/JUR/7434/2007.

CNCom, Sala E, 29.8.2008, "Cows & Bulls S.A. s/concurso preventivo s/incidente de restitución de bienes por Coop. Credimundo Ltda.", LL, 2009-A-104.

CNCom, Sala D, 23.10.2008, "Cantera FC S.A. s/concurso preventivo", LL, AR/JUR/19239/2008 y elDial.com AG1A20.

CNCom, Sala A, 19.12.2008, "Sol Obras S.R.L. s/concurso preventivo", LL, AR/JUR/24715/2008.

CNCom, Sala C, 6.3. 2009, “Neuquén Produce S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com AG885.

CNCom, Sala C, 5.3.2010, “Konfluencia S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com AA5F5E y AG1121.

CNCom, Sala A, 27.4.2010, “Productos Textiles S.A. s/concurso preventivo”, LL, AR/JUR/21384/2010.

CNCom, Sala E, 23.6.2011, “Levalle, Raúl Alberto s/concurso preventivo”, LL, AR/JUR/37672/2011.

CNCom, Sala A, 28.12.2011, “Ganadera San Roque S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, LL, AR/JUR/93958/2011.

CNCom, Sala B, 1.2.2012, “Foxman Fueguina S.A. s/medida precautoria”, LL, AR/JUR/6329/2012

CNCom, Sala F, 8.5.2012, “Food & Beverage Investments S.A. s/concurso preventivo”, LL, AR/JUR/30293/2012.

CNCom, Sala E, 8.8.2012, “Qualex S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com AG2ACD.

CNCom, Sala E, 27.12.2012, “Gasbi S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente apelación”, citado en elDial.com AG4DB6.

CNCom, Sala D, 12.4.2013, “Grupo Almar S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, elDial.com AG3041.

CNCom, Sala B, 26.8.2016, “Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. c/Martín Alberto Grane s/ordinario”, elDial.com AG45F3.

CNCom, Sala A, 4.10.2016, “Equipos Integrales Metalmecánicos S.A. s/concurso preventivo s/incidente art. 250”, elDial.com AG45E4.

CNCom, 30.9.2015, “Denbau S.A. s/concurso preventivo s/incidente art. 250”, elDial.com AG3D9A y ED-DCCCXXVII-710.

CNCom, Sala D, 10.11.2015, “Logistech S.A. s/concurso preventivo s/incidente por Swiss Medical A.R.T. S.A.”, DJ23/03/2016, 69 y LL, AR/JUR/47969/2015.

CNCom, Sala D, 5.9.2017, “Arife S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, LL, AR/JUR/75591/2017 y elDial.com AG4DB6.

CNCom, Sala E, 6.9.2017, “Super Canal s/concurso preventivo”, elDial.com AG4CA6.

CNCom, Sala A, 12.9.2017, “Laberit S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, elDial.com AG4CA9.

CNCom, Sala E, 26.10.2018, “Education Group S.A. s/concurso preventivo”, CIJ.

CNCom, Sala C, 27.8.2019, “Homps y Compañía Sociedad Industrial y Comercial de Responsabilidad Limitada s/concurso preventivo”, CIJ.

CNCom, Sala A, “O’Darluz S.A. s/concurso preventivo s/incidente de continuación de contrato: Procter & Gamble”, elDial.com AG54C8.

CNCom, Sala F, 13.8.2019, “Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. c/Compañía Constructora de Embarcaciones S.A. s/ordinario”, elDial.com AG59AA.

Juzgado Civil y Comercial n° 9 (provincia de Corrientes), 4.8.20, “Ersa Urbano S.A. s/concurso preventivo”, elDial.com AAF41.

**Abogado (UCA)*

Profesor Adjunto (UBA)

Profesor de Posgrado (UMSA)

Correo electrónico:jfpassaron@gmail.com

**BREVES REFLEXIONES SOBRE LA EMPRESA Y EL
BARTER
A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 1172 CCCN**

*BRIEF REFLECTIONS ON BUSINESS AND BARTER
TRADE
IN RELATION TO SECTION 1172 CCCN*

*Por Ernesto R. B. Polotto**

Resumen

La permuta o trueque es una antigua institución civil. Prácticamente inmóvil, salvo en algunos momentos de crisis y regresión económica. Sin embargo, desde la óptica del derecho comercial, la empresa y el tráfico negocial moderno, aparece como un instrumento idóneo, un negocio complejo (con la compensación), integrado con el resto del ordenamiento y genera una neoestructura notoriamente más amplia y creativa. El presente trabajo se limita a indagar las posibilidades que, dentro de la regulación del CCCN respecto al derecho comercial, admite la figura.

Palabras claves: *barter*, intercambio, contrato de empresa

Abstract

Exchange or barter trade is an old civil institution. Almost unchangeable, despite some moments of crisis and economic regression. From a Commercial Law and modern business perspective, it appears as an appropriate tool, a complex business, integrated with the general order and creating a new structure, noticeably broader and creative. This paper seeks to explore the possibilities of this figure within the CCCN regulations.

Key words: barter trade, exchange, commercial contract, enterprise

I - Planteo general: marco normativo

El artículo 5 de la Ley N.º 26.994 estableció que las leyes que han integrado, complementan o se encontraban incorporadas a los Códigos Civil o de Comercio mantenían su vigencia como leyes complementarias del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Conforme la terminología del CCCN, constituyen un “ordenamiento jurídico”; es decir, una unidad normativa sistemática, un conjunto de componentes, sustancialmente distintos, con fuerza propia e independientes de la voluntad legislativa (Romano,

2012)¹. Este “ordenamiento” no se agota en una norma, ni siquiera en un conjunto, sino que su significado, e incluso su sentido, resulta de una funcionalidad directa, como una “totalidad”², a saber:

1° - Definiciones elaboradas a partir de una disciplina común.

2° - Una especial atención a la “realidad jurídica”, como una situación dada, cierta, objetiva y concreta, apoyada en una explicación histórica, sin dependencia de un régimen normativo o de una valoración ahistórica o supratemporal: una realidad multiforme e irreducible a un esquema.

3° - Un planteo jurídico-sociológico que pone en crisis el llamado “positivismo jurídico” e impide subsumir el derecho a un plano estrictamente normativo.

4° - El rechazo por falsa de la consideración de las fuentes del derecho como un monopolio estatal.

5° - El derecho positivo (léase el CCCN y demás leyes) no constituye un orden *clausus* y completo: la identificación de la realidad jurídica con un simple sistema de normas constituye un error.

¹ Justo López (1977: 12) desarrolla la temática en igual sentido que Santi Romano (1964: 56); aunque referido a las convenciones colectivas y laudos.

² Ordenamiento e institución constituyen nociones coligadas; con un carácter esencialmente organizativo. Ideas subyacentes: “órgano”, “organización”. Ergo: Institución.

6° - La actividad legisferante privada, los usos y costumbres comerciales y las condiciones generales tienen un rol preponderante como fuentes del derecho comercial empresario (De Castro y Bravo, 1975; Rubio, 1969)³.

7° - Frente a un clima de libertad de formas y contenidos, donde prevalece la voluntad, el equilibrio de los intereses entre las partes se regula con un catálogo de directivas indisponibles por su modo de expresión, contenido o contexto⁴, por ejemplo, derechos y garantías de los consumidores.

II - Permuta. Trueque. Canje. Cambio. *Barter*⁵

El artículo 1172, enmarcado dentro del régimen de los arts. 1, 9, 11, 12, 13, 16 y conc. CCCN, define la permuta como el contrato por el cual las partes (permutantes) “se obligan recíprocamente” a transferirse el dominio de cosas que no son dinero. Siendo de aplicación supletoria las normas contempladas en el Capítulo 1 del Título IV sobre la compraventa⁶.

³ Véase arts. 984 y conc. CCCN.

⁴ Arts. 959, 960, afecta “de modo manifiesto” el orden público. 961, 962, 963, inc.a y conc. CCCN.

⁵ Vocablos que no son estrictamente sinónimos.

⁶ Arts. 1175 y 1124 y 1126, CCCN.

La permuta, de remotos y primitivos orígenes, común con el derecho civil⁷, se transmuta en comercial, cuando recurrente, también del pasado, retorna una noción de la materia comercial, la nueva Lex Mercatoria, incardinada en el CCCN y erigida como un derecho de personas y clases de actividades.

Se trata, en definitiva, de una institución que, desde una metodología civilista, ha caído en el inmovilismo. Sin embargo, en el moderno tráfico económico, encuentra nuevas estructuras y contenidos dentro del llamado comercio de compensación bilateral, de intercambio de cosas, bienes, derechos o servicios, usualmente sin ninguna o apenas intervención de valores monetarios (Vega, 2015). blanco

La teoría y la práctica civilista han sido poco relevantes; por el contrario, los fuertes reajustes y las crisis en la economía y las finanzas han llevado a la refuncionalización con una nueva dinámica de esta modalidad, pero convertida en una operatoria (Vega, 2015).

En orden al canje publicitario, se trata de una modalidad negocial de dicho sector, vinculado principalmente con

⁷ Ver arts. 464, inc.c y 465, inc.f CCCN. Código Civil derogado arts. 1485 y ss. Título V "De la permutación". Cambio. Ver Barrenechea, Maria de la Cruz. 2016. "La permuta. Nueva regulación en el CCCN. ¿Sigue siendo título observable?". *Revista Notarial. Colegio de Escribanos de Córdoba* (2016-02, N.º 94).

la cesión de espacios en los medios, en evolución permanente, empujada la praxis local, por los usos y prácticas de otros países (Polotto, 2011).

III - El Mercado: local, internacional. *Barter* (contrato de permuta o negocio complejo innominado)

La separación de las aguas se genera con la noción clave de mercado, ámbito donde se desarrollará el tráfico de bienes materiales e inmateriales, cosas y servicios.

a) Por un lado, sus operadores, los productores de bienes y servicios, los intermediarios en sus variadas figuras; y, por el otro, los consumidores.

Entre empresarios se trata, en principio, de contratos paritarios (salvo abuso de la posición dominante)⁸. De consumo, de adhesión (no siempre), cuando interviene un no comerciante⁹.

b) El comerciante o empresario encabeza una “organización” económica de bienes o servicios que abarca innumerables actividades; algunas excluidas del derecho comercial que, como “categoría histórica”, generaban una separación injustificable respecto a la ganadería o la agricultura, las artesanías, los productores de bienes o servicios intelectuales, los científicos y los artistas (De la Cuesta, 2001).

⁸ Arts. 11, 9° y 10° CCCN.

⁹ Arts. 984, 988, 1092 a 1122 CCCN.

c) El núcleo sustante subjetivo lo constituyen los operadores del mercado (los profesionales), que negocian -entre sí- y con los consumidores¹⁰.

d) Un contrato comercial presupone que una parte o ambas sean un empresario. En consecuencia, algunos de los contratos regulados en el CCCN pueden ser comerciales o no si una de las partes lo es (pérdida de relevancia del objeto).

e) Existen operaciones esencialmente comerciales, en razón de su escala y su organización empresarial¹¹; que deben distinguirse, aunque sin escindirse, de otras operaciones que solo tienen sentido insertas en organismos productivos¹².

¹⁰ Arts. 1092-1095 CCCN: la relación de consumo

¹¹ Operaciones de bancos, transportes, seguros. Véase Galgano, F. 2005. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: R.Culzoni.

¹² Competencia desleal, *factoring*, franquicia, suministros, agencia, concesión, consignación, *leasing*, corretaje, negocios en participación, agrupación de colaboración, uniones transitorias, consorcios. Ver Favier Dubois, Eduardo (h). "La empresa en el nuevo derecho comercial". 6-XII- 15. Estudio Favier Dubois & Spagnolo. Disponible en: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-empresa-en-el-nuevo-derecho-comercial-importancia-delimitacion-e-implicancias-legales-y-fiscales/>

Por fin, ciertos negocios pueden calificarse como comerciales solo cuando los realiza un empresario: el supuesto de la permuta¹³.

f) El art.1172 CCCN se refiere a la recíproca transferencia del “dominio” de cosas. Un razonamiento congruente relaciona el término con el Título III del mismo cuerpo legal. El art. 1941 CCCN lo caracteriza como un derecho real que otorga a su propietario las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa. Sin embargo, si se interpreta con este alcance, debemos adelantar que el negocio comercial (*barter*) excedería la órbita de la norma precitada; y esta modalidad, ampliamente usada en el mundo negocial interno y sobre todo internacional, aunque perfectamente válida, debería caracterizarse como un contrato innominado¹⁴.

¹³ También en esta categoría: compraventa, locación de establecimiento, contrato de obra, locación de servicios, mandato, representación, casas de depósito, mutuo, comodato, donación, fianza, cesión de la posición contractual, arbitraje, fideicomiso.

¹⁴ Conf. art. 970 CCCN: se rigen: a) por la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad. Ver Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. 1999. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

IV - La noción de “cosa” dentro de la tradición jurídica del derecho comercial argentino

La permuta, sistema prehistórico de negociación (el trueque) y, por definición, exógeno a la moneda, en el CCCN, se encuentra regulado (Domínguez Guillén, 2019) como lo exige la técnica legislativa, a continuación de la compraventa, dentro del Título IV, Capítulo 2, en cuatro artículos del 1172 al 1175. Esta escueta regulación –hablamos antes de ordenamiento– presenta una amplia red de puntos de conexión.

Definido como una obligación recíproca de transferir el dominio de cosas que no son dinero, estamos frente a un contrato consensual¹⁵, bilateral¹⁶, oneroso¹⁷, conmutativo¹⁸, no formal¹⁹.

1° - Cuando el art.1172 se refiere a “cosas que no son dinero”, la interpretación para ser congruente debe ser amplia²⁰. La tradición en el derecho comercial argentino,

¹⁵ Art. 971 CCCN

¹⁶ Art. 966 parr.2° CCCN

¹⁷ Art. 967 CCCN

¹⁸ Art. 968 CCCN

¹⁹ Art. 969 in fine CCCN

²⁰ Arts. 1061, 1065 inc. c, 1066 y conc. CCCN. Véase art. 1552 del Código: la recíproca transferencia de la propiedad de cosas o de derechos. Ascarelli, Tulio. 1970. *Teoría de la concurrencia y los bienes inmateriales*. Barcelona: J.M. Bosch; Anaya, Jaime. 1965. *Código de Comercio*. Buenos Aires: Omeba; Fontanarrosa, Rodolfo. 1997. *Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires: Ed. Zavalía.

la casuística y la doctrina de los tribunales han querido ver –conforme su raíz italianizante– las “cosas o bienes” “o un derecho sobre ellas, como un “quid inmaterial”, “una *universitas factis*”, una “propiedad hacienda”. Esto es, una estructura jurídica sustante para el desenvolvimiento de las “actividades sistemáticas” (Franceschelli, 1970). La línea directriz nos la dan los arts. 2312 del derogado Código Civil y el art. 8 del también derogado Código de Comercio, especialmente los incisos 1º y 2º. La conjunción adosaba la necesidad de un valor pecuniario y asimilaba las “fuerzas naturales susceptibles de apropiación” y la “energía”²¹; en la interposición onerosa de “una cosa mueble”²² o un

²¹ Ver las notas de Vélez y Freitas a los arts. 2311 y 2312: son términos con una “flexibilidad indefinida de sus acepciones” de “todo lo que existe”. Mas como objeto de los “derechos privados”, lo debemos limitar” a los que pueden “tener un valor entre los bienes de los particulares”. Ascarelli cuando habla de la teoría sobre la circulación de los bienes inmateriales. Las convulsiones económicas –sostiene Vega Vega– y las crisis financieras producen importantes reajustes en el comercio: en los períodos de incertidumbre económica, las empresas están interesadas en lograr la máxima eficiencia para optimizar sus resultados. *Op. cit.* pág. 1929: las instituciones comportan las reglas de juego, proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre los costes de transacción. Arias, C. y Caballero, G. 2016. *El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica*. La Coruña: Editorial Netbiblo.

²²O un inmueble: la negociación mercantil sobre estos era ampliamente receptada, en torno al inc. 5 del art. 8 y conc. del Código de Comercio derogado en cuanto integraba el objeto y

derecho sobre ella” para lucrar (también: lucratividad, ganancia, utilidad etc.) con su enajenación.

2° - Frente a una recíproca transferencia de un derecho real de dominio²³, que puede tener por objeto una cosa ajena²⁴ o futura²⁵, corresponde añadir toda una problemática más actual sobre la circulación de los servicios. Incluido el actual requerimiento de intercambio de servicios tecnológicos con la necesidad en la praxis de brindar no solo las herramientas económicas que lo favorezcan, sino también las jurídicas, con un grado de sofisticación hasta ahora desconocido.

Más allá del derecho real de dominio del Título III del CCCN, la propiedad comercial se asimilaría con más

la actividad de la empresa. Ver en el campo de los negocios inmobiliarios la llamada venta en el “hueco o vacío”. En síntesis, un propietario de un terreno apto para la construcción de un edificio lo permuta por la entrega de uno a varios departamentos a construir. La constructora o inmobiliaria está vendiendo departamentos que no existen todavía. Los adquirentes se benefician porque la espera (es un negocio en confianza) significa mejor precio de compra. Al respecto Acquarone, María T. 2016, “La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios”. *Revista del Notariado*, N.º 924, 1-11-16.

²³ Arts. 1941 y ss. CCCN

²⁴ Arts. 1129, 1132, 1008, CCCN

²⁵ id. art. 1131

flexibilidad y coherencia a la conceptualización prevista en los arts. 14 y 17 de la CN²⁶.

3º - Este panorama exorbita a un mero trueque o permutación de cosas, bienes o mercancías, como una herramienta idónea ante un escenario local e internacional en crisis, ávido de tecnología, *know how*, patentes y marcas; carente de divisas, pero con recíprocas necesidades de exportar e importar.

Cabe como reflexión en la grave conjuntura actual si, por la propia naturaleza del ordenamiento –inserto en el mundo empresario²⁷, la desaparición en la práctica de la moneda argentina no precipita a desconsiderar las divisas extranjeras como cosas²⁸, sino como una moneda vigente, maguer que frente al CCCN se esté ante una permuta²⁹.

4º - Siguiendo la línea de fuerza precedente, la noción de cosa debe considerarse con amplitud; muebles o

²⁶ CN, art.14: "de usar y disponer de su propiedad"; art. 17: "la propiedad es inviolable", "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento (...)".

²⁷ Véase, por ejemplo, Art. 325, párrafo 1º *in fine*.

²⁸ Parágrafos 4º, 5º y 6º CCCN. Obligaciones de Género: arts. 762, 764, 765 CCCN.

²⁹ Ver art. 765 y conc. CCCN. Art. 451 del Código de Comercio derogado: era una compraventa. Ver Centanaro, Esteban. 2012. Entrada: Permuta. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. 2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho. En nota 34, pág. 403.

inmuebles, bienes materiales o inmateriales, derechos, servicios, marcas, patentes, un fondo de comercio, lo que podríamos denominar la “propiedad hacendal”, como una “universalidad” fáctica o jurídica³⁰.

5º - No es técnicamente feliz la forma en que el CCCN introduce la noción de empresa a través de un artículo de la Sección 7º del Capítulo 5 referido a los actos jurídicos y sus formas instrumentales³¹. En efecto, el

³⁰ Arts. 14, 14 bis, 17, 41, 42, CN. Arts. 16, bienes y cosas. Integran el patrimonio. Los bienes materiales susceptibles de valor económico son cosas. Se extiende la noción a la energía y a las fuerzas naturales que pueden ser puestas al servicio del hombre. Arts. 225 a 233, 238 CCCN, entre otros. Pueden también serlo los bienes del Estado. Téngase presente que complementan al CCCN, las Leyes N.º 11.867 (transferencia de fondos de comercio), N.º 22.802 de Lealtad Comercial, N.º 27.442 de Defensa de la Competencia, N.º 22.362 de Marcas, N.º 24.766 de Confidencialidad; arts. 10 y 10bis, Convenio de París, art. 39 Gatt Trip. (inc.a, Ley N.º 22.425). Ver Otamendi, Jorge. 1998. “La Competencia Desleal. Lucha por la Clientela”, *Revista Jurídica* (Nº10) Universidad de Palermo.

³¹ Art. 5º LCT: “La organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”. Justo López, en “Ley de Contrato de Trabajo Comentada” en colaboración con N.O. Centeno y J.C. Fernandez Madrid, Ed. de Contabilidad Moderna, Bs.As. 1977, I, págs. 54 y ss. : Empresa -empresario: quién tiene la dirección y la gestión. Pueyrredón, Ernesto. 1974. “La Empresa. Su naturaleza y su fin” *El Derecho*, t.50, págs. 625 y ss.; Anaya, Jaime, 1977. “Notas

artículo 320 establece la obligación de llevar una contabilidad a "las personas jurídicas privadas y quienes realicen" una actividad "económica organizada" o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

6° - Un campo amplísimo y de gran importancia económica existe para la permuta en el área de los bienes y cosas del Estado³².

7° - Cuando se trate de un contrato donde una parte del precio consista en dinero y "parte en otra cosa", se estará frente a una permuta si "es mayor el valor de la cosa"³³.

Caben dos consideraciones:

a) Por el artículo 1175, resultan de aplicación supletoria las normas de la compraventa. Congruentemente, a su vez, el artículo 1124 establece la aplicación extensiva de las reglas de la compraventa a otros contratos, siguiendo una antigua directiva que la considera una normativa básica y genérica de todos los negocios privados. A título de ejemplo, a la permuta la alcanzan la obligación de

sobre la Empresa" *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N.º 37, pág. L25 y ss.

³² Arts. 236, 237 y conc. CCCN. Ver de la Riva, I., Guiridlian, J y Coviello. 2012. Entrada: Régimen del Dominio Público. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. 2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho.

³³ Permuta mixta o con saldo. Art.1126 . CCCN.

saneamiento³⁴, la garantía por evicción³⁵, los vicios ocultos³⁶.

b) El *barter* empresario admite una amplia combinación y se conecta –arts. 1073 y ss. del Código– con otros contratos, cuya contraprestación no sea exclusivamente dineraria, conforme las necesidades y creatividad de las partes, siempre que no existan normas de orden público, moral y buenas costumbres limitativas. Así, resulta factible que la permuta se vincule con el suministro, locación de servicios, *leasing*, obra³⁷, transporte, cesión de derechos, etc.³⁸.

V - La compensación. El *barter*. Los negocios internacionales

La refuncionalidad de la compensación (*countertrade*) implica que no debe ser exclusivamente considerada como un medio de extinción de una obligación³⁹, sino inserta en las actividades de la empresa y de cara a la

³⁴ Arts. 1033 a 1043 CCCN.

³⁵ Arts. 1044 a 1050 CCCN.

³⁶ Arts. 1051 a 1058 CCCN.

³⁷ Véase art. 1251 CCCN que define a la obra, se refiere a una “contraprestación” que puede no ser dineraria.

³⁸ Conf. arts. 958, 959, 964 y 970. Para la cesión de derechos ver arts. 1614 y ss. CCCN.

³⁹ Arts. 921, 926 y conc. CCCN. También por “afinidad”, la figura de la “Dación en pago”, contemplada como modo de extinción de las obligaciones, arts. 942, 943 CCCN.

amplia gama de negocios (especialmente los internacionales).

La operatoria del *countertrade* (intercambio compensado) por el cual una primera parte suministra o procura la dación de mercaderías u otros valores a una segunda parte que, a su vez, conviene con esta comprar o procurar adquirir, de aquella (u otra parte que designe), mercadería u otros valores, dentro de una relación de intercambio entre prestaciones recíprocas⁴⁰ (Marzorati, 2003).

En su complejidad, el *countertrade* abarca un conjunto de usos y prácticas comerciales en los que la totalidad del “pago” de la contraprestación se realiza con bienes o servicios (Vega, 2015)⁴¹. No se está frente a un mero trueque, sino un negocio más complejo –a menudo con operaciones económico-financieras asimétricas– para lo que se requiere una estructura jurídica adecuada, con instituciones que favorezcan el intercambio y la

⁴⁰ Mecanismo frente a la imposibilidad o inconveniencia de adquirir bienes en efectivo, y operaciones que de otra manera no se hubieran podido realizar. La noción se origina en Uncitral, aunque abarca un “universo de mecanismos para concretar intercambios comerciales”. Usualmente tiene como base un acuerdo marco.

⁴¹ Vega, cit. pág. 1829. Ver arts. 865 y ss. CCCN: el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación: en identidad, integridad, puntualidad y localización.

confianza de los operadores económicos e incluso los consumidores.

Además del ahorro de divisas (y de costos), el *barter*⁴² que, con una óptica civilista, podría limitarse al cambio de “cosa por cosa”⁴³, en el mundo de los negocios, la tendencia no es precisamente la limitación del objeto. Se intercambian bienes y mercancías por servicios, incluso ajenos al giro de la empresa (que puede aceptarlos para a su vez negociarlos). Así, las empresas buscan optimizar la consecución de sus objetivos, aprovechando líneas crediticias (garantías, seguros, etc.), aceptando también un intercambio de “activos”, prescindiendo de valores monetarios y priorizando un beneficio mutuo.

Entonces las bases, bilaterales y directas, apuntan a la creación de una “unidad *barter*”, destinada, dentro de un recíproco intercambio de bienes, a fijar las bases para la liquidación de cuentas de compensación, con un *animus* de revender (referidas a bienes, divisas, dólares, euros, etc.) (Vega, 2015).

Dentro de la temática de los negocios internacionales, suelen individualizarse:

⁴² Término en inglés de aceptación internacional, español, trueque o mejor aún “permuta comercial”, en francés *troc*.

⁴³ Véase Vega, op.cit. pág.1935 jurisprudencia española. En el otro extremo: lo que se permuta son derechos de propiedad sobre cosas.

1) Los Acuerdos Recíprocos de Ventas (R.S.A.). Los contratos conexos.

a) Cuando el vendedor contrata por separado con el comprador, y el acuerdo, a su vez, implica que el vendedor tome a su cargo la adquisición de ciertas mercadería específicas (Marzorati, 2003)⁴⁴.

b) Se está frente a dos contratos conexos de venta paralelos, sujetos, salvo pacto en contrario, al régimen de los arts. 1073 y ss. CCCN.

c) Deberá considerarse si el segundo contrato comprende o no el monto total de la venta principal; y, en su caso, deberá cubrirse el monto en efectivo o con mercaderías adicionales, para restablecer el equilibrio de las prestaciones⁴⁵ (Marzorati, 2003).

d) La obligación del vendedor de suscribir el acuerdo está enlazada con otro contrato de compra, a menudo dentro de un acuerdo marco.

e) Se trata de dos contratos independientes, aunque estrechamente vinculados (probabilidad invalidez del vigente por frustración del otro), facilitados por un esquema de garantías a corto plazo, usualmente bancarias.

⁴⁴ Para el autor: mercaderías específicas producidas en el país del comprador.

⁴⁵ Ver art.1.126 CCCN. Marzorati, op. y pág.cit.

f) El vendedor puede no adquirir las mercaderías para su propio uso, sino que tiene interés en lucrar con su liquidación, lo que implica la aparición de un tercer comerciante y la transformación del primero en agente⁴⁶.

g) Comprendido o no dentro del régimen del art. 1172 del CCCN, mi postura es afirmativa, existe compatibilidad entre la permuta y el *barter* y, a veces, en la praxis se los confunde, debido a que este último es técnicamente una “compensación” por la entrega que hace la contraparte.

VI - El *barter* valuado o permuta comercial. Naturaleza: compensación

Dentro del esquema precedente, podría ubicarse al “*barter* valuado” o “permuta comercial” como un contrato de complejidad causal y variada gama de prestaciones. De antigua data, aunque remozado para su aplicación a los negocios empresarios actuales⁴⁷, a menudo multilaterales, como intercambios recíprocos y dependientes de bienes, cosas, derechos, servicios, entre otros, sin desembolsos dinerarios, ya sean totales o parciales.

⁴⁶ Ver Marzorati, op.cit. pág. 389. Aunque no es necesariamente un auxiliar sometido al régimen de los arts. 1479 y ss. CCCN. Véase art. 1501 CCCN.

⁴⁷ Ver el interesante conjunto de ideas que referido a España y el ME, que expone Vega, José Antonio. 2011, *Permuta Comercial. Barter*. Madrid: ed. Reus.

Apunta a mitigar las dificultades derivadas de la falta de liquidez monetaria, de la necesidad de crédito y de las trabas proteccionistas.

A las empresas, las coadyuva a encarar ciertos problemas cruciales de gestión vinculados con el riesgo empresario, como los excesos de *stocks*, la baja de los costos financieros, la repatriación de fondos bloqueados y con todo lo que hace a una más adecuada contabilidad y control fiscal. Asimismo, contribuye a los requerimientos de un superior desenvolvimiento frente a la necesidad de acceder a nuevos mercados, mejor competencia y a superar las barreras proteccionistas.

A los brocárdicos trueque o permuta se los combina con vocablos de última generación, usualmente anglosajones, al igual que *barter*, propios de la terminología de los negocios internacionales⁴⁸. El uso y práctica empresaria se identifica con el *barter* que incluye una compensación por la diferencia de valores frente a la inequivalencia entre los bienes permutados, superado

⁴⁸ Combinaciones y modificaciones permanentes, un derecho vivo que sigue a los negocios, con variadas formas que las ubican dentro del campo de los contratos innominados del art. 970 CCCN. Ver crítica a un exceso de reglas legales en el derecho comercial, Marín Henríquez, C. y Polotto, E.R.B. 2012. Entrada: Franquicia. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. 2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho. Por ejemplo, vocablos como *countertrade*, *switch trading*, *offset*, *buyback*, *swaps*.

con el pago dinero o la entrega de cosas (Marzorati, 2003).

La naturaleza de este contrato es análoga a la "compensación", donde existen dos cuentas que se han generado dependientes la una de la otra⁴⁹.

No cabe confundir el "*barter* valuado" con las ventas recíprocas, aunque circunstancialmente puede recibir un tratamiento análogo. En el primer caso, se trata de un solo contrato, mientras que en el acuerdo recíproco o de venta, existen dos contratos vinculados (Marzorati, 2003).

VII - Tasación o precio de los bienes. Entrega. Negocio complejo: disposición de los bienes recibidos en trueque. Asientos contables (Res. Tec. N.º 20, F.A.C.P.C.E.) . El llamado "*barter* financiero"

Usualmente, con el interés de facilitar la operación, un empresario puede recibir bienes que no necesita o no hacen a su giro con la intención de disponer de ellos, *v.gr.* vendiéndolos. La venta la puede realizar aun cuando no haya recibido el bien o cosa⁵⁰, e incluso cuando todavía no se hubiera fijado el precio⁵¹, por lo que usualmente resulta de importancia que se determine la forma en que se deberá abonar el saldo insoluto que hubiere a favor de alguna de las partes, los plazos de

⁴⁹ Arts. 921 y ss CCCN.

⁵⁰ Conf. arts. 1131 y 1132 CCCN.

⁵¹ Conf. arts. 1133 , 1134 y conc. CCCN.

pagos y una eventual diferencia de fechas, las tasas de cambio, la entrega de certificados y el eventual endoso de la mercadería en tránsito⁵². En orden a la entrega de la cosa, parece razonable incluir una cláusula por la que se obligue al deudor del bien o cosa a garantizarla⁵³.

Las llamadas permutas o *barter* financieros (*swaps*) no difieren en su naturaleza jurídicas de la permuta comercial no enervándose su fin compensatorio, por una

⁵² Arts. 1152 y conc. Téngase presente que, cuando se trate de la recepción de la cosa y el pago del precio y en el supuesto de cláusulas que tengan difusión en los usos internacionales, se presumen utilizadas con el significado que les adjudiquen tales usos, aunque la venta no sea internacional, siempre que de las circunstancias no resulte lo contrario : art.1161 CCCN. Para: "endoso" de mercaderías en tránsito: conf. art.1149 CCCN. Véase: forma de registración contable de la permuta o *barter* en los libros contables de las partes: datos a tener en cuenta, el riesgo, calendarios, importe de los flujos de efectivo inmovilizados, sus valores de adquisición y actual (netos de impuestos) etc. Al respecto véase Res. N.º 20 de la Federación Argentina de Colegios Profesionales en de Ciencias Económicas, por ejemplo, una baja de un activo inmovilizado en el balance de una sociedad y la correlativa incorporación de otro, la distinta naturaleza de cada uno, sus respectivos valores de mercado, de adquisición, etc. Las erogaciones dinerarias, si las hubiera, etc.

⁵³ Conf. Marzorati, op.cit. pag. 391: "El exportador normalmente negociará su operación, luego de obligarse al *countersale* con un banco o agente financiero que asegure la entrega de la mercadería".

eventual procura de resultados meramente especulativos (Vega, 2015).

Referencias bibliográficas

Acquarone, María T. 2016, “La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios” en *Revista del Notariado* (N.º 924, 1-11-16).

Anaya, Jaime. 1965. *Código de Comercio*. Buenos Aires: Editorial Omeba.

Anaya, Jaime. 1977. “Notas sobre la Empresa” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N.º 37, pág. L25 y ss.

Arias, C, y Caballero, G. 2016. *El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica*. La Coruña: Editorial Netbiblo.

Ascarelli, Tulio. 1970. *Teoría de la concurrencia y los bienes inmateriales*. Barcelona: J.M. Bosch.

Barrenechea, Maria de la Cruz. 2016. “La permuta. Nueva regulación en el CCCN. ¿Siguiendo siendo título observable?”. *Revista Notarial. Colegio de Escribanos de Córdoba* (2016-02, N°94).

Centanaro, Esteban. 2012. Entrada: Permuta. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho.

2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho.

Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. 1999. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

De Castro y Bravo, Federico. 1975. *Las condiciones generales de los contratos como fuente del derecho comercial*. Madrid: Ed. Civitas.

De la Cuesta, Rute (director). 2001. *Contratos mercantiles*. Barcelona: J.M. Bosch.

de la Riva, I., Guiridlian, J. y Coviello. 2012. Entrada: Régimen del Dominio Público. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. 2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho.

Domínguez Guillén, María Candelaria. 2019. "La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana". *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (N.º 10 bis) Caracas.

Favier Dubois, Eduardo (h). *La empresa en el nuevo Derecho Comercial*". 6-XII- 15. Estudio Favier Dubois & Spagnolo. Disponible en:
<http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-empresa-en-el-nuevo-derecho-comercial-importancia-delimitacion-e-implicancias-legales-y-fiscales/>

Fontanarrosa, Rodolfo. 1997. *Derecho comercial argentino*. Buenos Aires: Ed. Zavallía.

Galgano, F. 2005. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: R. Culzoni.

López, Justo. 1977. *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada*. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna.

Marín Henríquez, C. y Polotto, E.R.B. 2012. Entrada: Franquicia. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. 2012. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [en línea]. Buenos Aires: El Derecho.

Otamendi, Jorge. 1998. "La Competencia desleal. Lucha por la clientela", Revista Jurídica (n°10) Universidad de Palermo.

Polotto, Ernesto R.B. 2011. "Aproximación al contrato de barter publicitario". *Conceptos* (año 85 N.º) págs. 57 y ss. Universidad del Museo Social Argentino.

Pueyrredón, Ernesto. 1974. "La Empresa. Su naturaleza y su fin" *El Derecho*, t.50, págs. 625 y ss.

Romano, Santi. 1964. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Romano, Santi. 2012. *El ordenamiento jurídico*. Con estudio preliminar de Martín Retortillo. Madrid: Ed. Reus.

Rubio, Jesús. 1969. *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona: Bosch.

Vega, José Antonio. 2015. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III.

Vega, José Antonio. 2011. *Permuta comercial. Barter*. Madrid: Ed. Reus.

*Doctor en Jurisprudencia (UCA)
Director del Instituto de Investigaciones de UMSA
Director de la Revista CONCEPTOS
Director de carreras de Posgrado en UMSA y en el CPACF
Juez retirado
Autor de numerosos artículos y libros sobre la temática

COMPLIANCE PARA EL SECTOR PÚBLICO: VIRTUDES PRIVADAS DE APLICACIÓN PÚBLICA

COMPLIANCE FOR THE PUBLIC SECTOR: PRIVATE VIRTUES OF PUBLIC APPLICATION

*Por Armando Ricci**

Resumen:

La normativa actual impone la obligación a cargo del Estado contratante de exigir que los oferentes cuenten con un Programa de Integridad. La función pública, sin embargo, no cuenta con idénticas herramientas ni con una estructura sistematizada a la hora de aplicar la ética de la integridad como lo hace el sector privado.

Se aborda la importancia de los estándares internacionales de *Compliance* y su aplicación a la actividad pública frente a los intentos de una desarticulada normativa nacional. Lo público y lo privado se cruzan, se complementan y muchas veces se contraponen antagónicamente.

Se analiza el aporte que pueden hacer los estándares que propone *Compliance* en cuanto a la integridad, la transparencia, al cumplimiento normativo y, en especial, a la recomendación para la creación de la figura del oficial de cumplimiento administrativo.

Palabras Clave: cumplimiento, oficial de cumplimiento, fraude, administración pública, riesgo

Abstract:

Current regulations impose the obligation of the State to require that its bidders have an Integrity Program. However, the public function does not have identical tools and a systematized structure when applying the ethics of integrity as the private sector does.

The importance of international Compliance standards and their application to public administration activity in the face of attempts at disjointed national regulations are addressed. The public and the private intersect, complement and often oppose each other.

We analyze the contribution that Compliance can make in terms of integrity, transparency, regulatory compliance; and especially the recommendation for the creation of the figure of the administrative Compliance Officer.

Key Words: compliance, compliance officer, fraud, public administration, risk

“Despertad a los hombres de las palabras y llevadlos a la contemplación de las cosas, mostrando el camino a quien quiera contemplar” Plotino. (L’Abbate y Quian Gao; 2007: 44)

Introducción Interrelación entre lo público y lo privado. El estado de excepción. Virtudes de *Compliance* para el sector público¹

A partir del reconocimiento de la ineludible interrelación existente entre el lado público y el privado en el contexto

1 “[...] *Compliance* es un vocablo inglés que identifica la función de cumplimiento legal y ético que alcanza las materias del Derecho, la Economía y Administración. Nace como respuesta corporativa y desde el derecho penal en Estados Unidos, a raíz de la investigación del Watergate denominándose “*criminal compliance*” o cumplimiento penal. La necesidad de recuperar la confianza en los negocios, da lugar en 1977 a la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), y en 1985 con el COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), cuyo objetivo era ser un referente como foro de profesionales destinado a confeccionar marcos de actuación y facilitar orientación sobre la gestión empresarial, el control interno y el evitar el fraude, comité conformado por representantes de la industria, de contabilidad pública y de la Bolsa de Valores de Nueva York. Ahora bien, los nuevos escándalos desatados en el año 2002 (por ejemplo, Enron, Tyco International, WorldCom o Peregrine Systems), dan lugar a la Sabanes-Oxley Act, que establece las obligaciones de las empresas en materia de comunicación de su gestión, configurando un verdadero punto de inflexión en los programas de *Compliance* ya que, a partir de ella, las exigencias en esta materia se hicieron más estrictas y extensas, tanto en EE.UU. como en Europa.” *Compliance y Derecho Administrativo Una visión desde el Derecho Argentino*. World Compliance Association. “<http://www.worldcomplianceassociation.com/1653/articulo-compliance-y-derecho-administrativo.html>. 30/06/20.

de la actividad comercial que se retroalimenta y potencia exponencialmente a lo largo del país, abordaremos la importancia de aplicar como herramienta, los estándares internacionales de *Compliance* a la actividad pública frente a los intentos de una desarticulada normativa nacional.

En toda crisis, los límites se desdibujan. Ya sea que las causas provengan del orden natural o bien de las recurrentes dificultades atravesadas por diversos sistemas económicos. En ambos escenarios, nos encontramos indefectiblemente frente a situaciones donde la *ética*,² *la transparencia*, *las políticas antifraude* y *protocolos de prevención* dejan paso a la discrecionalidad. Sin dudas, lo público y lo privado, en tanto el último es proveedor del primero, constituye la cara reversible de la cuestión central de este trabajo.

² “[...] Para Platón, las Ideas éticas son patrones morales universales con los que podemos juzgar los comportamientos humanos. Los valores universales (las Ideas) son válidos para el individuo y para la colectividad. Definen el ideal de sociedad humana. Según Platón, existe algo que es “la verdad sobre cómo tenemos que vivir”, y el intelecto humano la conoce cuando consigue el conocimiento de las Ideas perfectas, inmutables e inmateriales. Sólo quien logre este conocimiento tendrá la cualificación adecuada para dirigir la organización política y moral de la sociedad. Según Platón, el filósofo es el hombre que conoce las ideas y, por tanto, es el hombre que podrá solucionar los problemas de la convivencia humana. El Estado ideal será el que esté gobernado por hombres amantes de la sabiduría y, a la vez, excelentes y felices” Filosofía griega Platón: El intelectualismo moral.

<https://www.nodo50.org/filosofem/spip.php?article410>. (28/06/2020).

Incentivados muchas veces por la urgencia, vemos en lo cotidiano cómo se facilitan situaciones de fraude o se genera una franca vía de acceso a prácticas irregulares, arraigadas en el tiempo y desplegadas a través del accionar de operadores que comprometen la integridad del uso de los recursos tanto privados como públicos.

Procedimientos incumplidos, contrataciones irregulares, licitaciones públicas aparentemente mal concebidas, contrataciones directas encubiertas, conflictos de interés, precios por fuera de las condiciones de mercado, materiales averiados, entre otros, son sólo los primeros indicios de la violación tanto de pautas éticas como de normativa genérica y específica que ponen al descubierto la imperiosa necesidad de cubrir este espacio de manera eficiente, eficaz y sostenida a través de la **cultura del cumplimiento**. Siguiendo a Raúl Saccani la cultura de *Compliance* significa:

[...] el compromiso del órgano de gobierno y la máxima dirección con el cumplimiento de las normas y las acciones que derivan de ese compromiso. La cultura de integridad o *Compliance* favorece una cultura corporativa sana, donde se promueven los valores y comportamiento éticos que demanda nuestra sociedad, incluyendo el cumplimiento de las leyes (Saccani y Morales; 2018: 15).

El mundo, los gobiernos, las compañías, los organismos y las ONG asisten hoy de manera involuntaria a un “**estado de excepción**” conforme a la construcción efectuada por el Prof. Giorgio Agamben cuando señala: la “secreta solidaridad entre la anomia y el derecho” que se daban en la antigüedad caracterizadas por una

licencia desenfadada y por la “(...) suspensión y el desbaratamiento de las jerarquías jurídicas y sociales normales”. Asimismo, lo define como “un vacío o interrupción del derecho” (Agamben; 2014: 87). Esta situación anómala, similar en sus efectos a un cierto estado de anomia, debe ser atacada a través del refuerzo de prácticas transparentes y del monitoreo constante, tanto desde las organizaciones empresariales como desde la sociedad civil y, por supuesto, desde la administración pública. Resulta impensable la actividad pública en cualquiera de sus fases sin la participación de los sectores privados como proveedores o incluso como socios estratégicos.

Ese “**estado de excepción**” creado fácticamente o bien decretado como consecuencia de una crisis engendra, por un lado, la suspensión de ciertas garantías de raigambre constitucional en pos de un bien mayor, pero, a la vez, una percepción general distorsionada de la realidad donde se reducen manifiestamente los controles, aumentándose significativamente los riesgos; y los planes de integridad de las organizaciones crujen ante tal percepción. Lo urgente se enseñorea de lo importante.

La emergencia entonces será para toda organización, incluido el sector público, una potencial puerta de acceso para el virus del fraude y la corrupción.

Entonces... ¿No es ahora y es aquí la mejor oportunidad para aplicar *Compliance* a la función pública?

Si bien existen organismos públicos que hacen control de la función pública como la Sindicatura General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Oficina Anticorrupción, la Auditoría General de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, etc., la Oficina Nacional de Contrataciones y leyes como la N° 25.188 sobre Ética de la Función Pública³, el sistema luce desarticulado y no responde a una Política de Estado que trascienda los cambios de signo político. En la ley bajo comentario, aún luego de todas las reformas producidas, subsiste como principal defecto el hecho de generalizar la ética sin obligar en paralelo a cada área de la administración pública a desarrollar su propio mapa de valores construido a través del descubrimiento de las propias normas de conducta que debe regir la actividad del Estado en cada área de incumbencia.

³ A poco de adentrarnos en el análisis normativo de la ética en la función pública en nuestro país, la encontramos esbozada en la Ley N° 25.188, y descubrimos que sufrió complementos o modificaciones por más de 80 normas posteriores a su sanción en 1999. Pero, lo significativo es que la Comisión Nacional de Ética Pública creada y que debía ser integrada con 11 miembros, elegidos uno por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; uno por el Poder Ejecutivo de la Nación; uno por el Procurador General de la Nación; ocho lugares a cubrir por ciudadanos que serán designados por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso adoptada por dos tercios de sus miembros presentes, dos de los cuales debían ser: uno a propuesta del Defensor del Pueblo de la Nación, y el otro a propuesta de la Auditoría General de la Nación, fue derogada.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm>. (02/06/2020).

La Ley N.º 27.275 sobre acceso a la información pública consagra una serie de principios en su título preliminar entre las que destacan la presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación.⁴

⁴ Ley N° 27275. ARTÍCULO 1º — *Objeto*. La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los siguientes principios:

Presunción de publicidad: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley.

Transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.

Informalismo: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento. **Máximo acceso**: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles. **Apertura**: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros. **Disociación**: en aquel caso

en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción. **No discriminación**: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo

para la solicitud. **Máxima premura:** la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor. **Gratuidad:** el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley. **Control:** el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente. **Responsabilidad:** el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan. **Alcance limitado de las excepciones:** los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información. *In dubio pro petitor:* la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información. **Facilitación:** ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información. **Buena fe:** para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>.

No obstante, tal como lo señala Federico Recagno, Presidente de la Fundación Éforo en su Editorial del *Diario Perfil*, “Hubo y hay algunos funcionarios que quieren confundirnos diciendo ser transparentes, pero en realidad pretenden ser invisibles, pasar desapercibidos o quedar impunes”. (2020: 3).

Ante eso nos preguntamos: ¿podrán los diversos organismos desarticulados lidiar en el amplio frente de batalla multiplicado por el “estado de excepción”, de manera eficiente?⁵

La respuesta claramente es negativa. Nadie puede cumplir semejante misión en soledad.

⁵ “[...] En Europa, Italia será el pionero en la materia con el Decreto Legislativo número 231, de 8 de junio de 2001 “*Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica*” que estableció la responsabilidad administrativa, no penal, de las personas jurídicas, por infracciones cometidas por sus administrativos y personal dependiente. Los eventuales procesos derivados de estas situaciones se siguen ante un juez penal y bajo las normas del proceso penal, aun cuando, como decimos, su responsabilidad es solo administrativa. Esta regulación va a llegar a nuestro país con la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Nro. 27.401 y los requerimientos de la OCDE y – nuevamente – desde el derecho penal aparece la función del *compliance*.” World Compliance Association. Compliance y Derecho Administrativo Una visión desde el Derecho Argentino.

<http://www.worldcomplianceassociation.com/1653/articulo-compliance-y-derecho-administrativo.html> (01/07/2020).

Ante el interrogante, señalamos en primer lugar que, si bien el sistema de *Compliance* está pensado sobre la base de situaciones patológicas, o más bien nace de la necesidad de tratarlas y prevenirlas, ante semejante distorsión global de la operatoria e interacción de entes públicos y privados, una primera conclusión luce clara a la hora de establecer prioridades: el sistema de *Compliance* pensado, articulado e implementado para el sector privado como consecuencia de las necesidades que fija el mercado y los *stakeholders* antes de la crisis pandémica no resultará suficiente para el sector privado. La primera conclusión aparece rápido: si este es un momento de gran puesta a prueba para los privados, cuánto más lo será para la actividad pública que se encuentra en estado embrionario a la hora de mover sus estructuras de control de gestión, cumplimiento normativo y prevención.

Pero hoy la contracara del sector privado no habla su mismo idioma respecto a lo que conocemos como programa de integridad ni utiliza las herramientas que brinda, por ejemplo, el mapa de riegos.

Está claro que hay que direccionar esfuerzos y recursos siempre escasos hacia una nueva realidad que parece desbordarse y revalorizar, partiendo de una adecuada escala de valores, la adecuada mensura de los riesgos asociados a cada área de gobierno, por cierto, hoy inexistente, más allá de la normativa que encontramos en diversas normas asociadas con la función pública.

II. Efecto de las crisis sobre los riesgos

La suma de actividades que la función pública realiza para el conjunto de una sociedad dada podemos dividirla en áreas de gobierno enfocadas en dirigir, ordenar, hacer cumplir e integrar a la sociedad, donde el poder político enlaza esas funciones actuando como catalizador de las fuerzas que actúan en cada sociedad, evitando la descomposición social y favoreciendo el aumento de la vigencia y fortaleza del sentido de pertenencia, el interés general o Bien Común.⁶

Por tomar un área de esa actividad sujeta a fuerte presión de agentes diversos externos e internos de los más diversos, como es la función electoral, seguimos a Jorge Szeinfeld y Mariana Manso que expresan en su libro *Evolución, análisis y crítica del sistema electoral argentino*:

La realización de esta actividad de gobierno por parte del poder político es [o debería ser]⁷ una respuesta a proyectos, problemas y demandas sociales, y la adopción de decisiones y ejecución de acciones en que consiste esta acción de gobierno producen resultados en la sociedad que redundan en un cambio de la situación social (Szeinfeld y Manso: 2016).

⁶ “[...] La política tiene por objeto consolidar la conveniencia en el bien común. El bien común es comunicable a cada uno de nosotros para alcanzar nuestro desino natural y sobrenatural. Evangelizar la política es pues asegurar los valores compartidos por todos los hijos de Dios: derechos y humanos, seguridad jurídica, paz social, oportunidades económicas, moral pública y privada”. (Frías: 1989).

⁷ Nota del autor.

Siguiendo lo que Bouza-Brey podría denominar como operaciones típicas del poder, consignada en la obra citada se mencionan las siguientes:

- Una actividad de dirección suprema de la sociedad, consistente en el establecimiento de los grandes objetivos sociales a través de la propia percepción política.
- La defensa, exterior e interior.
- La normativa finalista, o establecimientos de las normas finales, generales y superiores de la sociedad.
- Una actividad de ordenación e integración de la sociedad, mediante el establecimiento de las normas organizativas generales y superiores de la sociedad.
- La actividad administrativa, mediante la cual se ejecuta las normas y decisiones generales, se proporcionan servicios públicos a la población.
- La actividad judicial, mediante la cual se adjudica el derecho preferente a los intereses conflictivos en los casos concretos.
- La actividad político-partidista.

La realización de cada una de estas operaciones o procesos de gobierno es compartida, generalmente, por varias estructuras o instituciones dentro de la administración pública en sus diferentes facetas, todas ellas sometidas a los riesgos propios de la actividad que implica el manejo del erario público.

A continuación de esta afirmación, las preguntas que nos formulamos son: ¿cómo enfrentar los riesgos que el ejercicio de la función pública implica, sin un adecuado mapa de riesgos de la actividad administrativa? y ¿cómo

aportar valor a la actividad sin mensurar previamente su eficacia y eficiencia en el manejo de los recursos públicos?

Es aquí donde las herramientas que brinda *Compliance* aparecen como una necesidad y una solución.

Los riesgos de delitos financieros relacionados con la crisis del COVID-19, tales como fraudes financieros, estafas, tráfico de medicamentos falsificados, oportunidades de inversión fraudulentas, esquemas de *phishing*⁸, recaudación de fondos para organizaciones benéficas falsas, entre otros, han aumentado cada día, y los vemos con mayor claridad durante una crisis.

Según Michel Foucault, la gran conquista de la democracia griega fue “el derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder logrado durante el Siglo V” (1978: 66). Siguiendo la obra citada, ese derecho no es otro que el de “oponer una verdad sin poder, a un poder sin verdad” en alusión al valor de las formas racionales de la prueba, como producir la verdad y en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse.

⁸https://www.springer.com/gb/book/9783642041167?gclid=CjwKCAjwmrn5BRB2EiwAZgL9ovqAXQ0b-LrtBmhVGpyLLclMMzObLI6cubFX0EsFwZxgfuCTm9GgmxCqooQAvD_BwE#otherversion=9783642444593. “El *phishing* es el intento fraudulento de obtener información sensible o datos, como nombres de usuario, contraseñas y detalles de tarjetas de crédito, disfrazándose como una entidad confiable en una comunicación electrónica”. (Ramzan, Zulfikar. 2010).

Dentro del planteo que nos presentan estos interrogantes, difícilmente podremos aportar verdad a la función pública, ni pruebas ni sanciones sin un adecuado sistema de control de gestión, prevención de actos de corrupción, resguardo de las evidencias que ofrece *Compliance*.

Conocer para poder medir-medir para luego controlar-controlar para prevenir.

Con la pandemia del COVID-19, se inauguró un periodo de puesta a prueba de todo el sistema, a partir de su efecto principal consistente en quebrar, suspender y a veces subvertir temporalmente el orden dado. En la crisis actual, el denominado ambiente de control voló por los aires, flexibilizando la percepción de lo que está bien y de lo que no, en el marco de la situación de emergencia global, sumada al impacto sanitario registrado en cada jurisdicción.

En el sector privado, ya sea por la urgencia o bien por la escasez de recursos, quizás por la falta de políticas de emergencia, la transparencia, la adecuada rendición de cuentas y los procesos de auditoría con base en el sistema de mejora continua están amenazados, por lo que como mínimo entendemos prudente su revisión.

Ahora bien, antes de la crisis, el sector privado ha visto incorporar, a su ya nutrida lista de normativa de leyes, decretos, resoluciones, comunicaciones y disposiciones varias, la Ley de Responsabilidad de las Personas

Jurídicas N° 24.701.⁹ Se introdujo entonces el concepto de “culpa en la organización”, a diferencia de las históricas teorías de la “ficción”, “organicista” y de la “disolución del sujeto físico en un concepto jurídico de persona”, la teoría de la culpa no se focaliza exclusivamente en el órgano de administración, sino que “se disemina entre varios individuos que a lo largo del tiempo deben mantener una cultura y sistemas específicos de cumplimiento”. (Pfister y Papa; 2019: 87)

Pero ¿y el sector público nacional provincial y municipal y sus entes autárquicos?¹⁰ ¿El **Controlador** es debidamente controlado?

En ese orden, resulta impostergable un replanteo de la situación de la administración pública desde la particular óptica del cumplimiento normativo, teniendo en cuenta los efectos registrados en el área privada y las

⁹ Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846>
(15-06-2020)

¹⁰ “El «sector público» comprende los organismos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales, así como a sus funcionarios, nombrados o elegidos, remunerados o no, temporales o permanentes a nivel de la administración central y subnacional. Puede, asimismo, incluir empresas públicas o estatales, asociaciones público-privadas, incluidos sus directivos y funcionarios, así como entidades que presten servicios públicos (por ejemplo, salud, educación y transporte público), los cuales en algunos países son externalizados o financiados con capital privado”. Ver:

<http://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>. (20/06/2020)

noticias que ya nos llegan sobre irregularidades que tienen a la administración pública como eje.

Las crisis entonces, como categoría sociológica, no hacen más que agravar las disfuncionalidades del sector público frente a la incertidumbre coyuntural; pero, a partir de la verificación y comprobación de tales incumplimientos, es posible construir un sistema donde lo público y lo privado en términos de Ética y *Compliance* sean complementarios y donde el sector privado no sea un rehén de lo público, eximido indirectamente a su vez del cumplimiento normativo que pregona, legisla desde el poder legislativo y reglamenta desde el poder ejecutivo.

Ante la actual situación que representa la pandemia de COVID-19, la comunidad internacional ha tomado medidas y ha aplicado recursos a fin de mitigar, en lo posible, el impacto de este fenómeno en la población. En este esfuerzo necesario, surge la posibilidad de que algunas medidas o controles encaminados a la prevención y combate del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo se hayan visto afectadas y, por lo tanto, surjan posibles amenazas y/o vulnerabilidades en los sistemas antilavado de activos y contra el financiamiento al terrorismo implementados por los diferentes actores en las distintas jurisdicciones en el mundo.

Sector público y privado deberían estrechar filas con un claro abordaje estratégico basado en los riesgos

conocidos y en aquellos alimentados por la situación global sin precedentes.

El riesgo en *Compliance* está enfocado en el incumplimiento y es, en síntesis, la potencial exposición a sanciones legales, daño reputacional, pérdidas patrimoniales a las que se encuentra expuesta una organización cuando se aparta en su actuación del sistema normativo general y del particular aplicado al área de su actividad.

Sobre la base de ello, es factible colegir que la función pública se encuentra inmersa, desde lo social, lo operativo, lo “humano”, en las mismas encrucijadas que el sector privado y es parte necesaria en la producción de ese riesgo cuando de actividad pública privada se trate.

El tiempo de pensar al funcionario público como simple engranaje en la toma de decisiones de su superior, y con ello ser un mero instrumento de la decisión de aquel y relevado de toda responsabilidad, ha quedado atrás. Y, si todavía quedan vestigios de esta posición, deberían ser reemplazados rápidamente por un criterio más llano, simple y contundente. El de la responsabilidad por el acto propio.

Siguiendo al Dr. Pedro Frías (1988) en su exposición sobre “La cultura de la corrupción” cuando expresa “*No cabe duda de que solo la educación moral puede construir personalidades sólidas que resistan tentaciones a que todos estamos expuestos. Pero hay también respuestas institucionales*”, y recomienda, para la función pública, las oficinas de ética, las declaraciones juradas e incluso va un poco más

allá y señala la inversión de la carga de la prueba (Ley N° 16448). No obstante, alerta sobre la respuesta institucional más segura: “La eficiencia del servicio de justicia”. Tema que si bien no es el objeto del presente trabajo, insoslayablemente lo involucra.¹¹

Asistimos a relaciones que se desarrollan en un mundo cada vez más regulado. Las fronteras han caído por efecto de la tecnología. Lo transnacional se ha impuesto por sobre la jurisdicción acotada. Este actuar en varias jurisdicciones y a través de la web plantea, para los estados en su función propia, grandes desafíos acompañados indefectiblemente de grandes riesgos.

Sólo a través del reconocimiento del valor que un adecuado Plan de Integridad, estructurado en torno de los valores de la Ética y *Compliance* aplicado a la función pública, podrá mitigarse ese riesgo y prevenirse los efectos disvaliosos. Es, a través de su sistema de controles, donde podrán “mapearse”, para luego conocerse y mensurarse, establecer un sistema de mitigaciones y de control efectivo de aquellos riesgos asociados.

Recordemos que todo Plan de Integridad se asienta sobre cuatro pilares básicos que lo conforman: El Código de Ética, el Mapa de Riesgos, los Protocolos de Actuación y un responsable interno a cargo del

¹¹ “[...] Los sospechados o acusados de corrupción invocan la presunción de inocencia y les corresponde. Pero debieran más bien presumir de responsabilidad. No hay que ampararse en los fueros ni impedir investigaciones. Hay que saber irse a su casa y facilitar la tarea de la justicia” (Frías; 1988: 188).

desarrollo, coordinación y supervisión del Plan de Integridad, denominado: Oficial de Cumplimiento, cuya función puede ser desempeñada por una persona humana o por un ente colegiado interno o externo a la organización.

En ese sentido, será importante establecer principios similares a los Planes de Integridad privados aplicados a cada área de la administración, que ayuden a estructurar el autocontrol de la actividad estatal. Lo mismo respecto de un funcionario a cargo de las mismas responsabilidades y reportes que un *Compliance Officer* u Oficial de Cumplimiento. Conforme expresa Ramiro Cabrero: “El Oficial de cumplimiento deberá contar con una sólida capacidad técnica que le permita identificar tempranamente los riesgos de la organización, gestionar un programa de cumplimiento adecuado a los mismos y dirimir dilemas éticos”. (2018:248).

A modo de ilustrar alguno de esos riesgos incentivados o exacerbados con la crisis pandémica, señalamos:

- La flexibilización de procedimientos licitatorios organizados desde la administración pública y el bajo control y escasez de operaciones sospechosas.
- El aumento de la necesidad de financiamiento y la utilización de activos virtuales, lavado de activos, inversiones fraudulentas a través de estafas llamadas “Ponzi.”

- La alteración de protocolos sobre estándares requeridos sobre materiales médicos y la adulteración de medicamentos e insumos con destino al hospital público.
- Las contingencias laborales del empleado público frente al trabajo domiciliario y el trabajo remoto de las oficinas públicas que impacta en la capacidad de análisis de operaciones realizadas o en curso y reducción o suspensión de aplicación de estándares.
- El robo de datos personales (tarjetas, cuentas bancarias) generados a través de operaciones remotas.

Sin dudas el estado de excepcionalidad basado en la crítica situación del mercado, sumado a la proliferación de las actividades de las ONG o de actores informales de la economía, debe ser revisado, contenido y suprimido.

III. La ética en la función pública. Esbozo normativo a la hora de fomentar la cultura de cumplimiento en el sector público

La función pública encuentra, dentro de sus obstáculos primarios, los actos de corrupción que afectan en un tándem inseparable tanto a la productividad del sector público como a la que se espera del sector privado, profundizando, como consecuencia de ello, los niveles de pobreza, la falta de lucidez a la hora de asignar partidas presupuestarias generando desigualdad y vedando la posibilidad de brindar oportunidades similares a miles de ciudadanos.

Por ello es necesario desarrollar una perspectiva integradora de la sociedad en su diversidad de roles frente a la interacción con el sector público con el objetivo de optimizar el estándar de excelencia que debiera registrar la actividad en su relación con lo privado.

La ética de la integridad debiera estar presente en cada interacción registrada en “ambos lados del mostrador”. Debiera convocar a los operadores de ambas orillas, evitando la implementación de políticas públicas sin tener en cuenta el bien común o interés general, con el objetivo de reducir desigualdades, afianzar los valores democráticos y el desarrollo de la economía. Sobre la base de ello, entendemos que el llamado a converger dentro del marco ético es tanto para los ámbitos público y privado como para toda la sociedad civil.

Hasta ahora el énfasis puesto en el sector privado, en la materia que nos ocupa, no se ve contrapesado adecuadamente con el desarrollo de políticas y acciones concretas con igual sentido en el área de actuación de los gobiernos. Los valores y disvalores humanos se dan en ambos lados de la actividad por lo que resultará siempre insuficiente legislar, instituir, auditar y medir a solamente una de las partes de la ecuación.

En 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹² adoptó una nueva Recomendación sobre Integridad Pública destacando:

[...] Es esencial para construir instituciones sólidas y asegurar a los ciudadanos que el gobierno está trabajando en su interés, no solo para unos pocos. La integridad no es solo una cuestión moral, también se trata de hacer las economías más productivas, los sectores públicos más eficientes, las sociedades y las economías más inclusivas. Se trata de restablecer la confianza, no solo confiar en el gobierno, sino confiar en las instituciones públicas, los reguladores, los bancos y las empresas.¹³

¹² Para la División de Integridad Pública de la Dirección de Gobernanza Pública (GOV) su misión en la OCDE consiste en ayudar a los gobiernos, a todos los niveles, a diseñar y aplicar políticas estratégicas, innovadoras y basadas en datos empíricos que ayuden a fortalecer la gobernanza pública, a responder con eficacia a diversos problemas y obstáculos económicos, sociales y ambientales, y a cumplir los compromisos públicos ante los ciudadanos. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>. (20/06/2020).

¹³ [...] La CONTRATACIÓN PÚBLICA sigue siendo una fuente desaprovechada de prosperidad económica y social. Representa el 13 % del PIB en países de la OCDE y un tercio de los gastos gubernamentales generales. Sin embargo, sigue siendo en gran medida burocrática, ineficiente y altamente vulnerable a la corrupción. La INFRAESTRUCTURA PÚBLICA, en especial los grandes proyectos, son particularmente vulnerables a la corrupción y a la mala gestión. Son comunes los rebasamientos presupuestarios, retrasos y elefantes blancos. CAPTURA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERESES PARTICULARES: las políticas públicas se ubican en el centro de la relación entre ciudadanos y gobierno, y determinan la calidad de vida cotidiana de los ciudadanos. La

Resalta la contratación pública como **fuentes de prosperidad** para la sociedad y la calidad de vida de los ciudadanos, y efectúa recomendaciones sobre este tipo de contrataciones para garantizar la integridad y frenar la corrupción destacando la integridad, la transparencia, la participación, la accesibilidad, las ventajas de la contratación electrónica, la supervisión y el control como principios y mecanismos destinados a su utilización como herramienta de crecimiento.

En su descripción sobre las ventajas y desventajas de la obra pública, señala particularmente su vulnerabilidad a los actos de corrupción y mala gestión, pero también una oportunidad para los gobiernos de “demostrar integridad e incrementar la confianza de los ciudadanos”.

Coincidimos que, mediante la participación de las partes interesadas, se favorece el control sobre el bien público, pero será necesario garantizar la transparencia, una adecuada rendición de cuentas optimizando el manejo de lo público asimilándolo a los niveles de eficiencia

captura regulatoria, donde las decisiones sobre políticas públicas son tomadas sin tener en cuenta el interés general, puede exacerbar las desigualdades y menoscabar los valores democráticos, el crecimiento económico y la confianza en el gobierno. El Marco de la OCDE para Evitar la Captura Regulatoria propone mecanismos para privilegiar el interés público, mediante la participación de las partes interesadas, garantizando la transparencia, promoviendo la rendición de cuentas y mejorando las políticas de integridad organizacional. Ver <http://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>". (02/07/2020)

organizacional del sector privado y, conforme al objetivo del presente trabajo, resulta evidente la necesidad de destrabar la desarticulación evidenciada entre los fundamentos que deben nutrir a la función pública y al funcionario público. Entre ellos la transparencia, el cumplimiento normativo, el control efectivo y, como tono básico de dicha función, el estándar jurídico del buen hombre de negocios a través del concepto de buena administración aplicada a los gobiernos y a los asuntos públicos y la rendición de cuentas.

Así como el directorio encuentra, dentro de sus responsabilidades básicas, la administración de bienes de terceros (los accionistas), los funcionarios públicos administran los bienes de la comunidad.¹⁴ Por ello, debe ser estricto el criterio de aplicación del estándar jurídico bajo comentario que no es otro en el caso de la administración pública que el del Buen Hombre de Negocios.

En otras latitudes, por ejemplo en la Unión Europea, se estableció a través del art. 41 de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”¹⁵ el reconocimiento de los derechos fundamentales y se

¹⁴ Ley N° 19.550. El artículo 59 dispone: “[...] Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. (...) No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de los socios”. (Zunino: 2015).

¹⁵ Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/202/Z00389-00405.pdf>. (30/5/2020)

destacan, en ese artículo, ciertos derechos que toda persona tiene, entre ellos:

- A ser oídos y a que las Instituciones y Órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
- Al ejercicio del derecho de defensa antes de que se tome en contra suya toda medida.
- A que la Administración respalde y motive sus decisiones.
- A la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

IV. Principios básicos a tener en cuenta a la hora de aplicar *Compliance* al sector público

Así como que el fortalecimiento de la cultura de integridad en una empresa privada debe provenir desde lo más alto de la jerarquía (*Tone at the Top*)¹⁶ y derramar

¹⁶ “[...] La frase: “**tono en la parte superior**” se originó en las firmas de auditoría, donde se utilizó para hacer referencia a la actitud de la administración de una empresa hacia los controles internos y la ética. Se utiliza para definir la gestión y el liderazgo y el compromiso de la junta directiva para ser honesto y ético. Tiene un impacto significativo en el entorno cultural y los valores corporativos de una empresa”. Disponible en:

<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/tone-at-the-top/> (03/06/2020). Corporate Finance Institute.

hacia toda la organización, en el sector público a diferencia de aquel, debe ser compartida por todos los niveles de la administración a través de sus diferentes atribuciones y niveles de jerarquía y de autonomía de conformidad con los marcos jurídicos e institucionales nacionales, provinciales o municipales, dado que, en el caso del sector público, el rol desempeñado en lo privado por los dueños del capital (y también por el resto de los *stakeholders*¹⁷) aparece difuso tras un concepto de un “Otro-con-Mayúsculas” no siempre identificado, ni bien ponderado en su poder de auditoría, control de gestión y poder sancionatorio. A ello contribuye, sin dudas, el recambio político cada dos o cuatro años según sea el poder del Estado en el que nos enfoquemos.

Por otro lado, ambos sectores se enfrentan a organizaciones criminales cada vez más sofisticadas que atacan al sistema con complejas herramientas cibernéticas para cometer fraudes, lavar dinero, evadir impuestos, financiar terrorismo, financiar campañas políticas¹⁸, etc.

¹⁷ Definición de *stakeholder*: “Una persona como un empleado, cliente o ciudadano que está involucrado con una organización, sociedad, etc. y, por lo tanto, tiene responsabilidades hacia ella y un interés en su éxito”. Cambridge Dictionary.

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/stakeholder>. (02/07/2020).

¹⁸ Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos N.º 26.215. Promulgada de Hecho en enero 15 de 2007, legisla sobre el patrimonio de los partidos políticos, el control patrimonial anual y el financiamiento de campañas electorales; y tiene incorporado un

Sobre la base de lo dicho y utilizando la experiencia acumulada en el sector privado, nos permitimos señalar algunas recomendaciones y principios a tener en cuenta a la hora de aplicar *Compliance* al sector público:

sistema de sanciones tanto para los partidos como para los terceros (art. 50), y los límites para recibir financiación de terceros en sus artículos 16 y siguientes y dispone de un Capítulo II sobre Fiscalización y Control Patrimonial Anual. Pero, en lo que hace al sistema de sanciones dispuesto por el Título V - De las sanciones, donde se establece como sanción la pérdida del derecho a recibir contribuciones, subsidios y todo recurso de financiamiento público anual, por un plazo de uno a cuatro años, y los fondos para financiamiento público de las campañas electorales por una (1) a dos (2) elecciones, a los partidos políticos cuando: a) recibieran o depositaran fondos en cuentas distintas de las previstas en los artículos 20 y 32 de esta ley, o que se trate de fondos no bancarizados; b) habiendo retirado sus candidatos, no restituyeran el monto recibido en concepto de aporte de campaña, en los términos del artículo 39; c) recibieran donaciones, aportes o contribuciones en violación a lo dispuesto por los artículos 15, 16, 16 bis, 16 ter, 16 quáter y 44 bis; d) realizaran gastos en prohibición a lo previsto en los artículos 45 y 47; e) contrataren o adquirieren, por sí o por terceros, espacios en cualquier modalidad de radio o televisión, para promoción con fines electorales, en violación a lo previsto en el artículo 43; f) los informes de los artículos 23 y 58 de esta ley no permitieran acreditar fehacientemente el origen y/o destino de los fondos recibidos, para desenvolvimiento institucional y para campaña respectivamente; y g) no restituyeren, dentro 90 días de realizado el acto electoral, el remanente del aporte de boletas o el total, en caso de que no haya acreditado en forma indubitada el gasto en el informe final de campaña.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/124231/>. (29/6/2020).

- 1) La entronización de la cultura de cumplimiento a través del reconocimiento de la función de *Compliance* aplicado a la función pública como contracara y espejo del sector privado.
- 2) Implementar capacitación y campañas de difusión de prevención sobre fraude, cohecho y demás delitos contra la administración pública.
- 3) La profesionalización de la función pública. Mejores funcionarios para mejores resultados, traducido en la cobertura en los puestos de decisión a través del concurso de antecedentes.
- 4) La responsabilidad personal, del funcionario público y de toda la línea involucrada en la toma de decisiones con independencia de la propia del Estado.
- 5) La construcción de un mapa de riesgos por cada área de la administración, con actualización periódica.
- 6) La aplicación de políticas internas a la medida de cada área de la administración a fin de prevenir conductas criminales.
- 7) Incorporar, a la agenda de entes reguladores y de organismos de control, el análisis de cada área de la actividad identificando los riesgos asociados.
- 8) Identificar riesgos asociados a la pandemia, para estar preparados para generar condiciones óptimas que lleven de la manera más eficiente a la recuperación poscrisis.
- 9) Documentar procesos e investigaciones y optimizar las operaciones a distancia, firmas digitales, certificaciones.

- 10) Focalizar el control sobre transacciones financieras nacionales e internacionales realizadas a través de sistemas cibernéticos.
- 11) Crear o activar los canales de denuncia, convertidos en una de las mejores formas en que los malos comportamientos podrán ser identificados y tratada de manera más eficaz y preventiva su resolución o bien su mitigación.
- 12) Desarrollar, promover y promocionar un Código de Protección al Denunciante de la administración pública y promover y garantizar la indemnidad del denunciante.
- 13) En consonancia con el principio “Conozca a su Cliente”, implementar procesos de debida diligencia simplificada o ampliada, de acuerdo con el perfil de los administrados con los que opera, las transacciones y los indicadores claves de riesgo eliminando toda excepción y el ingrediente discrecional.
- 14) Mantener actualizada la información de los administrados con los que opera y resguardar los documentos exigidos por las regulaciones locales, los bancos corresponsales y los estipulados en los estándares internacionales.
- 15) Documentar y almacenar plenamente las operaciones, exigiendo las respectivas declaraciones de origen y destino de los fondos, pagos a terceros, y toda otra documentación necesaria.
- 16) Reportar todas las transacciones sospechosas sin ningún tipo de monto límite de manera ágil, clara, efectiva y oportuna.

17) Establecer un programa de capacitación integral y continua que se adecúe a los distintos tipos de empleados y que incorpore a proveedores y terceras partes relacionadas.

18) Auditar procesos e informes llevados adelante por entes o personas humanas calificadas y neutrales.

19) Mantener actualizadas las plataformas tecnológicas asociadas a los procesos de control establecidos en el manual de cumplimiento.

20) Crear la jerarquía con autonomía operativa del Oficial de Cumplimiento con reporte al máximo funcionario de su organigrama funcional y con dependencia jerárquica de la Auditoría General de la Nación.

V. Conclusiones

Lo público y lo privado, en lo que hace a la esfera de sus incumbencias, son caminos que se cruzan, se complementan y muchas veces se contraponen antagónicamente.

Hoy la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas impone la obligación a cargo del Estado contratante de exigir que los oferentes cuenten con un Programa de Integridad. Es decir, *Compliance* para una sola de las partes.

La función pública, sin embargo, no cuenta con idénticas herramientas, percibidas como tales, a la hora de aplicar la ética de la integridad como lo hace el sector privado. Un sistema laberíntico y confuso de normas frustra la

mayoría de las veces los valores de raigambre constitucional. No obstante, toda política pública debe, como objetivo primario, propender al bien común en el marco de un sistema democrático que fomente el desarrollo de las diversas áreas de la economía.

El tratamiento debe ser similar a ambos lados de la ecuación público-privada, y las consecuencias que trae el apartamiento deben ser controlables, medibles, previsibles y con sanciones efectivas en la persona de los funcionarios.

Por las características de los intereses que se manejan en el ámbito público, el aporte que pueden hacer los estándares que propone *Compliance*, en cuanto a la integridad, la transparencia, al cumplimiento normativo, a hacer las cosas que hay que hacer y bien, lucen innegables.

La función pública se debe a sí misma y a la sociedad en conjunto completar este proceso pendiente: la aplicación de la ética del cumplimiento a su área de incumbencia. Ya sea en tiempos de normalidad o de crisis, la administración de lo público es siempre un área riesgosa. Se trata, sin dudas, de un cambio de paradigma de las organizaciones donde el Estado debe ser el espejo prístino donde mirarnos.

Hay un largo camino por recorrer. El primer paso ya lo ha dado el sector privado que debe, a su vez, dar profundidad a un cambio cultural.

Para lograr un cambio efectivo entendemos, además, que será necesario dotar a la función pública de la figura del oficial de cumplimiento, al estilo del *Compliance Officer*, que vele por su propio programa de integridad desde la mirada de la prevención y utilizando los mecanismos de alerta temprana, en este caso, desde el enfoque del derecho administrativo, con reporte a la máxima autoridad de la unidad administrativa a la que pertenezca y con reporte a la Auditoría General de La Nación. Actualmente, esa función, llevada adelante por los distintos organismos del Estado, resulta insuficiente, está fragmentada o es inexistente.

Abogamos, desde estas líneas, por una pronta toma de conciencia e implementación de la revisión de los instrumentos legales en vigor junto a la creación de los nuevos a la medida de los tiempos, para lograr un equilibrio entre las tensiones existentes entre lo público y lo privado. Abogamos también por la creación de una verdadera cultura del cumplimiento del sector público a través del formidable andamiaje que nos provee *Compliance*.

Referencias bibliográficas

Agamben, Giorgio. 2014. *Estado de excepción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora.

Cabrero, Ramiro. 2018. "El rol del oficial de cumplimiento en la práctica". En Sacconi, R. y Durrieu, N. *Compliance*,

anticorrupción y responsabilidad penal empresarial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed.: Thomson Reuters.

Foucault, Michell. 1978. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Ed. Gedisa.

Frías, Pedro. 1988. *La cultura de la corrupción*. Ciudad de Buenos Aires: Ed. Jurisprudencia Argentina.

Frías, Pedro. 1989. *Libro en Conmemoración del 80 Aniversario 1918/1998*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Jurisprudencia Argentina.

L'Abbate, Analía y Quian Gao, Karina. 2007. *La estrategia del dragón*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: V&R Editores.

Pfister, M. S. y Papa, R. 2019. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas por actos de corrupción. Su tratamiento en derecho argentino y comparado*. Ciudad de Buenos Aires. Ed.: Erreius

Ramzan, Zulfikar. 2010. "Ataques de *phishing* y contramedidas". En Stamp, Mark y Stavroulakis, Peter. 2010. *Manual de seguridad de la información y la comunicación*. Berlin. Springer-Verlag Berlin and Heidelberg GmbH & Co. K

Recagno, Federico. 2020 "Acciones para la participación ciudadana". En *Diario Perfil*, 9 de agosto de 2020.

Saccani, Raúl y Morales Oliver. 2018. "Definiendo *compliance* y los programas e integridad" en *Tratado de compliance*. Ciudad de Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía Thomson Reuters- La Ley.

Szeinfeld, Jorge y Manso, Mariana. 2016. *Evolución, análisis y crítica del sistema electoral argentino*. Servicio de Difusión de la Creación Intelectual es el Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata. Ed.: EDULP. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/59915> (28/06/2020).

Zunino, Jorge O. 2015. *Régimen de sociedades comerciales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Astrea.

*Abogado (UBA)

Maestría en Derecho Empresario t.e.p, certificado en la IFCA International Federation of Compliance Association y en la Asociación Argentina de Ética y Compliance en Ética y Compliance.

*Asesor de empresas públicas y privadas, mediador
Profesor de grado y posgrado. Titular de cátedra de las asignaturas Comercial I y Comercial II en la Universidad del Salvador.*

Autor de artículos y expositor en conferencias y webinars en temáticas de la especialidad.

Correo electrónico: dr.armandoricci@gmail.com

LA ATMÓSFERA DE DERECHO PÚBLICO¹ DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: EL RÉGIMEN EXORBITANTE

*THE ATMOSPHERE OF PUBLIC LAW OF PUBLIC
PROCUREMENT: THE EXORBITANT SYTEM*

*Por María José Rodríguez**

Resumen

La contratación pública como actividad administrativa pone de manifiesto el poder público del Estado y resulta envuelta por “una atmósfera de derecho público”: el denominado “régimen exorbitante del derecho privado”. En este se revelan las prerrogativas de la Administración que encuentran justificación teleológica en su finalidad de bien común o interés público, y que se equilibran con las garantías que el régimen legal reconoce a los particulares.

En el estado actual de evolución del derecho administrativo y del principio de juridicidad, resulta acertado hacer referencia al régimen exorbitante de la contratación administrativa, y no a “cláusulas exorbitantes”; tanto si se alude con este sintagma a las cláusulas expresas como a las llamadas “implícitas”.

¹ Hemos adoptado la expresión “atmósfera de derecho público” del trabajo de Weil, Prosper, 2016, “La crisis del criterio del contrato administrativo”, *Revista de Derecho Público* (39/40): 163-183.

Palabras clave: contrato administrativo, régimen, cláusula exorbitante, atmósfera de derecho público, finalidad de interés general

Abstract

Public procurement as an administrative task highlights the public power of the State and is surrounded by “an atmosphere of Public Law”: the so-called “exorbitant system of Private Law”.

In it, the prerogatives of the Administration that find teleological justification in their purpose of common good or public interest are revealed, and they are balanced with the guarantees that the legal system recognizes to individuals.

In the current state of evolution of the Administrative Law and of the legality principle, it is right to refer to the exorbitant system of administrative contracting, and not to “exorbitant clauses”; both if this syntagma refers to the express clauses as well as the “implicit” ones.

Keywords: administrative contract, system, exorbitant clause, public law atmosphere, general interest purpose

Preliminar

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Procuración del Tesoro de la Nación han incluido, entre las notas definitorias de la figura del contrato administrativo, las “cláusulas exorbitantes del derecho privado”². En este trabajo, nos proponemos demostrar que el contrato administrativo es aquel que, celebrado por una persona jurídica estatal, tiene por objeto una finalidad de interés público y se encuentra sometido a un “régimen exorbitante del derecho privado”; esto es, que la inclusión de las denominadas “cláusulas” no resulta un elemento apropiado o suficiente para efectuar tal caracterización.

En esa línea, corresponde tener presente que, si bien la noción de cláusula exorbitante es adoptada en la Argentina de la fuente del Consejo de Estado francés³, este órgano ha mostrado una evolución de su jurisprudencia en la línea que postulamos, esto es, que la contratación será administrativa por estar sometida a un régimen exorbitante –que constituye una verdadera “atmósfera de derecho público” de la contratación (Weil, 2016:183)–, y no por contener cláusulas exorbitantes del

² Ver CSJN, 29/3/1990, “Dulcamara SA v. ENTel”, Fallos 313:376; CSJN, 2/3/1993, “Cinplast IAPSA v. ENTel s/ ordinario”, Fallos 316:212; CSJN, 22/5/2007, “Pluspetrol Energy SA v. ENRE Resolución 458/2002”, Fallos 330:2286; Dictámenes PTN 239:418; 304:491; y 307:445.

³ Es introducida por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 84:133 (1963), que colaciona un precedente de 1956 emitido por el Consejo de Estado francés.

derecho privado, sean estas expresas o implícitas.

1. El régimen exorbitante del derecho privado. Conceptualización

Desde la perspectiva filosófica, el llamado “régimen exorbitante del Estado” encuentra justificación teleológica en el bien común como causa final del Estado y en el primado de la política, que supone ordenar los distintos intereses en juego en una comunidad política, sin silenciarlos ni anularlos, porque, en definitiva, “el derecho administrativo es el derecho constitucional del poder en acción” (Rodríguez, 2003:58-63).

Desde la perspectiva jurídica argentina, es una opinión común que el término “exorbitante” no puede ser entendido como indicativo de un régimen cuya definición deriva de un ámbito regulatorio residual, por oposición al principal o central constituido por el derecho privado (Comadira, 2012:15-16).

En tal sentido, se considera que la exorbitancia del derecho administrativo deriva hoy de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, tanto sustanciales como procesales; y de su carácter de derecho común de la Administración, ámbito, en principio, excluido de la órbita propia del derecho privado (Comadira, 2012:15-16).

2. Las cláusulas exorbitantes del derecho privado como caracterizadoras de la condición “administrativa” del contrato en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos y un importante giro a partir de 2014

La jurisprudencia francesa que surge tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos que *infra* reseñamos parte de la premisa de que la Administración puede celebrar tanto contratos administrativos como “civiles”. Asume, de un modo algo contradictorio, que esta “puede” someter la contratación a un régimen de derecho público a través de la inserción de las referidas cláusulas exorbitantes; de lo contrario, salvo que el contrato sea el instrumento a través del cual se confía la prestación misma de un servicio público, la regla es que el contrato es privado. Esta idea debe ser entendida e interpretada en el contexto francés, en el cual la aplicación del derecho administrativo se vinculaba íntimamente con la jurisdicción administrativa competente (solo el Consejo de Estado podía juzgar a la Administración), que era, según la ultraactividad de las corrientes liberales devenidas prevalecientes en la época cercana al *arrêt* “Blanco” (1873), meramente de atribución, es decir, de excepción (Bigot, 2019: 54).

En el largo camino del desarrollo del derecho administrativo, la idea de cláusula se asociará paulatinamente al régimen aplicable en virtud del pliego de bases y condiciones o al marco legal y reglamentario imperativo por regir la actuación de la persona jurídica

interviniente; y, finalmente, en 2014, será reinterpretada como inescindible y positivamente vinculada con una finalidad de interés público, es decir, la intelección del instituto asume una impronta objetiva y se asemeja más a la idea de “régimen exorbitante”.

2.1. El caso “*Société des granits porphiroïdes des Vosges*” (CE, 1912)

La doctrina remonta la expresión “*clause exorbitante du droit commun*” al fallo vertido por el Consejo de Estado en “*Société des granits porphiroïdes des Vosges*”⁴.

En este se sostuvo que la jurisdicción administrativa no resultaba competente si la contratación no tenía por objeto la prestación de un servicio público y había sido realizada en las mismas condiciones en las que lo hubieran hecho los particulares.

Se trataba de un litigio entre la sociedad mencionada y la ciudad de Lille, suscitado por un contrato relativo a la provisión de adoquines⁵. Con el objeto de rechazar la demanda por incompetencia, el Consejo de Estado consideró que aquel contrato “tenía como único objeto efectuar suministros de acuerdo con las reglas y

⁴ CE, 31/7/1912, n° 30.701.

⁵Ver

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETAT EXT000007634187> y https://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contentu_fiches/Public/le_contrat_administratif_notion/GrandsArrets_31juill1912.pdf (18/06/2020).

condiciones de los contratos celebrados entre particulares”.

La referencia a las cláusulas exorbitantes aparece en las conclusiones relativas a este asunto vertidas por el entonces comisario del gobierno, Léon Blum, en las que leemos:

Cuando se trata de contratos, es necesario indagar, no el objeto del mismo, sino qué es el contrato por su naturaleza misma. Y, para que el juez administrativo sea competente, no es suficiente que el suministro, que es el objeto del contrato, tenga como destino un servicio público; es necesario que ese contrato por sí mismo, y por su propia naturaleza, sea de aquellos que solo una persona pública puede celebrar, que él sea por su forma, y su contextura, un contrato administrativo. Lo que es necesario examinar es la naturaleza del contrato, independientemente de la persona que lo ha celebrado y del objeto por el cual ha sido concluido⁶.

Para el comisario del gobierno, esta naturaleza del contrato estaba dada por la presencia de “cláusulas exorbitantes del derecho común”, es decir, cláusulas que no se encontrarían en un contrato de derecho privado⁷.

⁶ Traducción libre de la autora de este artículo; ver Lebon, p. 909, concl. Léon Blum.

⁷ <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante>.

2.2. El caso “*Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire*” (TC, 1921)⁸

En esta sentencia del Tribunal de Conflictos en realidad no se alude a cláusulas exorbitantes; se sostiene que el contrato no es administrativo porque no se verifica una cláusula que atribuya competencia a la jurisdicción administrativa; de tal suerte, se concluye que corresponde la jurisdicción judicial. En este precedente, conocido como “Bac d’Éloka”, se excluye de la competencia del Consejo de Estado a lo que se discrimina como “servicios públicos industriales y comerciales” (SPIC).

2.3. El caso “*Sieur Lossifoglu*” (TC, 1923)

En esta decisión el Tribunal de Conflictos consideró que los contratos de fletes habían sido concluidos en las condiciones habituales ofrecidas a todo fletador, y que ninguna de las pólizas de fletamento contenía cláusulas exorbitantes del derecho común, por lo cual no correspondía la jurisdicción del Consejo de Estado⁹.

⁸ TC, 22/1/1921, N.º 00706; ver también Perroud, T. y Caillosse, J. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, París: LGDJ

⁹ Ver “*Droit administratif général. Point sur la clause exorbitante*”, en <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c9d38fc87d337686ee5.html> (18/06/2020).

2.4. *El caso “Stein” (CE, 1950)*

En cuanto a la definición de “cláusula exorbitante del derecho privado”, esta aparece por vez primera en la sentencia del Consejo de Estado de 1950, y es retomada desde entonces por las decisiones de las jurisdicciones judiciales y por el Tribunal de Conflictos.

Según este fallo, cabe entender por cláusula exorbitante del derecho común a “toda cláusula que tenga por objeto conferir a las partes derechos o poner a su cargo obligaciones, extrañas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales”¹⁰.

2.5. *“Époux Bertin” (CE, 1956)*

De acuerdo con este *arrêt*, el contrato puede ser administrativo porque confía a un particular la ejecución de un servicio público o porque contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado; pero basta con uno solo de estos requisitos para que revista el carácter de administrativo¹¹.

¹⁰ “La clause exorbitante est la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d’être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales”(CE, 20/10/1950, “Stein”, Lebon, p. 505); ver también: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Clause-exorbitante.htm> (18/06/2020).

¹¹ Leemos en la sentencia: “(...) que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l’exécution même du service public alors

En los actuados, se trataba de un contrato verbal celebrado con la Administración el 24/11/1944: los esposos Bertin se habían comprometido por una suma tarifada de 30 francos por hombre y por día para asegurar la alimentación de nacionales soviéticos albergados en el centro de repatriación de la ciudad de Meaux (Francia), que esperaban su regreso a Rusia. Según los reclamantes, la Administración había asumido un compromiso adicional de abonar una suma complementaria por la incorporación de nuevos productos alimentarios. Por decisión del 1/6/1949, el ministro de Antiguos Combatientes y Víctimas de Guerra había rehusado pagarles esa suma adicional.

Los esposos Bertin acudieron al Consejo de Estado y plantearon una demanda tendiente a la anulación de esta negativa, que fue rechazada por el Consejo sobre la base de que no se había probado el compromiso estatal complementario invocado.

Lo importante es que el Consejo de Estado juzgó que un contrato era administrativo desde que tenía por objeto confiar al cocontratante la ejecución de un servicio público, "(...) aunque no tuviera cláusulas exorbitantes (...)". El Consejo vuelve entonces sobre la jurisprudencia del caso "Société commerciale des granits porphyroïdes

chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun (...)".

des Vosges”, en la que había parecido imponer dos condiciones para considerar la existencia del contrato administrativo: además de la casi siempre exigida presencia de una persona pública, la participación del cocontratante en la ejecución del servicio público y la presencia en el contrato de las cláusulas exorbitantes del derecho común. El interés de esta nueva solución reside en el hecho de que la Administración, desde que confía la ejecución misma del servicio público, puede utilizar prerrogativas (implícitas) que confieren el carácter “administrativo” al contrato, sin que resulte necesario que esas prerrogativas se encuentren “escritas” en este¹²; aparece aquí el germen de la noción del régimen exorbitante.

2.6. “*Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant*” (CE, 1973) ¹³

En este fallo, que continúa la línea trazada en el precedente “Époux Bertin”, de 1956, el Consejo de Estado reemplaza el criterio de la cláusula exorbitante por la noción de régimen exorbitante.

En el supuesto ventilado en estos autos, se trataba de una negativa de la autoridad administrativa a aplicar un precio mínimo en el marco de un contrato que carecía de

¹² Ver <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres> (18/06/2020).

¹³ Ver CE, 19/1/1973, “*Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant*”, n° 82.338.

toda cláusula exorbitante; pero el Consejo de Estado consideró que la circunstancia de que la autoridad competente para resolver la cuestión fuera una persona jurídica estatal tornaba aplicable un régimen público, exorbitante, que convertía al contrato en administrativo¹⁴.

Por consiguiente, podríamos interpretar que, a partir de este fallo, se produce la ruptura entre las nociones de “cláusula exorbitante” y “régimen exorbitante”, que, vale aclararlo, solo coinciden en el adjetivo: la primera constituye un elemento “voluntarista” y representa un pacto, un acuerdo; la segunda, en cambio, es un elemento objetivo: comprende dimensiones impuestas desde el exterior del contrato por la ley y por el reglamento, y ajenas a la voluntad de las partes.

¹⁴ En traducción libre de la autora de este artículo, el resumen de la doctrina del fallo es: “Teniendo en cuenta las competencias asignadas por las diversas disposiciones del pliego de bases y condiciones a una autoridad administrativa para resolver determinados desacuerdos a los que pueden dar lugar los contratos celebrados por Électricité de France, en aplicación de un decreto con los productores autónomos de electricidad, estos se encuentran sometidos a un régimen exorbitante del derecho común y presentan el carácter de contratos administrativos, que suscitan la competencia del juez administrativo”.

2.7. *“Union des Groupements d'Achats Publics” (TC, 1999)*¹⁵

El 3/7/1997, la UGAP –Union des Groupements d'Achats Publics (Unión de Grupos de Compras Públicas)– celebró un contrato con la Sociedad SNC Activ CSA, en vista de la provisión de computadoras para los hospicios civiles de la ciudad de Colmar, considerados establecimientos públicos comunales. Como consecuencia de un litigio seguido entre las dos partes, el conflicto fue llevado al Tribunal de la Grande Instance (TGI) de Estrasburgo. El prefecto del Alto-Rhin solicitó la declinación de la instancia tendiente a que se declarara la jurisdicción del orden judicial incompetente, pues estimaba que el contrato en cuestión era administrativo.

La Corte de Apelaciones de Colmar rechazó la declinación de competencia, y el prefecto elevó el conflicto; el 6/5/1999, el Ministro de Justicia remitió al Tribunal de Conflictos el expediente y presentó un memorial tendiente a la confirmación del decreto de conflicto.

La cuestión que se planteó entonces en los obrados fue la de si un contrato celebrado por una colectividad pública y regido por el Código de los contratos públicos era, por esa sola razón, un contrato administrativo... La

¹⁵ TC, 5/7/1999, N.º 03167; ver <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/TC-03167-UGAP-1999-07-05.htm> (18/06/2020).

respuesta dada por el Tribunal de Conflictos fue que no lo era.

Para así resolver, el Tribunal de Conflictos pasó revista a los dos criterios alternativos disponibles para calificar un contrato de “administrativo”: la ejecución de un servicio público o la existencia dentro del contrato de una cláusula exorbitante del derecho común.

En la especie, el Tribunal acudió al segundo criterio para calificar al contrato celebrado entre la UGAP y la sociedad SNC de contrato administrativo: el de la cláusula exorbitante del derecho común; y excluyó el criterio de la sumisión al Código de contrataciones públicas.

Al efecto, consideró que desde que el contrato celebrado reenviaba a un pliego de bases y condiciones generales (en la especie, el que resultaba aplicable a los contratos públicos de suministro de energía y de servicio), y este pliego contenía una cláusula exorbitante de derecho común (en el caso, un poder de rescisión unilateral aun ante la ausencia de todo incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones), el contrato presentaba el carácter de administrativo, resultando competente el juez administrativo, y no la jurisdicción judicial.

2.8. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: el caso “Axa France IARD c. MAIF” (TC, 2014)¹⁶

En 2014 el Tribunal de Conflictos proporcionó una nueva definición de cláusula exorbitante de derecho común: esta es la cláusula que, notablemente, por las prerrogativas reconocidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implica un interés general que remite al régimen exorbitante de los contratos administrativos¹⁷.

El aporte de la decisión consiste, sin duda, en una definición positiva de la noción. En el supuesto, el Tribunal de Conflictos debía determinar la naturaleza de un contrato de arrendamiento de un complejo inmobiliario destinado a la práctica de actividades deportivas de remo, celebrado entre una asociación y una ciudad. El Tribunal de Conflictos consideró que este contrato no perseguía una finalidad de interés general, toda vez que la utilización del predio estaba reservada a los miembros de la asociación, y no estaba afectada al uso directo del público. Tampoco resultaba encuadrable dentro del concepto de arrendamiento enfitéutico contemplado en el art. 1311 del Código General de las Colectividades Territoriales.

¹⁶ TC, 13/10/2014, N.º 3963.

¹⁷ “(...) clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs”.

Partiendo de tales lineamientos, el Tribunal afirmó que la jurisdicción judicial era la competente para intervenir en el litigio que enfrentaba a los aseguradores respectivos de la comuna y de la asociación por la responsabilidad de estos últimos en el incendio que había afectado el inmueble dado en arrendamiento.

El Tribunal expresó: “El contrato en litigio no comporta ninguna cláusula que, notablemente, por las prerrogativas reconocidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implique el interés general que concierne al régimen exorbitante de los contratos administrativos”¹⁸.

2.9. Hacia una definición positiva de la cláusula exorbitante

En suma, a partir de la reseña de los precedentes traídos en este acápite, puede colegirse que el derecho francés, al que inicialmente sigue el derecho administrativo argentino¹⁹, en un primer estadio, asocia con la naturaleza administrativa del contrato a la presencia de las denominadas “cláusulas exorbitantes del derecho privado”, a las que define de un modo negativo, esto es, por referencia a su atipicidad en el derecho común.

Luego de una paulatina evolución, que tiene un punto de inflexión cualitativo en 2014 con el mencionado fallo

¹⁸Ver http://www.tribunalconflits.fr/PDF/3963_Commentaire_comme
[ntaire_tc_3963.pdf](http://www.tribunalconflits.fr/PDF/3963_Commentaire_comme) (18/06/2020).

¹⁹ Dictámenes PTN 84:133 (1963).

“Axa France IARD”, arriba a una definición positiva de la cláusula que se aproxima a la idea de régimen como atmósfera que envuelve la actuación del órgano administrativo contratante, en tanto implica una finalidad de interés general. El elemento voluntarista, la cláusula, exhibe su insuficiencia, y las soluciones se orientan hacia las nociones de régimen y de finalidad de interés público del contrato, pero sin alcanzar la perfección sistémica y completitud que, a nuestro criterio, ostentan las definiciones del derecho argentino en las direcciones –sutilmente diferentes– que trazan la Corte federal y la Procuración del Tesoro de la Nación en los fallos “Dulcamara”, “Cinplast” y “Pluspetrol”, y en Dictámenes 239:418 y 304:291, respectivamente²⁰.

²⁰ Para la Corte federal argentina, existe contrato administrativo cuando concurren los siguientes elementos: a) persona jurídica estatal; b) el contrato tiene por objeto una finalidad de interés público; y c) contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado. Es interesante destacar que para la citada Corte, el elemento subjetivo es necesario, no puede estar ausente. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir del año 2000, estableció que basta con que concurra el elemento subjetivo (a) para que por añadidura se verifiquen los otros dos elementos (b y c); de ello parece desprenderse que el contrato celebrado por la Administración siempre será administrativo. Cabe notar la evolución en la diferente gravitación que adquiere la noción de cláusula exorbitante desde que es recogida en Dictámenes 84:133, hasta el asesoramiento de Dictámenes 239:418.

3. La cláusula y el régimen exorbitantes en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación

La noción de “cláusula exorbitante” ingresa en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro durante la gestión de Miguel S. Marienhoff, en 1963, en Dictámenes 84:133. En este dictamen, el entonces Procurador reeditó la definición del Consejo de Estado francés del precedente “Époux Bertin”, del 20/4/1956, que a su turno replica la definición de cláusula exorbitante perfilada también por el Consejo de Estado en 1950 en el caso “Stein”²¹, precedentes ya referidos supra.

La cláusula exorbitante, según la definición que adopta la Procuración del Tesoro de su fuente, el Consejo de Estado francés, es aquella que no se encuentra en los contratos de derecho privado porque en tal contexto resultaría ilegal. Su presencia determina el carácter administrativo del contrato. Una sola cláusula exorbitante en un contrato basta para que el contrato sea administrativo. La cláusula exorbitante establece una relación de desigualdad entre los cocontratantes, pues otorga poderes a una de las partes, sin dárselos a la otra.

Procede hacer notar que el alto órgano asesor en el aludido dictamen –vertido en Dictámenes 84:133– considera que los contratos de la Administración pueden ser privados o administrativos. Revestirán este último carácter cuando se trate de contratos que tengan por

²¹ CE, 20/10/1950, N.º 98.459, Lebon, 505.

objeto la prestación misma del servicio público; o “por su naturaleza”, esto es, cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común.

Expresa el dictamen de la cita:

La cláusula exorbitante revela que las partes se han colocado bajo un régimen de “poder público” y le confiere carácter “administrativo” al contrato, aun cuando este no se vincule con el servicio público. En la mayoría de los casos concretos, la cláusula exorbitante es la que permite decidir acerca de la naturaleza, pública o privada, del contrato, porque son raros los contratos administrativos que tengan por objeto confiar a un particular ‘la ejecución misma del servicio’ (Vedel, 1961).

La jurisprudencia del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo de la Nación en posteriores etapas exhibe un uso indiscriminado de locuciones como “potestades”, “prerrogativas de poder público”, “cláusulas exorbitantes del derecho privado”²² y “régimen exorbitante del derecho privado” para su caracterización²³, que llega hasta nuestros días²⁴.

²² En Dictámenes 307:445, del 12 /12/ 2018, la Procuración del Tesoro alude a las denominadas “cláusulas exorbitantes del derecho privado implícitas”, que en puridad corresponden a la noción de régimen exorbitante; ver también Dictámenes 304:291.

²³ PTN, Dictámenes 157:27.

²⁴ Ver PTN, Dictámenes 84:133, 157:27; 239:418, 252:200; 304:291; y 307:445.

4. La utilización de los sintagmas “cláusulas exorbitantes” y “régimen exorbitante” por parte de la Corte Suprema

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de identificar al contrato como administrativo, se remitió al “régimen exorbitante del derecho privado” en el precedente “López”²⁵, y luego en “Dulcamara”²⁶ y “Cinplast”²⁷ se refirió a “cláusulas exorbitantes del derecho privado”.

Utilizó el sintagma “régimen exorbitante del derecho privado” en “OCA c/ SIDE”²⁸, en “Serra”²⁹ y en “Gypobras”³⁰, entre otros. Y en “Pluspetrol”³¹, el dictamen de la Procuradora –al que se remite la Corte– refiere a “una especial regulación del derecho público”.

²⁵ CSJN, 26/6/1984, “López, Juan M. y otra v. Nación Argentina”, Fallos 306:731.

²⁶ CSJN, 29/3/1990, “Dulcamara SA v. ENTel”, Fallos 313:376.

²⁷ CSJN, 2/3/1993, “Cinplast IAPSA v. ENTel s/ ordinario”, Fallos 316:212.

²⁸ CSJN, 10/8/1995, “Organización Coordinadora Argentina S.A. v. Secretaría de Inteligencia del Estado de la Presidencia de la Nación”, Fallos 318:1518.

²⁹ CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316: 2454.

³⁰ CSJN, 5/4/1995, “Gypobras SA c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia”, Fallos 318:441.

³¹ CSJN, 22/5/2007, “Pluspetrol Energy SA v. ENRE Resolución 458/2002”, Fallos 330:2286.

5. Las “cláusulas exorbitantes”: diferencia con la noción de “régimen exorbitante”

Sin perjuicio de la utilización promiscua que advertimos tanto en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro como en la del Máximo Tribunal, por nuestra parte, consideramos que existe una importante diferencia entre “cláusulas exorbitantes” y “régimen”, y que en el estadio actual de desarrollo del derecho administrativo, corresponde referir a “régimen exorbitante” y no a “cláusulas”, tal como lo siguen haciendo la Procuración del Tesoro, aun en dictámenes recientes³², y la Corte Suprema federal.

La cláusula es estipulada, pactada, y ciertamente no puede contradecir al bloque de legalidad aplicable. En cambio, el régimen constituye el bloque de legalidad y “envuelve” al contrato; resulta aplicable aun cuando no esté incorporado al contrato o receptado específicamente, en virtud del principio de legalidad que predetermina la actuación de la Administración³³.

Esta idea de prerrogativas “implícitas”³⁴, que aun sin estar consagradas de modo explícito o expreso en el acuerdo de voluntades se aplican al contrato y que, en puridad, contienen el concepto de “régimen”, recibió una primera acogida en el ya mencionado caso del

³² Ver PTN, Dictámenes 304:291.

³³ CSJN, 22/12/1993, “Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316:3157.

³⁴ Ver PTN, Dictámenes 304:291

Consejo de Estado “Époux Bertin”, al cual nos hemos referido supra³⁵.

La cláusula consistirá, en definitiva, en una estipulación del contrato y de los pliegos que también lo integran, en consonancia con las disposiciones legales y reglamentarias que perfilan el marco legal aplicable a la contratación.

6. La “ventana del acto administrativo” por la que penetra el régimen exorbitante. Un caso paradigmático: Dictámenes 277:196

Como hemos sostenido supra, constituye un déficit técnico, tanto de la Procuración del Tesoro como de la Corte federal, la falta de una adecuada y precisa discriminación de los sintagmas “cláusulas exorbitantes” (expresas e implícitas) y “régimen exorbitante”. Esta ausencia no está a la altura de la evolución del principio de legalidad en el derecho administrativo, como bloque normativo que predetermina y condiciona la actuación administrativa³⁶.

³⁵ Sobre la noción de régimen exorbitante del derecho común, que, a nuestro juicio, pone en crisis a los criterios empíricos trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y por el Tribunal de Conflictos, en tanto no logran consolidar una formulación dogmática de la categoría del contrato administrativo, ver CE, “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant”, N.º 82.238, del 19/1/1973.

³⁶ Ver CSJN, 22/12/1993, “Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316:3157.

Cuando actúa la Administración, aparece el régimen exorbitante “como atmósfera de derecho administrativo”, ciertamente de base normativa, jurídico-positiva; se manifiestan las prerrogativas que dimanan de la persona jurídica estatal y de su finalidad de bien común, que siempre diferencian su actuación de la de los particulares. Y esto es siempre así, porque la Administración se expresa a través de actos administrativos que implican la presencia de un régimen de derecho administrativo. Y en definitiva, tal como postula Barra (2004), el contrato administrativo es un conjunto coligado de actos administrativos en los que el antecedente se vincula con el consecuente, y viceversa; esta tesis también recibe acogida en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública, perfilado por el decreto delegado 1023/2001³⁷.

Al respecto, resulta ilustrativa la situación ventilada en Dictámenes 277:196 (2011), en la que la Procuración del Tesoro, a partir del análisis de los elementos del acto administrativo que había aprobado la operación de compraventa del denominando “predio ferial de Palermo” –celebrada en diciembre de 1991 entre el Estado nacional y la Sociedad Rural Argentina–, concluyó que esa operación resultaba nula, de nulidad absoluta.

Afirmada así la nulidad del acto administrativo que había instrumentado dicha operación, el máximo órgano asesor estimó que en los actuados se verificaba el

³⁷ Ver art. 11, decreto delegado 1023/2001 (BO del 16/8/2001).

“conocimiento del vicio” por parte de la allí cocontratante, la Sociedad Rural, y aseveró que por tal circunstancia el acto administrativo por el que se había plasmado la compraventa debía ser revocado en sede administrativa, sin que fuera necesario plantear una acción judicial de lesividad; esto es, aplicó las disposiciones de los arts. 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N.º 19.549, t. o. 1991). Este dictamen, como tantos otros, nos permite ver que, por cierto, “por la ventana del acto administrativo”, que expresa siempre la voluntad estatal en cualquier ámbito de actuación de la Administración, y que incluye a los actos dictados en los procedimientos contractuales, se “cuela” el régimen normativo que envuelve toda su actuación: el régimen exorbitante.

En definitiva, tal como lo sostiene la Procuración del Tesoro, es la presencia del Estado, el elemento subjetivo, la que provoca que el contrato resulte administrativo, toda vez que siempre que se verifique este, se dan por añadidura la finalidad de interés público y el régimen exorbitante, que es el derecho común de la Administración³⁸.

Y este panorama cambia poco, aun tratándose de entidades estatales predominantemente regidas por el derecho privado, toda vez que en tal hipótesis deben considerarse de aplicación a su respecto ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; porque incluso con el más

³⁸ Dictámenes PTN 239:418.

amplio grado de descentralización, en última instancia, integran la organización administrativa del Estado.

De tal suerte, en el caso de estas entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad³⁹.

En suma: el Estado es siempre una persona pública y un ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La Administración es siempre persona de derecho público que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que este autoriza para objetivos análogos⁴⁰.

Referencias bibliográficas

Barra, Rodolfo C. 2004. "El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo". *RAP*. (28): 13. Bigot, Grégoire. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*. París: LGDJ.

³⁹ Ver Dictámenes PTN 219:145 y 241: 242.

⁴⁰ Dictamen PG CABA IF 2013-07185436 (ref. EE 6559808/MGEYA-2013), del 12/12/2013.

Comadira, Julio R. 2012. "Derecho Administrativo, función administrativa y régimen exorbitante". En: Comadira, Julio R., Comadira, Héctor J. y Escola, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 15 y ss. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Flament-Guelfucci, Emmanuelle y Chave, Isabelle. 2018. *Conseil d'État. Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État. Histoire et Memoire*. París: La documentation française.

Perroud, T. y Caillousse, J. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*. París: LGDJ

Leroux de Belaunde, C. 1985. "Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia". *THÉMIS-Revista de Derecho*. (3): 47-51. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10510> (18/06/2020).

Rodríguez, María José. 2003. *El acto administrativo tributario. Con la aplicación de los principios y garantías del procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Vedel, Georges. 1961. *Droit Administratif*. París: Thémis.

Weil, Prosper. 2016. "La crisis del criterio del contrato administrativo". *Revista de Derecho Público*. (39-40): 163-183.

**Abogada. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Tributario. Directora de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo de la Escuela Posgrados de la UNLAM; ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación; ex Directora de la Dirección General de Información Jurídica y Extensión (DGIJE) de la Procuración General de la Ciudad; ex Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; miembro del Observatorio Federal de las Contrataciones Públicas de la Universidad Austral; miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); y responsable del Centro de Información Jurídica (CIJur) del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires*
Correo electrónico: mariajose2015@hotmail.com

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: LA CONFLICTIVA REGULACIÓN SOBRE REVISIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES. BREVE RESEÑA JURISPRUDENCIAL

COMMERCIAL ARBITRAGE IN THE CIVIL AND
COMMERCIAL CODE: THE CONFLICTIVE
REGULATION OVER THE ARBITRAL RULING
REVISION. BRIEF JURISPRUDENTIAL REVIEW

*Por Graciela Karina Torales**

Resumen

El arbitraje comercial se remonta a tiempos ancestrales. Es el método heterocompositivo más antiguo.

En la República Argentina se encuentra regulado en los códigos procesales desde los inicios de la organización legislativa nacional.

En este artículo, discurriremos acerca de la posibilidad de impugnar una sentencia arbitral.

Así, recordamos que –históricamente– la sentencia arbitral puede ser objeto de planteos de nulidad basados en: falta esencial en el procedimiento; laudar fuera de plazo; y laudar fuera de los puntos comprometidos por las partes.

En 2014, a través de la Ley N.º 26.994, se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la República

Argentina (CCCN). En dicho código, se introdujo el contrato de arbitraje comercial y, dentro de la normativa de este contrato, se legisló sobre la impugnación de la sentencia arbitral.

Las normas sobre impugnación de la sentencia arbitral contenidas en el CCCN, artículo 1656, segunda parte, resultan ser incompatibles con la normativa procesal argentina en la materia y, también, resultan contrarias al espíritu de este ancestral instituto jurídico.

Palabras clave: arbitraje comercial, impugnación, nulidad, apelación, causales de nulidad , sentencia arbitral, laudo

Abstract

Commercial arbitration dates back to ancient times. It is the oldest heterocompositive method of dispute resolution.

In Argentina, it is regulated in the procedural codes, from the beginning of the national legislative organization.

Here, we will discuss the possibility of challenging an arbitration award.

Thus, we recall that -historically- a party can seek the annulment of an arbitration award based on: essential fault in the procedure, the legal dispute has been solved

after deadline; the award contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

The new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic (CCCN) was enacted through Act 26 994, in 2014. In this code the commercial arbitration contract was introduced and, within the regulations of this contract, it was legislated on the challenge of the arbitration award.

The rules on challenging the arbitration award contained in the CCCN -section 1656, second part- they turn out to be incompatible with Argentine procedural regulations on this point and, also, they are contrary to the spirit of this ancestral legal institute.

Key words: Commercial Arbitrage, Contestation, Nullity, Appeal, Nullity Causals, Arbitral Sentence, Ruling.

Introducción

Para comprender la importancia de la existencia del arbitraje comercial, nos interesa esbozar brevemente algunas cuestiones sobre sus orígenes y, particularmente, sobre su vinculación con el ámbito mercantil.

Se ha dicho que “El arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia

del derecho y de la humanidad" (Zappalà, 2010: 196). Acompañando esta afirmación, orígenes sobre el arbitraje se encuentran en la Antigua Grecia, tal como lo afirmase el destacado estudioso del derecho griego Hans J. Wolff: "Los estudiosos de la historia del proceso jurisdiccional griego generalmente sostienen que la administración de justicia se originó en el hábito prehistórico de resolver disputas entre individuos, renunciando voluntariamente a la autotutela y recurriendo al arbitraje" (Wolff, 2007:335).

Roma tampoco se mantuvo al margen del desarrollo del Arbitraje, coinciden los autores en que ya en el año 451 a. C. la Ley de las XII Tablas contenía disposiciones relativas a los árbitros (Molina González, 1988: 315). Concretamente, la *Legis Actio Per Iudicis Arbitrive Postulationem*, admitida en la Ley de las XII Tablas, se trataba del nombramiento de un juez privado para que se pronunciase sobre la controversia (Di Pietro y Lapieza Elli, 1983: 171).

De tal suerte, como se ha dicho, el arbitraje tiene sus orígenes en la historia de la humanidad y fue instrumento de pacificación social, siendo la alternativa primaria al uso de la fuerza. A pesar de la rica y extensa historia de los orígenes del arbitraje en las sociedades ancestrales, nos interesa agregar, a esta breve introducción, algunas notas sobre lo que consideramos el origen del arbitraje comercial, cuyo nacimiento justamente acaeció en los albores del derecho mercantil.

El derecho mercantil nace por fuerza de los hechos. Con los movimientos poblacionales hacia las renacientes “ciudades” urbanas que, con las variantes temporales de cada caso, se sitúa a partir del siglo XII. Así Etcheverry expresa que, a partir del siglo IX, se abre en esos lugares el desarrollo y progreso del sector terciario (actividades comerciales e intelectuales). Desde la gran Venecia, que sigue creciendo, continúan su ejemplo Amalfi, Pisa y Génova. Hasta el siglo XVI, son las ciudades-puertos las que impulsan el comercio medieval; sirven ellas de modelo para el resto de Europa en cuanto a regulaciones jurídicas comerciales (Etcheverry, 1988:15).

La expansión comercial que menciona el autor citado es incommensurable, y su expansión atravesará todo el territorio. A los mercados se les sumarán las ferias. Se considera que su inicio se da en Francia. A las particularmente famosas de Champaña y Lyon en Francia, cabe citar la de Medina del Campo en España, la de Francfort en Alsacia y la de Nijni-Novgorod en Rusia, entre otras (Halperín, 2000:6).

El escenario, como hemos dicho, ubicándonos en el siglo XII en adelante, se presentaba con una diversidad de mercaderes de distintas regiones, como Lyon, Milán, Bolonia, Génova, una importante circulación de mercancías y, por ende, una circulación del dinero de igual magnitud, un creciente surgimiento del crédito, la búsqueda seguridad y celeridad en las transacciones llevadas a cabo en este ámbito y, por cierto, la existencia de controversias, como en todo ámbito humano.

Desde allí se manifiesta la necesidad de unificar las reglas en pos de la seguridad y del crecimiento de la próspera actividad mercantil. En ese escenario, se comienza a delinear el derecho de los comerciantes, con instituciones jurídicas típicas de la actividad comercial y, con reglas propias, se crearon tribunales especiales, conformados por los mismos mercaderes, en donde se resolvían sus controversias.

Concretamente se da el origen del arbitraje comercial actual, del modo que expresáramos precedentemente, de la mano del nacimiento del derecho mercantil y como herramienta de los mercaderes para resolver sus conflictos, en un ámbito propio y con la propia normativa que ellos se habían otorgado.

De tal suerte, y como elemento destacado del origen del arbitraje comercial, los mercaderes se congregan en corporaciones para reglamentar su actividad, a través de sus propios estatutos.

Así las cosas, podemos agregar que el desarrollo de aquel derecho comercial –derecho de los comerciantes– no puede escindirse del desarrollo de la jurisdicción consular. Claramente, se produjo entre ellos una expansión interdependiente reflejada en el marco regulatorio precedentemente indicado del cual da cuenta una vasta lista de documentos, entre los que suelen destacarse: el libro del Consulado del Mar, les rôles d'Oléron, las leyes de Visby, le Guidon de la Mer, las ordenanzas españolas de Burgos y de Bilbao. Todos

estos documentos normativos fueron de aplicación dentro de la jurisdicción consular, piedra angular del arbitraje comercial actual.

Las corporaciones medievales y la jurisdicción consular vivieron su esplendor hasta el siglo XV –inicio de la Edad Moderna- y comenzaron su declive con el avance de la conformación de los Estados Modernos en el siglo XVI.

Entiéndase lo expuesto como la influencia absoluta de la creación de los Estados Modernos en la desaparición de las corporaciones mercantiles y el consiguiente debilitamiento, casi total, de la jurisdicción consular.

Este proceso de toma de control del derecho mercantil por parte de los Estados Modernos logra su consagración con el dictado del Código de Comercio Francés.

El arbitraje comercial se ve debilitado ante el establecimiento de la jurisdicción estatal y, en líneas generales, no será hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial que comenzará a recuperar su espacio de la mano del flujo e intercambio no solo mercantil, sino poblacional y cultural. Con un profuso desarrollo normativo tanto en las legislaciones nacionales como en tratados internacionales.

Con todo, vemos que el arbitraje comercial es un método de resolución de controversias alternativo a la justicia Estatal. Las personas humanas o jurídicas pueden

decidir someter la resolución de sus conflictos a arbitraje cuando se trate de cuestiones vinculadas a derechos patrimoniales disponibles y cuando, voluntariamente, se pongan de acuerdo al respecto de este sometimiento.

Es por imperio de la autonomía de la voluntad que las personas pueden acordar llevar adelante un arbitraje comercial, eligiendo, en forma directa o indirecta, a las personas físicas (árbitros) que resolverán las controversias y, del mismo modo, fijando las reglas que regirá el procedimiento, a cargo de los árbitros, para arribar a la resolución de los conflictos a ellos sometidos.

Desde esta óptica, el arbitraje resulta ser un contrato a través del cual las partes manifiestan su consentimiento para regular determinadas relaciones jurídicas patrimoniales, conforme el artículo 957 (CCCN. 2014). Entonces, una vez suscripto el contrato de arbitraje, la parte que considerare que ha surgido una cuestión controversial que requiere resolución no debería concurrir a la justicia estatal, sino a los árbitros. Si la parte en cuestión acudiere a la justicia estatal, como principio general, esta rechazaría su petición. Esto representa el principio de colaboración del sistema judicial con el sistema arbitral.

Adicionalmente, resulta conveniente reseñar algunos de los fundamentos constitucionales que permiten este despliegue de la autonomía de la voluntad y la elección del arbitraje comercial, en vez del sometimiento a la justicia estatal.

Para ello, siguiendo a Caivano, debemos analizar las normas de los artículos 18 y 116 de nuestra Constitución Nacional (C.N. to 1995). La primera corresponde a la garantía constitucional del juez natural; y la segunda, a la atribución de la potestad estatal de dirimir conflictos al Poder Judicial –centralmente- quedando a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores de la Nación, quienes ostentan la potestad de conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación. Básicamente La regla central “que deriva de estas normas es que los habitantes de la Nación tienen el derecho a ser juzgados por los tribunales judiciales. Si al pactar el arbitraje las partes están sometándose a la decisión vinculante de un particular que no forma parte del Poder Judicial, es evidente que, al hacerlo, están resignando la posibilidad de acudir a los tribunales estatales. Convenir el sometimiento a juicio de árbitros implica excluir la potestad de los órganos judiciales para conocer y decidir de las cuestiones que han sido puestas a decisión de los árbitros” (Caivano. 2011: 96).

Esto es así porque, como se ha dicho, el objeto del arbitraje comercial se compone exclusivamente por cuestiones que versan sobre derechos patrimoniales disponibles; y la renuncia a las garantías constitucionales, cuando están en juego los derechos de contenido patrimonial, es admitida por nuestro máximo tribunal. (Fallos: 322:1253; 327:5118; entre otros).

Queda claro entonces que “la garantía del juez natural y su consecuente derecho a la tutela jurisdiccional del Estado no son incompatibles con los arbitrajes nacidos de fuente convencional: si las funciones jurisdiccionales son asumidas por los árbitros como consecuencia de un acto voluntario de las partes y recaen sobre derechos de libre disponibilidad, no existe agravio a la Constitución Nacional” (Caivano, 2011:97).

Para cerrar estas breves líneas sobre algunos de los fundamentos constitucionales del arbitraje comercial, recordamos que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha dicho que “la intervención de los árbitros, sea o no de órganos administrativos, con facultades para decidir irrevisiblemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los arts. 1° y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos o cuando, con anterioridad a estos, la jurisdicción arbitral fue convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad” (Fallos: 250:61).

Por su parte, queda claro que la fuente del arbitraje comercial es contractual. Sin embargo, su función es jurisdiccional. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje se encuentra reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el siglo XIX, como indica Rivera, citando el fallo “Bruce v. De las Carreras”, Fallos 22:327 del año 1880 (Rivera, 2007: 65, n.150). Criterio que, por supuesto, se mantiene sin discusiones. “En efecto,

aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes. Los árbitros realizan funciones materialmente jurisdiccionales de modo tal que, de perseguirse una asimilación con otra figura prevista en el ordenamiento jurídico, correspondería hacerlo, en principio, con la del juez o, a los fines remuneratorios, con la del conjuez, habida cuenta del carácter transitorio con que tanto estos como aquellos ejercen la función materialmente jurisdiccional" (Rocca, J.C. c/ Consultara S.A. s/ ordinario. 1999).

La función jurisdiccional del arbitraje comercial implica que el laudo o la sentencia arbitral ponen fin a la controversia. Pues, una vez resuelto el conflicto por los árbitros, la parte perdedora debe cumplir. Caso contrario, la sentencia arbitral podrá ser ejecutada conforme la legislación correspondiente; si fuere una sentencia arbitral local, en los términos del artículo 499 (CPCCN. to 1981) y artículo 497 (CPCCBA. 1968), si se tratare de un laudo arbitral internacional, su ejecución en la República Argentina se hará conforme lo establece la Ley N.º 27.449 (2018).

Con este breve repaso de cuestiones que consideramos centrales para contextualizar la temática que nos proponemos abordar aquí, es útil recordar que el

arbitraje comercial es el método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes, por imperio de la autonomía de la voluntad, someten sus conflictos a árbitros, que son terceros independientes e imparciales, que los resolverán; siendo esta sentencia arbitral, una vez firme, obligatoria para las partes.

Finalmente, destacamos que la regulación del arbitraje comercial en el CCCN (2014), luego de la sanción de la Ley N.º 27.449 sobre Arbitraje Comercial Internacional (2018), queda –en lo pertinente– acotada a los arbitrajes comerciales domésticos.

Revisión de los laudos arbitrales en el Código Civil y Comercial de la Nación

En esta oportunidad nos ocuparemos de revisar del artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN. 2014), concretamente de la segunda parte del mismo. El mencionado artículo, en su totalidad, reza:

Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aún conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda, ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante

la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

La norma transcripta, en primer término, se ocupa de los efectos del contrato de arbitraje; y luego, de la revisión judicial por nulidad, estableciendo en último lugar la prohibición de la renuncia previa a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento judicial.

Su primera parte representa la esencia misma del arbitraje comercial. Las partes voluntariamente deciden someter sus conflictos a un arbitraje y, como bien establece la norma, esto implica la exclusión de la competencia de los tribunales judiciales, con las salvedades allí establecidas; las que no serán motivo de análisis en esta oportunidad.

Corresponde recordar que estos efectos del acuerdo de arbitraje, receptados por el artículo también han sido, históricamente, aceptados por la doctrina local especializada (Alsina. 1965, T. VII:17-18), se encuentran regulados en el derecho comparado¹ y también en convenciones internacionales².

¹ Cfr. Ley Boliviana N.º 708/2015, artículos 45. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N.º 1071/2008, artículo 3 - Principios y derechos de la función arbitral. Ley de Arbitraje Española

Por supuesto, la jurisprudencia local, ha estado, en líneas generales, en consonancia con lo normado; acompañando el desenvolvimiento y desarrollo de este antiguo método heterocompositivo de resolución de controversias.

Adicionalmente, abonando la manifiesta exclusión de los tribunales judiciales, el artículo introduce la regla interpretativa del *favor arbitri*, es decir, al interpretar un acuerdo arbitral, debe tenderse a su más amplia validez y eficacia. Este principio introducido por la norma en análisis confirma el principio *kompetenz-kompetenz* receptado por el art. 1654 (CCCN. 2014).

Ahora bien, aquí nos interesa analizar la segunda parte del artículo en cuestión que trata sobre la revisión de los laudos arbitrales. Debemos recordar que el proyecto elaborado por la comisión redactora (Comisión Redactora creada por Decreto 191/2011) no contenía esta segunda parte, la que consideramos de neto corte procesal.

Así las cosas, en esta segunda parte, se ocupa o pretende ocuparse de la revisión de las sentencias arbitrales, estableciendo que las que se dicten, en el marco de las disposiciones del capítulo sobre contrato de arbitraje, pueden ser revisadas ante la justicia competente por la

N.º 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N.º 11/2003, 20 de mayo, artículo 7: Intervención Judicial. En estos artículos se establece la exclusión de los tribunales judiciales.

² Cfr. Convención de New York, citada, artículo II – punto 3.

materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del CCCN (art. 1656. CCCN. 2014).

Asimismo, establece que, en el contrato de arbitraje, no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuere contrario al ordenamiento jurídico (art. 1656. CCCN. 2014).

Como vemos, aquí se plantean dos grandes problemas. Por un lado, una sorpresiva norma que establece que la sentencia arbitral podría atacarse de nulidad, pero sobre la base de causales de una legislación de fondo. Por el otro, el establecimiento de una prohibición a renunciar a impugnar judicialmente la sentencia arbitral cuando esta fuere contraria al ordenamiento jurídico.

En una primera aproximación al tema, diremos que el laudo o sentencia arbitral resulta ser un acto de naturaleza jurídica procesal, un acto de autoridad. El mismo pone fin a una contienda, a una controversia sobre derechos patrimoniales disponibles; y es ejecutable, como ya hemos mencionado, al igual que una sentencia judicial, en los términos del art. 499 (CPCCN. to 1981) y art. 497 (CPCCBA. 1968).

Nuestra destacada doctrina ya ha remarcado que “el laudo arbitral, sea de equidad o de derecho, tiene la naturaleza jurídica de una sentencia, por lo que no se encuentra comprendido en el régimen general de las nulidades del código civil (Cám. 2ª Civ. y Com., La Plata, Jurisp. Arg., 1952-II, pág. 375)” (Alsina, 1965: 79, n. 68/2.).

Asimismo, hemos destacado que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje ha sido reconocida desde antaño por nuestra CSJN.

En un interesante trabajo, se ha expuesto que “el laudo arbitral es una verdadera ‘*sentencia*’ dotada de fuerza *obligatoria* que caracteriza a los actos de autoridad; alcanza la calidad de la *cosa juzgada*, y tiene *fuerza ejecutiva* sin más [...]; ha sido dictado para solucionar un *conflicto*, mediante la *aplicación del derecho* al caso sometido a arbitraje (tanto en el supuesto de arbitraje de derecho como de amigables compondores); también en el arbitraje se deben respetar los principios del *debido proceso*. Es decir, el arbitraje reúne todos los requisitos propios de la Jurisdicción. Y si bien los árbitros no pueden ejercer la *coacción* estatal, ello no puede llevar a negar carácter jurisdiccional a su función; porque lo importante y determinante de su naturaleza son todas las características propias de la Jurisdicción que ostentan, y no aquello que no tienen”³ (Loutayf Ranea, R. G. y Solá E., 2014).

De tal suerte, entendemos que la sentencia arbitral comparte el carácter jurisdiccional –aunque carezca de alguno de sus elementos: el *imperium*– con la sentencia judicial. Por tal motivo, no podría ser atacada de nulidad o anulabilidad por las causales legisladas en el CCCN, pues, como legislación de fondo, no se ocupa de los actos jurisdiccionales. En sintonía con su carácter de

³ Los vocablos destacados les pertenecen a los autores del texto citado.

legislación de fondo, no recepta las específicas, históricas y casi universales causales de nulidad invocables frente a una sentencia arbitral⁴.

Ahora bien, corresponde destacar cuáles son las posibilidades de recurrir un laudo arbitral. Las mismas se encuentran reguladas en los artículos 760, 761 y 771 del (CPCCN. to 1981); y, en lo que atañe a la provincia de Buenos Aires, los artículos 798, 799 y 809 (CPCCBA. 1968) son los que regulan estas causales. Cabe acotar que las mencionadas normas de los citados códigos procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires resultan ser idénticas.

Los artículos referenciados establecen la irrenunciabilidad de los planteos de nulidad cuando:

- se funden en falta esencial del procedimiento, haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos (art. 760, CPCCN. to 1981);
- contuvieren, en la parte dispositiva, decisiones incompatibles entre sí (art. 760, CPCCN. to 1981).

⁴ Cfr., y a título ejemplificativo: La Ley Boliviana N.º 708, artículos 111 y 112: causales de nulidad. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N.º 1071/2008, artículo 63: Causales de Anulación. Ley de Arbitraje Española N.º 60/2003, 23 de diciembre y sus modificaciones. TÍTULO VII. De la anulación y de la revisión del laudo, artículo 41: Motivos. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo artículo 34, estable la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

Asimismo, el artículo 771 (CPCCN. to 1981) sobre arbitraje de amigables componedores establece la irrenunciabilidad, basada solamente en haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos. Un análisis pormenorizado del alcance y/o interpretación sobre qué comprenden estas causales excede la propuesta de estas páginas, por lo que invitamos al lector a remitirse a análisis previos y a la jurisprudencia aquí citada.

Para dejar expresamente claros la postura y el planteo, reiteramos que las normas procesales establecen expresamente la imposibilidad de renunciar a los planteos de nulidad basados en las causales enunciadas; y, del mismo modo, establecen la posibilidad de renunciar al recurso de apelación en los arbitrajes de derecho y la imposibilidad de interponer dicho recurso en los arbitrajes de amigables componedores o de equidad (artículos 758 y 771, CPCCN. to 1981 y artículos 779 y 809, CPCCBA. 1968).

Este marco acotado en cuanto a la recurribilidad de los laudos arbitrales, se sustenta justamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad que, por diversos motivos, decide resolver determinados conflictos protagonizados en el marco de sus derechos patrimoniales disponible por la vía alternativa del arbitraje comercial.

Por otra parte, corresponde ocuparnos del segundo problema planteado, veamos: el artículo 1656 (CCCN.

2014) en su última oración establece: “En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”. Así las cosas, este texto inicialmente generó un gran revuelo, al plantearse la gran duda sobre si el artículo se estaba refiriendo a la impugnación por causales de nulidad o si la norma se estaba extendiendo, comprendiendo en su exégesis, al recurso de apelación. Esto es así, teniendo en cuenta que el vocablo “impugnación”, en sentido lato, comprende a todos los recursos judiciales. El contexto de la norma, no brinda la claridad deseada para evitar la eventual existencia de confusión manifestada.

Otro aspecto generador de desconcierto en lo aquí analizado aparece ante la cuestión de temporalidad emanada de la oración que establece la prohibición de renuncia – en el acuerdo arbitral – a la impugnación del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico: ¿cómo podría conocerse, al momento de la suscripción del contrato de arbitraje, que el laudo arbitral definitivo es (será) contrario al ordenamiento jurídico para que aplique la prohibición de renunciar a impugnarlo?

Aunque lo precedentemente escrito pudiere sonar a ironía, en verdad, es una seria crítica a la técnica legislativa aplicada a esta norma y, por supuesto, a su contenido.

En consonancia con lo expuesto, “(...) juzgar si un fallo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico

exigiría un estudio integral del laudo, que excedería largamente de su faz procedimental. Y tal actividad, [...] sería contradictoria con la tétesis misma del arbitraje que persigue por vía convencional, la intervención de jueces no estatales para evitar, precisamente, la intervención del Poder Judicial como institución pública” (Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c/ Metrogas S.A. (Chile) s/Organismos Externos. 2017) del voto del Magistrado Vasallo).

La forma de ingresar en un estudio integral de una sentencia arbitral es a través del recurso de apelación, el cual le permite al juez el análisis del mérito de la misma. En rigor, realmente, nos encontramos frente a un fenómeno normativo confuso e impreciso y sin asidero dentro de nuestro derecho, cuyo análisis termina resultando altamente complejo con miras a encausarlo.

En esta primera aproximación, volvemos a recordar que, si el concepto de impugnación judicial del artículo en análisis abarcare al recurso de apelación, estaríamos retrocediendo varios siglos en lo que atañe al desarrollo del arbitraje comercial, yendo contra nuestro propio derecho y, definitivamente, atentando contra la pretendida modernidad que se le ha querido dar al regular su faz contractual en el vigente CCCN.

En este desarrollo, también se debe recordar que la doble instancia no resulta ser una garantía constitucional en las causas de derecho privado. Así lo ratifica nuestra jurisprudencia, a saber: “(...) el principio de la doble

instancia carece de jerarquía constitucional en juicios civiles: en tal sentido, siempre ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en materia civil, la garantía constitucional de la defensa en juicio no requiere la doble instancia judicial” (Fallos 171:366; 182:383; 186:337; 187:79; 191:228; 192:162; 203:315; 211:1534; 212:105; 214:413; 215:156; 216:604; 217:205; 218:208; 220:543; 221:40; 222:509; 241:195; 243:296; 245:200; 246:357; 247:419; 249:543; 250:12; 251:72; 253:15; 320:1847; 320:2145; 322:2488; 322:3241; 322:2357).); así, por otra parte, lo enseña la doctrina (Alsina, 1965: 694) y lo ha decidido este Tribunal (v., entre otros, “Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A.”, 8.8.07; *id.*, “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.”, 7.2.11; *id.*, “Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno, Alfredo”, 1.11.16).” (Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c/ Metrogas S.A. (Chile) s/Organismos Externos. 2017. Del voto del Magistrado Heredia).

El principio, precedentemente, destacado encuentra numerosas ratificaciones en la doctrina jurisprudencial – posterior a Alsina- de nuestra CSJN.⁵ Por ello, la posibilidad de renuncia al recurso de apelación consagrada en nuestra legislación procesal sobre

⁵ Conforme nuestra CSJN: S., F. A. c/ L., C. L. s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extr. CIV 106794/2013/CS001 24/09/2019. (Fallos: 342:1568); Conductil S.A.C.I.F.I.A. c/ Music House Jujuy S.R.L. y otro s/sumario. C. 1796. XXXVIII. RHE 20/03/2007. (Fallos: 330:1036); Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Giannella, María Cristina. H. 45. XXXVII. 11/04/2006. (Fallos: 329:1180), entre tantos otros.

arbitraje comercial representa una muestra más del respeto a la autonomía de la voluntad que prima en la estructura de este instituto jurídico.

En consonancia con todo lo expuesto, veremos que la jurisprudencia ha adoptado un criterio rector de interpretación, sostenido en importantes desarrollos sobre el instituto jurídico del arbitraje comercial en nuestro país. Esta determina que la extravagante frase se refiere solamente al recurso de nulidad. Dicha interpretación es coherente con lo normado en el artículo 2 (CCCN. 2014) sobre finalidad de las normas y queda enmarcada en el internacionalmente reconocido principio del *favor arbitri* introducido por el mismo artículo 1656 (CCCN. 2014).

Ahora bien, en estos cinco años de vigencia del CCCN, en la jurisprudencia y doctrina especializada se han hecho grandes aportes para interpretar, definir y conjugar la norma en análisis. Norma que resulta incomprensible, ya que la incorporación del arbitraje comercial, en su faz contractual al CCCN, tenía como objeto revalorizar este importantísimo y útil instituto jurídico configurado con el mismo nacimiento de derecho comercial. Objetivo con el cual la norma en análisis no coadyuva.

Sin embargo, más allá de los destacados aportes doctrinarios y jurisprudenciales que analizaremos a continuación, el acotado marco de posibilidades de

recurrir a un laudo arbitral tiene una construcción centenaria en nuestro ámbito.

El arbitraje ya se encontraba regulado en el Código de Procedimientos de la Capital que, en realidad, era el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, promulgado por ley el 29 de agosto del año 1880 y que entró en vigencia en la Capital Federal por imperio del artículo 318 de la Ley N.º 1893, de organización de los Tribunales de la Capital, del 12 de noviembre de 1886.⁶ En el artículo 792 del mencionado Código de Procedimientos de la Capital, se regulaban las causales de interposición de recurso de nulidad contra el laudo arbitral, a saber: haber fallado los árbitros fuera de término o sobre puntos no comprometidos o por falta esencial de procedimiento.

De los artículos 789, 790, 791 y del mencionado 792, surgía la posibilidad de renunciar a los recursos, excepto al de nulidad por las causales indicadas. Claramente, la referencia a renunciar a los recursos, comprendía al de apelación. De tal suerte, con lo aquí expuesto, queda claro que la posibilidad de renuncia al recurso de apelación forma parte de la historia de arbitraje comercial, como hemos mencionado precedentemente.

⁶Esta información fue obtenida de la obra *Recopilación de Códigos de la República Argentina*. Buenos Aires: Establecimiento Gráfico Rodríguez Giles, en Buenos Aires, careciendo de la fecha de edición (cfr. Torales, 2007: 15, nota 26).

Asimismo, la renuncia al recurso de apelación o su prohibición de interponerlo no conculca derecho constitucional alguna, tal cual lo hemos expuesto.

Ahora bien, este régimen de estrictas causales de nulidad ha sido respetado y sostenido desde antaño por nuestra CSJN. Así, en el conocido precedente “Otto”, la CSJN estableció el criterio restrictivo del planteo de nulidad del laudo, afirmando que ella carece de atribuciones para entrar al fondo del litigio y reverlo (“Provincia de Buenos Aires contra Otto Frank y Compañía”, 1922).

Por su parte, en un destacadísimo fallo de 2018, cuyas partes fueron el Estado Nacional y una Unión Transitoria de Empresas, la CSJN reiteró el criterio restrictivo de la revisión de un laudo arbitral vía recurso de nulidad y el respeto a la libertad de renunciar a la apelación, aunque una de las partes fuere el Estado, en los siguientes términos:

“1- La jurisdicción arbitral libremente pactada es excluyente de la jurisdicción judicial y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales. 2 - Al tratarse de decisiones adoptadas por tribunales arbitrales cuya jurisdicción es libremente convenida por las partes —quienes además renuncian a interponer recursos judiciales—, solo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el artículo 760, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 3 - En lo que concierne al

alcance de la revisión judicial de un laudo arbitral en el contexto de un recurso de nulidad, cabe adoptar un criterio restrictivo, negando la posibilidad de que se revisen los méritos de dicho laudo. 4 - Las causales de revisión del artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son taxativas y no habilitan el análisis sobre el mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral” (Procuración del Tesoro Nacional c/ (nulidad del laudo del 20-III-09) s/ recurso directo. 2018).

En el fallo precedentemente mencionado también se pretendió la aplicación de “Cartellone”. Precedente que fuera muy criticado por haberse estimado procedente la revisión judicial amplia del laudo por considerarse que lo decidido por los árbitros afectaba el orden público y, por ello, la renuncia formulada por las partes a interponer recurso de apelación contra el laudo no constituyó óbice para revocar lo dispuesto en el laudo (José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento. 2004). Dicha pretensión no fue acogida por nuestro máximo tribunal, en el fallo aquí tratado, por entender que la invocada afectación al orden público no fue demostrada (Procuración del Tesoro Nacional c/ (nulidad del laudo del 20-III-09) s/ recurso directo, 2018).

El precedente “Cartellone” resulta ser de acotada y, aún, controvertida aplicación. No obstante, merece un espacio en este trabajo, para fundar lo aquí mencionado. La discusión se centró en que los árbitros calcularon

intereses a enero de 1985, cuando –en una audiencia previa- las partes habían fijado que el importe se fijaba en valores de febrero de dicho año; también, la CSJN, estableció que se utilizó una tasa de interés distinta a la que las partes habían pactado.

Con ello, la CSJN reitera que “es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso (fallos: 290:458)”. Otro punto importante al que refiere la CSJN en este precedente es aquel, sustentando en el artículo 872 (CC. Derogado), que prohibía que fueran objeto de renuncia los derechos concedidos en mira del interés público⁷, con más la referencia a la interpretación restrictiva de esa institución jurídica normada en el artículo 874 (CC. Derogado). Agrega que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede extenderse a supuestos en que los términos del laudo que se dicte, contraríen el orden público. Pues, “la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal e irrazonable (fallos: 292:223)”. (José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento. 2004).

⁷ Entendemos que el principio establecido por el artículo 872 del código civil argentino derogado, se encuentra receptado en el artículo 944 (CCCN. 2014)

Como podemos apreciar, el núcleo de “Cartellone” estuvo en el entendimiento de la CSJN de que ese laudo arbitral había lesionado el interés público. Por supuesto, que sus términos han sido y siguen siendo debatidos; pero, en mérito a la especificidad de este trabajo, no avanzaremos sobre el mismo. No obstante, reafirmamos que, por muchos motivos, este no es un precedente aplicable, sin más, en el arbitraje comercial. Por ello, sostenemos que la posibilidad de renuncia al recurso de apelación en el arbitraje comercial resulta ser constitutiva del mismo, y esto tiene raíz constitucional y, obviamente, legislativa. Lo que viene siendo respetado sin más sobresaltos que el particularísimo precedente “Cartellone”.

Con todo, los precedentes jurisprudenciales acompañan la estructuración normativa del arbitraje comercial y sus posibilidades recursivas. Por eso, la preocupación y la necesidad de armonizar, interpretativamente, la conflictiva regulación de la última parte del art. 1656 (CCCN. 2014).

Ahora, la jurisprudencia posterior a la nueva codificación no tardó en hacerse oír en una clara y señera resolución. Ello sucedió en el fallo “Olam c/ Cubero” de diciembre de 2015. Allí, la actora interpuso recurso de queja contra la declaración de inadmisibilidad de su recurso de nulidad contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

El recurso de nulidad interpuesto por Olam Argentina S.A. se fundó en lo dispuesto por el artículo 1656 (CCCN. 2014) en forma genérica y los artículos 759 y 760 (CPCCN. to 1981). El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires declaró inadmisble dicho recurso en base al artículo 65 de su reglamento arbitral y en virtud de la renuncia a los recursos, formulada en la cláusula arbitral. “Dijo también que las normas del Código Procesal se aplican únicamente de manera subsidiaria, por lo que a su juicio no rigen al caso las prescripciones del CPr: 760 y que no puede interpretarse que el CCyC: 1656 haya derogado las normas del citado reglamento. Finalmente sostuvo que dicha norma del nuevo código de fondo requiere para admitir el recurso la invocación de las causales de nulidad previstas en él” (Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Roberto Martín y otro s/ Recurso de queja (OEX). 2015). Lo cual, agregamos, no había sucedido.

Finalmente, para cerrar el contexto del recurso analizado en esta queja, agregamos que “el referido art. 65 del reglamento, que es la norma sobre la que se sustentó el tribunal de la Bolsa de Comercio, expresamente dispone que ‘podrá demandarse la nulidad del laudo de amigables compondores y de árbitros de derecho, aun cuando hubiesen sido renunciados los recursos, si se pronuncia fuera del plazo previsto en el compromiso o hubiese recaído sobre puntos no comprometidos’” (Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Roberto Martín y otro s/ Recurso de queja (OEX). 2015).

En este marco, el fallo analizado estableció que la quejosa no había invocado ninguna de las causales previstas en el artículo 65 del citado reglamento. Pero fundamentalmente dijo que “las normas del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación tampoco habilitan la revisión del contenido del laudo” (Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Roberto Martín y otro s/ Recurso de queja (OEX). 2015).

Así, la Sala actuante discurrió sobre la interpretación de la frase “contrario al ordenamiento jurídico”, reconociendo que la misma ya había recibido fuertes críticas doctrinarias.

Con todo ello, y más allá de las discusiones planteadas, se inclinó por la lectura restrictiva que sostiene que esta controvertida expresión refiere únicamente a los recursos de nulidad. Destacando también que, si la norma aclara que el laudo es revisable por recurso de nulidad, es porque implícitamente reconoce que puede vedarse la vía de apelación. Así, entiende que dicha conclusión “es la que mejor se ajusta a una interpretación finalista de la norma (conf. CCyC: 2)” (Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Roberto Martín y otro s/ Recurso de queja (OEX). 2015).

Sostenemos la postura de la Sala interviniente en “Olam c/ Cubero”. Es que la teleología de la norma (art. 1656. CCCN. 2014) no puede escindirse de las fuentes históricas del arbitraje comercial ni de las normas centenarias que lo acogen en nuestro país. En rigor, las

fuentes históricas y las mencionadas normas son los cimientos de la finalidad de la norma analizada.

Tampoco sería un absoluto sin sentido, puede complejizarse un instituto jurídico que –como hemos expresado– se ha querido revalorizar y, hoy – año 2020 – más que nunca se requiere que sea fortalecido y difundido.

A su tiempo, en “Automotores Amarilla c BMW”, se dictó un fallo que hizo propios los argumentos de “Olam c/ Cubero”, por ser el planteo de la quejosa similar ante una sentencia arbitral del mismo tribunal arbitral (Amarilla Automotores S.A. c/ BMW Argentina S.A. s/ Recurso de Queja. 2016).

Otro de los primeros fallos, dictados bajo la vigencia del CCCN es “Diaz c Techint”, el cual también ha estado en consonancia – con los precedentemente analizados – sobre la cuestión central de la renuncia al recurso de apelación y los límites del recurso de nulidad, rechazando la queja.

En este caso, la Sala interviniente recordó el emblemático precedente “Color” ratificando: “No puede pretenderse elípticamente la revisión judicial de una resolución adversa, mediante un recurso de nulidad -que limita al juez a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez del laudo-, pues en ese caso quedaría desnaturalizado el instituto del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios (cfr. CSJN, 17.11.94, in re:

"Color SA. c/ Max Factor Suc. Arg. s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad de laudo") (Díaz, Rubén Héctor C/ Techint Cía. Técnica Internacional SACEI s/Recurso de Queja (OEX). 2016).

En un extenso y complejo fallo, cuyo objeto fue resolver el recurso de nulidad contra un laudo dictado por un tribunal arbitral extranjero nuevamente se resolvió que no son materia del recurso de nulidad las cuestiones sustantivas resueltas por los árbitros, eventuales errores *in iudicando* cuya evaluación corresponde al recurso de apelación, renunciado en esa causa. En este fallo, también se fundó la pretensión recursiva en la última parte de art. 1656 del CCCN resolviéndose su rechazo por aplicación del criterio sentado en "Olam c Cubero", es decir, bajo el criterio de interpretación restrictiva de que el mencionado artículo solo se refiere al recurso de nulidad y no al de apelación (Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c/ Metrogas S.A. (Chile) s/Organismos Externos. 2017).

Por su parte, en el interesante fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de esta Capital Federal "Laderas c/ Colegio" la quejosa interpuso recurso directo para que la Cámara trate el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Allí, nuevamente, se dejó claramente establecida la correcta interpretación que debe darse al confuso y alambicado art. 1656 CCCN.

El mencionado recurso de nulidad, que fuera rechazado por los concretos motivos establecidos en el citado fallo, tenía como objeto la declaración de nulidad de la sentencia arbitral por haber sido dictada fuera de plazo, como así también por falta esencial en el procedimiento y por prejuzgamiento.

Sin embargo, el tema que nos interesa presentar es el planteo de la demandada quien sostuvo que la sentencia arbitral era contraria al ordenamiento jurídico y que, en los términos del artículo 1656 (CCCN. 2014), ello constituía causal de nulidad.

Para sostener dicho planteo, por supuesto, la parte en cuestión argumentó cuestiones que hacían al fondo de la cuestión y que ya habían sido decididas por el tribunal arbitral mencionado. Cuestiones, como expone la Sala, que exceden los planteos de nulidad admitidos por el CPCCN, en los correspondientes artículos ya citados y, en el caso de autos, en el correspondiente reglamento arbitral. Dichos planteos, obviamente, hubieren podido recibir tratamiento a través de un recurso de apelación, pero el mismo había sido renunciado oportunamente conforme el mencionado reglamento.

En este escenario, la Sala interviniente rechazó enérgicamente este planteo realizando un repaso de la construcción doctrinaria y jurisprudencial anterior y posterior al conflictivo artículo 1656 (CCCN. 2014) en consonancia con lo que aquí exponemos, destacando: “Esta redacción dificulta establecer a qué recurso se

alude al referirse a ‘impugnación’, resultando vaga e indeterminada la expresión ‘contrario al ordenamiento jurídico’”. (Laderas del Perito Moreno S.A. c/ Colegio de Escribanos CABA Tribunal Arbitraje Gral. y Mediación s/ recurso directo a Cámara. 2017).

También nos interesa destacar el abordaje de la Sala, en cuanto al pedido de aplicación del ya mencionado precedente “Cartellone”. Esta recuerda que el origen del reclamo en “Cartellone” fue un contrato de obra pública y que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que se encontraba en juego el interés público. Siendo ello, como ya hemos anotado, una particularísima situación. Para definir el sentido del fallo, agregó que: de todas maneras, se ha entendido que el fallo mencionado constituyó un cambio en la jurisprudencia de la CSJN y que su doctrina debía ser interpretada teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias de aquel, no pudiendo derivarse de dicho precedente un argumento válido para justificar una interpretación amplia del artículo 1656 (CCCN. 2014) que habilitaría, en todos los casos, la revisión judicial de los laudos arbitrales, aun cuando dicha facultad hubiera sido expresamente renunciada por las partes en un acuerdo arbitral. También se mencionó que la propia CSJN había revertido la solución adoptada en el caso “Cartellone” en casos resueltos con posterioridad, mencionando el muy conocido fallo “Cacchione”. (Laderas del Perito Moreno S.A. c/ Colegio de Escribanos CABA Tribunal Arbitraje Gral. y Mediación s/ recurso directo a Cámara. 2017).

En esta línea, en 2017, la CSJN volvió a ratificar el criterio restrictivo de interpretación del contenido del recurso de nulidad, según vimos en el fallo “Otto”. Así lo resolvió en “Ricardo Agustín López”, concediendo recurso extraordinario contra una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, que había declarado la nulidad de una sentencia arbitral, mandando a dictar nuevo fallo. (Ricardo Agustín López, Marcelo Gustavo Daelli, Juan Manuel Flo Díaz, Jorge Zorzopulos c/ Gemabiotech S.A. s/Organismos Externos. 2017).

Nuevamente, en fallo de 2018, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, ratificó el criterio de interpretación restrictiva de la última parte del artículo 1656 (CCCN. 2014), sentado en “Olam c Cubero”, frente a la interposición de un recurso de nulidad, mediante el cual también se pretendió – elípticamente- hacer revisar la sustancia de una sentencia arbitral, cuyo recurso de apelación había sido renunciado (Emaco S.A. c/ Finesterre S.A. s/Organismos Externos: 2018).

Finalmente, nos interesa destacar un fallo de 2019, en el cual se interpone – válidamente – recurso de apelación contra un laudo arbitral del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio. En el mismo, en virtud de las alegaciones de la demandada, se realiza un análisis sobre la posibilidad de renuncia del recurso mencionado –no sucedida- en el caso y; justamente, por tal motivo el fallo afirma: “En definitiva, se trata de

proteger la autonomía de los contendientes que se sometieron libremente a las reglas del Tribunal de Arbitraje que permiten deducir el recurso de apelación y en ningún momento renunciaron a esa facultad, a pesar de que tanto el mentado reglamento como la normativa de fondo los autorizaban a hacerlo” (Sidus S.A. c/ Genomma Laboratories Argentina S.A. s/Organismos Externos: 2019).

De tal suerte, también aquí se deja sentado que la jurisprudencia continúa sosteniendo que el artículo 1656 (CCCN. 2014) admite la renuncia al recurso de apelación; más allá de su alambicada redacción.

Finalmente, en relación con los planteos de aquellas partes que sostuvieron que las causales de nulidad invocables –en sus intentos de revisión del mérito de un laudo arbitral- eran aquellas previstas por el artículo 1656 (CCCN. 2014). En los fallos analizados solo se ha dicho, rechazando el respectivo planteo, que la parte actora no fundamentó la petición en ninguna de ellas. Así, vemos que los tribunales aún no se han enfrentado a un planteo concreto al respecto.

Conclusión

Como corolario de este breve trabajo, nos interesa destacar que el arbitraje comercial es un instituto jurídico ancestral, de gran valor y utilidad, también, para las relaciones mercantiles establecidas entre empresarios y

comerciales a nivel local y a nivel pequeña y mediana empresa; y no sólo para las relaciones comerciales internacionales.

Tiene una larga historia en nuestra República Argentina y se asienta sobre bases constitucionales sólidas y pacíficas. En consonancia, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre ha acompañado su desenvolvimiento y desarrollo.

En el arbitraje comercial, la autonomía de la voluntad de los contratantes encuentra un escenario de mayor flexibilidad, con vastas posibilidades de participar en el diseño del marco en el cual se llevará adelante la resolución de sus conflictos mercantiles a través de este método de resolución de controversias heterocompositivo.

Por ello, la norma del segundo párrafo del artículo 1656 (CCCN. 2014) resulta ser –absolutamente- disonante con el esquema del arbitraje comercial y, como hemos dicho, cargada de confusión en sí misma.

Es una norma que genera un núcleo de conflictos que jamás existieron en nuestro derecho en torno al arbitraje comercial; y, más allá de la postura conteste de la doctrina especializada y de la jurisprudencia, que ha echado luz a la situación generada por esta norma, con una férrea posición sustentada en décadas de desarrollo del instituto en nuestro país, no deja de empañar los logros en la materia hasta la fecha.

Es una norma que pretende introducir el planteo de las causales de nulidad de los actos jurídicos del derecho privado (civil y comercial), frente a un acto jurisdiccional, como es el laudo o sentencia arbitral, que pretende entrometerse con un acto que comparte las características de una sentencia judicial, como son el carácter de cosa juzgada y la ejecutoriedad.

Es una norma que utiliza un vocabulario que, lejos de ser amigable para el lego, no comparte los criterios de precisión requeridos por la ciencia y la práctica del derecho.

También, en su confusa redacción, olvida que la doble instancia no es una garantía constitucional en el marco de los derechos civiles.

Ahora bien, sin perjuicio de las voces que en su momento se levantaron en contra de la legislación del arbitraje, en su faz contractual, dentro del Código Civil y Comercial de la Nación y, por supuesto, de las aristas perfectibles que la misma aún tiene, esta normativa vino a revalorizar el arbitraje comercial, a brindarle rango legal a principios universales aceptados por nuestra jurisprudencia y a estandarizar ciertas normas sobre el mismo, con miras a dar una imagen compacta de este instituto en la República Argentina.

Por todo ello, compartimos los criterios jurisprudenciales que se han mantenido en línea con los principios del arbitraje comercial, armonizando la letra del segundo párrafo del artículo 1656 (CCCN. 2014) con

la historia de este instituto jurídico, con la télesis de su normativa y con un principio rector general que, entendemos, debe propender al mayor de los respetos en relación con los derechos patrimoniales disponibles, entre pares, cuando no afectan ni intereses de terceros ni intereses superiores del Estado como comprensivo de toda la sociedad, pues la defensa constitucional del interés público no requiere una norma de fondo inmersa en un instituto jurídico de absoluta raigambre mercantil como es el arbitraje comercial.

Referencias bibliográficas

Alsina H. 1965. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda Edición, actualizado por el Dr. Jesús Cuadrao. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

Caivano, R. J. 2011. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

Di Pietro, A., Lapieza Elli, Á. E. 1983. *Manual de Derecho Romano*. Tercera Edición, Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Etcheverry, Raúl A. 1988. *Derecho Comercial y Económico – Parte General*. 2da. Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Halperín, Isaac. 2000. *Curso de Derecho Comercial*, Volumen I, 4ta. Edición, actualizada y ampliada por Butty Enrique M. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Loutayf Ranea, R. G. y Solá E. 2014. "Jurisdicción arbitral. Naturaleza jurídica". En Revista de Derecho Procesal "Jurisdicción y competencia" de Rubinza y Culzoni, I (2014-2), p. 401/448.

http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/jurisdiccion-arbitral-naturaleza-juridica/at_download/file

Molina González, H. 1988. "Breve reseña histórica del arbitraje". En Revista de la Facultad de Derecho de México, (157-159). p. 215-225.

Rivera J. C. 2007. *Arbitraje Comercial – internacional y doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Wolff, H. J. 2007. El Origen del Proceso entre Los Griegos. En Revista de la Facultad de Derecho de México, 57 (247). p. 335-374. DOI:

<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2007.247.61318>

Zappalà, F. 2010. Universalismo histórico del arbitraje. En Vniversitas, 59 (121), p. 193-216.

<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.uhar>

Referencias jurisprudenciales

Amarilla Automotores S.A. c/ BMW Argentina S.A. s/ Recurso de Queja (3157/2016/CA1). 12/04/2016. CNCOM

– SALA D. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-148933640.pdf>

Conductil S.A.C.I.F.I.A. c/ Music House Jujuy S.R.L. y otro s/sumario. 20/03/2007. (C. 1796. XXXVIII. RHE - Fallos: 330:1036).

Diaz, Ruben Hector C/ Techint Cia. Técnica Internacional SACEI s/Recurso de Queja (OEX) (3567/2016/RH1). 12/04/2016. CNCOM – SALA B.

Emaco S.A. c/ Finesterre S.A. s/Organismos Externos (017463/2017). 20/03/2018. CNCOM – SALA D. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-199068593.pdf>

Energy Traders S.A. c/ Olca S.A.I.C. s/Ejecutivo (019078/2017/CA001). 14/08/2018. CNCOM – SALA F. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-209042345.pdf>

Expreso Santo Tomé -Línea H.-. 1961 Fallos: 250:61

G. B. L. y otro c/ V. SA y otros s/Prueba Anticipada (068438/2017/CA001). 16/03/2018. CNCIV – SALA G. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-201320488.pdf>

Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Giannella, María Cristina. 11/04/2006. (H. 45. XXXVII - Fallos: 329:1180).

Laderas del Perito Moreno S.A. c/ Colegio de Escribanos CABA Tribunal Arbitraje Gral. y Mediación s/ recurso directo a Cámara (059668/2017/CA001). 27/09/2017.

CNCIV – Sala H. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-189506820.pdf>

Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Roberto Martín y otro s/ Recurso de queja (OEX). 22/12/2015. CNCOM – Sala E.

Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c/ Metrogas S.A. (Chile) s/Organismos Externos (COM 007893/2016/CA001). 19/12/2017. CNCOM – Sala D. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-189585731.pdf>

Provincia de Buenos Aires contra Otto Frank y Compañía. 18/08/1922. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Fallos: 137:33). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumario/s/buscarTomoPagina.html?tomo=137&pagina=33>

Ricardo Agustín López, Marcelo Gustavo Daelli, Juan Manuel Flo Díaz, Jorge Zorzopulos c/ Gemabiotech S.A. s/Organismos Externos (COM 000182/2014/1/RH001 Recurso Queja N° 1). 05/09/2017. (CSJN Fallos: 340:1226)

Rocca, J.C. c/ Consultara S.A. s/ ordinario. 31/05/1999. (CSJN Fallos: 322:1100)

S., F. A. c/ L., C. L. s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extr. CIV 106794/2013/CS001 24/09/2019. (Fallos: 342:1568).

Sidus S.A. c/ Genomma Laboratories Argentina S.A. s/Organismos Externos (026990/2018/CA001). 07/10/2019.

CNCOM – SALA B. En

<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-238095996.pdf>

TCPSA S.A. c/ ADT Security Services S.A. s/Organismos Externos (COM 002455/2017/CA001). 31/10/2017.

CNCOM – Sala F. En <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-192188922.pdf>

Legislación y fuentes normativas

Constitución Nacional Argentina, Ley N° 24.430, texto oficial (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Boletín Oficial del 10-ene-1995 Número: 28057.

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, Boletín Oficial del 08-oct-2014. Numero: 32.985.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454, Boletín Oficial del 07-nov-1967 Número: 21308.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Decreto Ley 7425/68, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 24-oct-1968.

Les Codes Français, collationnés sur les testes officiels par, Tripiier, Louis et Monnier Henry, (1899). Quarante – neuvième édition, Librairie Cotillon – F. Pichon, Sr, Éditeur – Libraire du Conseil d’État, Paris.

Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley N° 27.449, Boletín Oficial del 26-jul-2018 Número: 33919.

Ley Española de arbitraje, N°60/2003 - BOE núm. 309, de 26/12/2003. En

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>.

Ley de conciliación y arbitraje de Bolivia, N° 708 – GOB N° 770NEC, 25/06/2015. En

<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/770NEC>.

Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008 – 01/09/2008.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf)

Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N.Y M.L. Villa de Bilbao, aprobadas y confirmadas por D. Felipe V y D. Fernando VII. Con inserción de los reales privilegios, y la provisión de 9 de julio de 1818 que contiene las alteraciones hechas a solicitud del mismo consulado y comercio. (1834). Librería de Garnier Hermanos, Sucesores de D. V. Salvá, París.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En

<http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/AnteproyectoCodigoCivil2012.pdf>

**Abogada*

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, con postítulo de Profesora Universitaria por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Certificación Internacional en Neurociencia Cognitiva Aplicada a las Organizaciones (BINCA)

Profesora Titular de Grado y Posgrado (UMSA).

Profesora Asociada de Grado (UK).

Coordinadora Académica del convenio UMSA con la Escuela de Posgrados del Colegio Público de Abogados de esta Capital Federal (CPACF). Directora Académica de las Diplomaturas dictadas en el mencionado convenio.

Secretaria Adjunta de la Comisión de Arbitraje Nacional e Internacional (CPACF).

Miembro Titular del Instituto de Derecho Comercial (CPACF).

Directora de tesis y miembro de tribunales evaluadores de tesis de doctorados, maestrías y otros.

Miembro del Comité Legal de la Asociación Argentina de Marcas y Franquicias (AAMF).

Socia de AMJA.

Autora de artículos y capítulos de libros sobre Derecho Mercantil y Arbitraje.

Titular del Estudio Jurídico Torales Abogados especializado en Asesoramiento Comercial y Empresarial (Sociedades Comerciales, Contratos Comerciales y Empresariales, Franquicias, Marcas, Defensa del Consumidor, Arbitraje Comercial y Pericia Arbitral).

*Correo electrónico: dra.gracieltorales@gmail.com
graciela.torales@umsa.edu.ar*

REVISTA CONCEPTOS:

PARÁMETROS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS, AVANCES DE INVESTIGACIÓN Y RESEÑAS

Se recibirán para considerar su publicación en la revista Conceptos: artículos, avances de investigación y reseñas. En todos los casos deben ser trabajos originales o inéditos y no haber sido enviados para su publicación a otras revistas.

Artículos

Los artículos deben presentar la elaboración de los resultados de una investigación en curso o ya finalizada o, bien, ser artículos de revisión que planteen una nueva propuesta de abordaje a un tema o problemática.

Se considerarán para su publicación aquellos trabajos académicos originales en su tema y abordaje que den cuenta de un tratamiento metodológico pertinente para el tipo de problemática y que respeten las reglas de campo académico, especialmente el rigor teórico.

Una vez aprobados preliminarmente de acuerdo, a su pertinencia y requisitos formales, los artículos serán enviados a evaluadores externos y sometidos a referato anónimo por pares académicos.

La extensión máxima de los artículos será de 50.000 caracteres con espacios y deberán ir acompañados de un resumen de un máximo de 150 palabras. Deberán presentarse también cinco palabras clave que sintetizen el contenido del trabajo condensando el área de conocimiento de referencia y los principales ejes temáticos abordados.

Avances de Investigación

Los avances de investigación deberán versar sobre una investigación en curso. Se presentará el proyecto que aborda, el estado de situación del mismo, como así también las distintas etapas previstas para su finalización.

La extensión máxima de los avances será de 20.000 caracteres con espacios. Deberán consignarse los datos del título de la investigación, los datos del director y los nombres de quienes conforman el equipo de investigación.

Reseñas

Las reseñas deben ser comentarios y abordajes críticos y reflexivos de un objeto de análisis. Es necesario que en el encabezado consten los datos de la obra (en el caso de libros: título/ nombre del/los autor/es, año, editorial, lugar de edición y número de páginas). La extensión máxima no podrá superar los 7.000 caracteres con espacios.

La publicación de las reseñas será definida por el Comité de Redacción de la revista. Este podrá objetar su publicación de forma definitiva.

Condiciones de presentación comunes a todos los trabajos:

- ✓ El título del trabajo irá en mayúsculas.
- ✓ El/Los nombre/s del/los autor/es debe/n figurar debajo del título del trabajo. Deberá referirse al final del mismo el/los títulos académicos obtenido/s, lugar donde se desempeña profesionalmente y cargo que ocupa. Deberá consignarse también una dirección de e-mail de cada uno de los autores.
- ✓ Independientemente de la extensión correspondiente al tipo de trabajo, los trabajos deberán tener un interlineado de 1,5 y con letra Calibri, cuerpo 11.
- ✓ Evitar las complicaciones tipográficas, como por ejemplo las versalitas en los títulos de los apartados o tabulaciones al principio del párrafo.
- ✓ Para destacar una palabra o expresión se utilizará sólo la letra *cursiva*. Las MAYÚSCULAS o subrayados no se utilizarán dentro del texto.
- ✓ Los subtítulos deberán presentarse en letra minúscula, en negrita.
- ✓ Los apartados dentro de los subtítulos irán en cursiva, sin negrita.

Todos los trabajos serán evaluados preliminarmente por el Director, los miembros del Comité de Investigación o el Consejo de Redacción.

El envío de un trabajo a la Revista CONCEPTOS implica la cesión de la propiedad para que el mismo pueda ser editado, reproducido y/o transmitido públicamente en cualquier forma, incluidos los medios electrónicos, para fines exclusivamente científicos, culturales y/o de difusión, sin fines de lucro.

El Comité de Redacción decidirá en qué número de la Revista se incluirán los trabajos aceptados para su publicación, en virtud de la pertinencia de las temáticas y el espacio disponible.

Todos los trabajos aceptados para su publicación estarán sujetos a la edición posterior por parte de editores y diseñadores de la revista, con el propósito de ajustar el material a las pautas editoriales que rigen la publicación.

La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

Los trabajos deben ser remitidos al Instituto de Investigación de la Universidad del Museo Social Argentino en formato electrónico a: conceptos@umsa.edu.ar.

Bibliografía:

Las referencias bibliográficas deberán incluirse dentro del texto y no en nota al pie. Irán entre paréntesis con

indicación del autor, el año y las páginas. Por ejemplo: (Scalise, 1983: 67).

Las referencias bibliográficas completas irán al final del texto ordenadas alfabéticamente y deberán seguir los siguientes criterios:

Libros:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título del libro*. Número de edición. Lugar de edición: Editorial.

Por ejemplo:

Amat, N. (1978). *Técnicas documentales y fuentes de información*. Barcelona: Biblograf.

Artículos de revista:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del artículo». *Título de la revista* Número de la revista. Números de páginas.

Por ejemplo:

Bresnan, J.; Kanerva, M. (1989). «Locative Inversion in Chichewa: A Case Study of Factorization in Grammar». *Linguistic Inquiry* 20. 1-50.

Capítulos de libro:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del capítulo». En Apellido, Inicial nombre. (ed./coord.) (Año). *Título del libro*. Número de edición/volumen. Lugar de edición: Editorial. Números de página.

Por ejemplo:

Traugott, E. C.; König, E. (1991). «The Semantics-pragmatics of Grammaticalization Revisited». Dins Traugott, E. C.; Heine, B. (ed.) (1991). *Approaches to Grammaticalization*. Vol. I. Amsterdam: Benjamins. 189-218.

Diccionarios:

Título. Número de edición. Lugar de edición: Editorial, año.

Por ejemplo:

Gran diccionari de la llengua catalana. Barcelona: Enciclopèdia Catalana, 1998.

Nuovo Dizionario Spagnolo – Italiano / Italiano – Spagnolo. Torí: Paravia, 1993.

Recursos electrónicos:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título* [tipos de recurso: en línea / disquet / cd-rom]. Lugar de edición: Editorial. *Dirección Web* [Consulta: día de mes de año].

Por ejemplo:

Estivill, A.; Urbano, C. (1997). *Com citar recursos electrònics* [en línea]. [Barcelona:] Escola Universitària Jordi Rubió i Balaguer de Biblioteconomia i Documentació. <http://www.ub.es/biblio/citae.htm> [Consulta: 2 de febrero de 2001].

Otros ejemplos:

The Chicago Manual of style of FAQ [en línea]. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. <http://www.uchicago.edu/Misc/Chicago/cmosfaq.html> [Consulta: 4 de abril de 1997].

Nelson, T. (s. d). *Professional Home Page of Ted Nelson* [en línea]. <http://www.sfc.keio.ac.jp/~ted/> [Consulta: 15 de diciembre de 2000].

