

ISSN 1667-796X

REVISTA de la Facultad  
de Ciencias Jurídica  
y Sociales

**BALANCE A CINCO AÑOS  
DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
(2015–2020)**

N° 13. NUEVA ÉPOCA  
Año 2020 . Santa Fe . Argentina

FCJS

UNL • FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



REVISTA de la **Facultad de**  
**Ciencias Jurídicas y Sociales**

NUEVA ÉPOCA



UNL • FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Decano

Javier Francisco Aga

Vicedecano

Gonzalo Sozzo

Secretaria General

Mariana Bertona

Secretaria Académica

Ma. Eugenia Basualdo

Secretaria de Investigación

Ayelén García Gastaldo

Secretario de Extensión

Javier Olivera

Secretario de Posgrado

Alejandro Pivetta

Consejeros Directivos 2020

Profesores Titulares

Graciela Barranco

Ma. Cristina Walker

Carlos Reyna

Enrique Pita

Ricardo Alvarez

Roberto Vicente

Prof. Adjuntos

Ma. Antonia Gómez

Misael Alberto

Ma. Victoria Darsaut

Doc. Auxiliares

Lorena Bianchi

María Sara Puyol

Graduados

Elena Verano

Karina Poncio

Agustín Lemos

Esteban Rodríguez

No docente

Antonio Figueroa

Estudiantes

Rosario Reyna

Faustino Solari

Agustina Varona

Luisina Isler

María Agustina Nuñez

Evangelina Zarza

ISSN 1667-796X

REVISTA **de la Facultad de**  
**Ciencias Jurídicas y Sociales**

BALANCE A CINCO AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (2015–2020)

N° 13. NUEVA ÉPOCA  
Año 2020 . Santa Fe . Argentina

REVISTA de la **Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales**

Edición y corrección de los textos:  
Instituto de Derecho Comercial

—

Coordinación editorial  
Ma. Alejandra Sedrán

Corrección  
Milena Frank

Diagramación  
Julián Balangero

**Ediciones UNL**  
Facundo Zuviría 3563,  
Santa Fe, Argentina  
editorial@unl.edu.ar

## Sumario

- 7 María Cristina WALKER  
La empresa en el Código Civil  
y Comercial de la Nación
- 17 María Victoria DARSAUT  
y Matías Ignacio ROSTÁN  
La incorporación del abuso de  
posición dominante en el Código  
Civil y Comercial de la Nación y sus  
efectos en el Derecho de Defensa de  
la Competencia argentino
- 37 María Silvia GÓMEZ BAUSELA  
Herramientas jurídicas previstas  
en el **CCCN** para las Sociedades de  
Familia. Autonomía de la Voluntad  
y la Causa Fin para prevención de  
conflictos
- Rubén ROMANO
- 45 La regulación del nombre de las  
personas jurídicas en el artículo 151  
del **CCCN**. Análisis de los requisitos y  
de los problemas de interpretación y  
de aplicación
- 53 Miguel PIEDECASAS  
El Código Civil y Comercial  
y el Contrato de Seguro
- 71 Javier R. PRONO  
y María Eugenia BASUALDO  
Efectos del Código Civil y Comercial  
en temas societarios vinculados con  
la ley concursal
- 97 María Cristina DE CÉSARIS  
y María Eugenia BASUALDO  
Incidencias del Código Civil y  
Comercial de la Nación en las  
acciones de responsabilidad  
societaria y concursal de los  
administradores
- 109 Angel Luis MOIA  
La quiebra y la extinción de los  
contratos: algunas reflexiones sobre  
la incidencia del Código Civil  
y Comercial



## La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación

Business in Civil and Commercial Code

María Cristina Walker<sup>(1)</sup>

### Resumen

El trabajo propone delimitar el marco jurídico y el alcance del concepto de empresa debido a que el Código Unificado la introduce sin definir, a través de la obligación de llevar contabilidad. Se abordará el estudio de las diferencias existentes entre sujetos que realizan «actividad económica organizada»; «titulares de empresa» y «titulares de establecimiento comercial». Se examinará el aporte de diversas posiciones doctrinarias y la normativa de derecho comparado más relevante en relación con el tema.

### Palabras claves

Empresa · Actividad · Empresario · Establecimiento · Comercial

### Abstract

The work proposes to delimit the legal framework and scope of concept of business because the Unified Code introduces it, without defining it, through the obligation to keep accounting. The study of the differences between subjects who carry out «organized economic activity» will be approached; «business owners» and «business establishment owners». The contribution of various doctrinal positions and the most relevant comparative law regulations on the subject will be examined.

### Keywords

Business · Activity · Entrepreneur · Establishment · Commercial

## 1. Introducción

El 1° de octubre de 2014 se sancionó la ley 26994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) derogando el Código Civil y el Código de Comercio, comenzando a regir a partir del 1° de agosto de 2015. El Código unificado está celebrando cinco años de su entrada en vigencia.

Aunque se denomine «Civil y Comercial», no realiza un tratamiento específico de la materia comercial. Las personas están clasificadas en humanas y jurídicas, sin diferenciar

---

<sup>(1)</sup> Profesora titular ordinaria de Derecho Comercial y Empresarial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Miembro del comité Académico de la Especialización en Derecho de la Empresa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNL, Consejera directiva estamento profesores titulares de la FCJS-UNL.



su carácter civil o comercial; desaparece la diferencia entre contratos civiles y comerciales; se elimina el aditamento «de comercio o mercantil» en varios institutos; y no se hace alusión alguna al acto de comercio, al comerciante, y a los agentes auxiliares. Aunque es cierto que las modificaciones y omisiones señaladas generan mayor dificultad para la ubicación de los institutos mercantiles, subsiste la comercialidad en el Código unificado y la normativa propia y específica del comercio. Se ha dicho con razón que, «aunque a primera vista pudiera parecer que existe una difuminación de la materia comercial, en rigor al extenderse su regulación por todo el cuerpo del nuevo ordenamiento, la comprensión de los aspectos mercantiles requieren una lectura integral»<sup>(2)</sup>.

La ley 26994 modifica, además, la ley 19550 de Sociedades Comerciales reemplazando su denominación por la de Ley General de Sociedades, poniendo de resalto el objeto empresarial para todas las sociedades.

En el mismo sentido, el Código refiere a la empresa a través de la obligación de llevar contabilidad, distinguiendo la «actividad económica organizada», de la «titularidad de una empresa» y de la «titularidad de un establecimiento comercial», aunque sin conceptualizar a ninguna de ellas. Resulta claro que la comercialidad se introduce en el Código a partir de la empresa y la mencionada obligación contable.

La tarea consistirá, entonces, en abordar el marco jurídico de dichos conceptos, con especial enfoque en la empresa, como objetivo del presente trabajo.

## 2. Marco jurídico de la empresa

El tráfico mercantil es un tráfico en masa, protagonizado por personas humanas o jurídicas, cuya actividad profesional consiste en la repetición seriada de actos homogéneos. Esto ha influido en la dinámica del contenido del Derecho Comercial, llegándose a sostener que este es el Derecho de las empresas. No podemos afirmar que la empresa sea un elemento que defina del concepto de esta rama del derecho privado, pero sí que es utilizada como dato calificador de las personas y de las actividades sometidas al Derecho Comercial.

Pero no todas las relaciones jurídicas de la empresa están regidas por el Derecho Comercial, que no penetra en el ámbito interno de la organización empresarial en el que existen relaciones jurídicas que constituyen el objeto de otras ramas del derecho (Laboral, Administrativo, Fiscal, etc.).

Debatida la construcción de una imagen dogmática unitaria de la empresa, se ha considerado que el

hecho de no ser una materia exclusiva del derecho comercial y que, además, jurídicamente se reconoce la existencia de empresas no comerciales, son objeciones que se oponen a su reconocimiento, pero que no han detenido esta tendencia que tiene a la empresa como el fundamento mismo del derecho comercial y el elemento unificador de todos los institutos comprendidos tradicionalmente en esta materia. (Buonocore, 2000)

---

<sup>(2)</sup> Junyent Bas, Francisco (2012). «La difuminación de la comercialidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial y la necesidad de una relectura completa». *Rev. de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, N° 5, p. 4.

Aproximarse a una noción de empresa no es cuestión simple. Hubo numerosos intentos de la doctrina nacional y extranjera por lograr un concepto jurídico unitario, y a partir de allí, someter a la empresa al tratamiento de diversas disciplinas, conforme al enfoque que a cada una de ellas le corresponde realizar.

Mucho se ha escrito acerca de la empresa, fundamentalmente, tomándola como noción de la ciencia y de la realidad económica, afirmando que como fenómeno económico es una organización para producir bienes o prestar servicios para el mercado con el fin de obtener beneficios, combinando los factores de la producción: naturaleza, capital y trabajo.

Se ha expresado que el término empresa sirve para indicar un grado mayor de desarrollo u organización de una unidad productiva, pero sin haber logrado una idea unívoca de la misma; entendiéndose que los diversos aportes doctrinarios sobre el tema solo tienen valor de nuevas perspectivas, no siendo posible ponerse de acuerdo sobre una delimitación precisa y universalmente válida de la noción de empresa. La ciencia económica tampoco ha aportado mayores precisiones. Por tal razón, muchos autores manifiestan que es preferible abandonar las teorizaciones para lograr conceptos unívocos, tendiendo a ver a la empresa como noción funcional, atribuyéndole consecuencias concretas a quien resulte ser su titular.

Otra corriente de opinión afirma que empresa es «el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de producir bienes o prestar servicios para el mercado».

De lo antedicho, surge que las posiciones doctrinarias en torno al concepto jurídico de empresa podrían agruparse del siguiente modo:

- a) los autores que niegan la posibilidad de encontrar un concepto jurídico de empresa,
- b) los autores que niegan la posibilidad de encontrar un concepto unitario aplicable a todas las disciplinas jurídicas,
- c) los autores que formulan un concepto jurídico de empresa coincidente con el concepto económico de la misma,
- d) los autores que formulan un concepto jurídico de empresa distinto del concepto económico.

Sin perjuicio de desarrollar más detalladamente las opiniones de autores expresadas, la posición mencionada en d) aparece como la más adecuada por entender que es posible enunciar un concepto jurídico de empresa diferente del concepto económico, toda vez que la empresa no es la organización de los factores de la producción con propósito de lucro; y tampoco se puede recurrir a la simplificación de entenderla como el establecimiento comercial en su fase dinámica.

El Código Civil y Comercial no expresa un concepto de empresa (tampoco lo hacía el derogado Código de Comercio). En la doctrina nacional se han vertido diversas opiniones relativas al tema, con la finalidad de otorgar un encuadre legal que, coincidiendo o no con el concepto brindado por la ciencia económica, pueda ser aplicable a diversas ramas del derecho.

En la búsqueda del marco jurídico de la empresa, se destaca un trabajo propuesto por Jaime Anaya que toma la estructura argumentativa del jurista italiano Asquini, quien en su

obra *Profili dell'impresa*, le atribuye cuatro facetas o perfiles a la empresa, dejando a salvo su unidad conceptual. Dichos perfiles o conceptos bajo los cuales puede ser analizada la empresa son: a) subjetivo; b) funcional o dinámico; c) objetivo o patrimonial; y d) corporativo.

Bajo el perfil *subjetivo*, la empresa como unidad productiva de bienes y servicios para el mercado se antepone a su titular, atribuyéndole el carácter de sujeto de derecho. Según esta posición la empresa, no es un simple conjunto de medios de producción inerte, sino que constituye una persona jurídica independiente, un sujeto de derecho y su titular, su primer servidor. Se considera que la empresa se emancipa, adquiriendo una personalidad independiente.

La concepción subjetiva de la empresa partió de autores alemanes que le adjudicaron los atributos propios de la persona; se sostuvo que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inerte, sino que constituye una persona jurídica con completa independencia. La empresa es un elemento de la realidad económica regulada por el derecho mercantil, que adquiere una importancia superior a la del empresario<sup>(3)</sup>.

Se consideró el «realzamiento» como un fenómeno que entiende a la empresa como una unidad productiva de bienes o servicios destinados al mercado, imponiéndose al propio empresario que la organizó y asumió los riesgos (Anaya, 2009:43).

La teoría subjetivista vinculó directamente a la sociedad comercial con la empresa, desvaneciendo los límites que existen entre ambos conceptos y produciendo una verdadera sinonimia<sup>(4)</sup>.

Se ha expresado que abonan esta postura las técnicas de la contabilidad que personifican las «cuentas», así como las tendencias del derecho tributario que suelen valerse de equívoca terminología.

La distinción entre la empresa como organización, la actividad y el sujeto que es su titular, es muy evidente en el caso del empresario individual, pero tal distinción pierde nitidez en el caso del empresario social. Además, se advierte en el lenguaje corriente que se hace referencia a la empresa como «sujeto» o a «los intereses de la empresa», todo lo cual significa, en realidad, formas de aludir al empresario y básicamente, al empresario social.

El CCCN parecería enrolarse en esta postura *subjetivista* de la empresa. En el ámbito de los llamados «contratos de consumo» se expresa:

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social.<sup>(5)</sup>

El artículo transcripto alude al «proveedor» que la legislación argentina describe como «aqueel que desarrolla de manera profesional actividad de producción, montaje, creación,

---

<sup>(3)</sup> Cfr. Endemann (1875) citado por Broseta Pont, Manuel (1965). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid.

<sup>(4)</sup> La confusión entre sociedad y empresa ha sido profundizada por los propios empresarios sociales, que encontraron en tal confusión un refugio para diluir las insolvencias, los quebrantos y buscar soluciones con los fondos del erario público, bajo pretexto de paz social y conservación de las fuentes de trabajo.

<sup>(5)</sup> Art.1093 CCCN.

construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios»<sup>(6)</sup>.

Entendemos que la empresa no es un sujeto jurídico. Es impropio personificar la empresa o adjudicarle intereses que, en realidad, pertenecen al empresario, porque conduce a conclusiones inexactas y disvaliosas. Entre otras, por ejemplo, suponer que «la conservación» es una regla en todos los casos de crisis económico-financiera por requerirlo los intereses autónomos de la empresa. Compartimos la crítica a esta posición subjetivista toda vez que ella queda obstaculizada por la imposibilidad de reunir simultáneamente la calidad de sujeto y objeto de derecho. La empresa no puede sustraerse al reconocimiento de un sujeto imputable de la actividad que realiza y que es el titular de los derechos que se ejercitan sobre ella. Personas, actividades y objetos son jurídicamente categorías que no se pueden confundir.

El análisis de la empresa bajo el perfil *objetivo o patrimonial* «cuenta con regímenes jurídicos que lo contemplan en cuanto a su estrecha vinculación con los establecimientos comerciales o haciendas o fondos de comercio, ello justifica que haya sido el perfil más abordado por los autores»<sup>(7)</sup>.

Como se dijo, muchas posiciones doctrinarias parten del concepto económico de empresa para definirla jurídicamente, y de tal modo produciéndose confusión entre empresa y establecimiento comercial. Esta asimilación de empresa y establecimiento quizás sea la razón por la cual las mismas teorías que pretenden ubicar la naturaleza jurídica del establecimiento se aplican para ubicar de la naturaleza jurídica de la empresa<sup>(8)</sup>.

Son muchas las dificultades planteadas por la teoría del establecimiento comercial a partir de la distinción entre empresa y establecimiento o fondo de comercio. Y respecto a la distinción entre uno y otro concepto se ha dicho que «el establecimiento es una organización instrumental de bienes y cosas» y, por su parte, «la empresa es una forma de la actividad tendiente a la realización de un fin».

Con la finalidad de distinguir empresa y hacienda se han expresado múltiples opiniones tanto en la doctrina nacional como extranjera. Entre ellas se ha considerado que: «La empresa es la organización de las actividades, un *quid immaterial*, el establecimiento comercial o hacienda, es un conjunto de bienes organizados» (Fontanarrosa, 1976).

La empresa es una organización unitaria que actúa a través de un establecimiento o de una pluralidad de establecimientos (Zavala Rodríguez, 1971).

La relación de la hacienda con la empresa es de especie a género: la empresa es siempre una hacienda, pero, no toda hacienda es empresa porque están excluidas la hacienda profesional, la artesanal, etc. La empresa y el establecimiento comercial o hacienda son dos aspectos de la misma realidad reservándose a la primera un aspecto dinámico y a la segunda una posición estática (Carnelutti, 1951).

---

<sup>(6)</sup> Art 2 de la ley 26361 que modifica a la ley 24240.

<sup>(7)</sup> Anaya, Jaime (p. 50).

<sup>(8)</sup> En la actualidad, las teorías sobre el establecimiento comercial o fondo de comercio han perdido gran parte de su espacio sobre todo en cuanto a su transferencia, debido a que ha sido desplazado, en la práctica, por la transmisión de las participaciones sociales, mediante la cual se dispone de los derechos sobre el establecimiento con mayor simplicidad que la exigida por aplicación de los trámites establecidos por la ley para transferir fondos de comercio (Le Pera, Sergio [1974] *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Buenos Aires).

La empresa es la hacienda estable, de mediana o gran magnitud (Santoro Passarelli, 1963).

La empresa como la hacienda, son organizaciones de personas y bienes, distinguiéndose por cuanto son momentos sucesivos en la evolución jurídica (Mossa, 1942).

La interpretación prevalente en la doctrina italiana, entiende que la empresa es la actividad del empresario, la hacienda es la organización patrimonial a través de la que se ejercita aquella y es a la vez el resultado de tal actividad. Se ha expresado: la empresa «no existe», «se ejerce» (Barbero, 1967).

Con igual finalidad de justificar jurídicamente a la empresa y al establecimiento comercial, se ha recurrido a la teoría de la universalidad, tanto a la universalidad «de derecho», como a la «universalidad de hecho».

Los autores que consideran a la empresa como «universalidad de derecho», expresan que «es un conjunto de bienes sometidos a relaciones jurídicas activas y pasivas que se transmiten con el traspaso de la misma».

Los que se enrolan en la postura de la «universalidad de hecho» ven en la empresa un conjunto de cosas variables según la voluntad de su titular y a ese conjunto de cosas el derecho lo disciplina como unidad.

En el derecho comunitario europeo se entiende a la empresa como «conjunto de recursos humanos y materiales que, bajo una misma dirección económica, convergen para la realización y logro de un objeto económico».

Lo expresado pone de relieve la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales para dotar a la empresa de una unidad orgánica; posturas doctrinarias criticables en la medida que identifican a la empresa con la hacienda o establecimiento comercial.

El análisis del marco jurídico de la empresa bajo el aspecto *funcional* o dinámico, entendemos que surge a partir del Código italiano de 1942, que no define a la empresa sino al empresario, en estos términos: Empresario es «quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios» y a partir de allí, se considera a la empresa como «actividad».

La definición transcrita del art. 2082 del Código italiano identifica a la actividad económica organizada con la empresa. En el CCCN no ocurre lo mismo, toda vez que se hace referencia a la «actividad económica organizada», «la titularidad de la empresa» y «la titularidad de un establecimiento comercial», como conceptos distintos según veremos.

Sin embargo, se ha dicho que la referencia a la empresa como «actividad» no resulta aclaratoria debido a que en el derecho argentino la categoría de «actividades» no se encuentra desarrollada<sup>(9)</sup>; entonces, considerar a la empresa como actividad es echar mano a un término jurídico privado de consistencia.

Con una mirada menos restrictiva, se admite que una actividad profesional es propia e inherente a los sujetos; la actividad está directa e inescindiblemente ligadas a los sujetos, en definitiva, los efectos de la *empresa como actividad* recaen sobre el sujeto que la ejercita. La «actividad» ha sido entendida como una serie coordinada de actos tendientes a una finalidad común que se manifiestan también unitariamente en la relación con el sujeto que los realiza (Ascarelli, 1964).

La actividad presenta caracteres específicos y se desenvuelve en el plano de los hechos y los actos jurídicos, pudiendo ser tenida como una *categoría derivada*. Desde este punto

---

<sup>(9)</sup> Le Pera, Sergio (1974). *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Buenos Aires.

de vista, la actividad es entendida como acto jurídico conjunto de carácter continuado, implicando una serie de actos simples coordinados entre sí por la unidad de acción y de fin. Bajo estas premisas se ha expresado que la empresa es una especial manera de realizar una actividad económica cualificada, ejercitada por un empresario<sup>(10)</sup>.

En otras palabras, la empresa es una «forma de obrar humano, un modo especial de desarrollar una actividad económica ubicada en la categoría de los actos jurídicos conjuntos de carácter continuado. Es una actividad compleja o compuesta de una pluralidad de acciones simples»<sup>(11)</sup>.

Es un acto jurídico compuesto en el sentido que está integrado por actos simples o individuales que, a su vez, están en función de soporte del acto más genérico que es la empresa.

La *actividad económica organizada* supone la reiteración de actos bajo una organización que funciona como una unidad independiente de su titular con finalidad económica<sup>(12)</sup>. Aludir a la «actividad» para caracterizar a la empresa viene siendo reconocida en varios ordenamientos jurídicos, entre ellos en Argentina<sup>(13)</sup>. Se observa que el art. 320 del CCCN que en su parte pertinente expresa: «están obligados a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una **actividad económica** organizada».

La actividad económica organizada se manifiesta también en los contratos, fundamentalmente en aquellos contratos en los que, por las exigencias técnicas, deberán contar con una organización empresarial: Seguro; Bancos; Bolsas o Mercados, los que además de tener exigencias tipológicas para el empresario social, deberán cumplir con requisitos especiales para tales organizaciones empresariales, a los cuales queda condicionada la autorización para desarrollar tal actividad.

El análisis del marco jurídico de la empresa desde el *perfil corporativo* es, en mayor medida, el que atañe al derecho laboral debido a que refiere a las relaciones e intereses hacia el interior de la empresa. La comunidad de la empresa suele estar referida a la situación de los asalariados en el plano de la organización empresarial<sup>(14)</sup>.

Todo ello sin confundir a la sociedad con la empresa, como muy claramente fue expresado por Ripert (1950): «se propone que los delegados del personal formen parte del consejo de administración de la sociedad o hacer votar al personal o a sus representantes en la asamblea que elige el Consejo, ambas soluciones constituyen un error que resulta de confundir a la sociedad con la empresa».

En el derecho argentino, la LCT define a la empresa, y al empresario. La empresa está entendida «como la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos» (art. 5 LCT). Por su parte, el empresario está definido como: «quien dirige la empresa por sí o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a estos en la gestión y dirección de la empresa» (art. 5º, 2do párrafo, LCT).

---

<sup>(10)</sup> Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*.

<sup>(11)</sup> Pueyrredon, Ernesto. «La empresa, su naturaleza y su fin». *E. Derecho* N° 50.

<sup>(12)</sup> Favier Dubois, Eduardo (h), p. 102.

<sup>(13)</sup> La ley General de sociedad refiere a las sociedades de «actividad» ilícita (art. 19).

<sup>(14)</sup> «A veces se ha propuesto que los delegados del personal formen parte del consejo de administración».

El perfil funcional de la empresa debe plantearse en el nivel de la organización interna de la misma y no de la sociedad empresaria. Esta concepción es la que más se adapta a una integración entre los que aportan el capital y los que colaboran con su trabajo.

El análisis de la empresa bajo este perfil funcional se asemeja al análisis efectuado por partidarios de la Teoría de la Institución como idea de obra o de empresa, que se realiza y perdura jurídicamente en un medio social. Esa idea de obra es la finalidad económica de la empresa y el grupo social interesado en su realización. Se entiende a la empresa como una organización permanente; la empresa tiene la permanencia de la «institución».

Tal postura fue desarrollada principalmente por Hauriou, Despax y Asquini, entre otros. Este último autor, inserta la empresa en la institución, como toda organización de personas fundada bajo una relación de jerarquía y cooperación entre sus miembros en función de un fin común; enfoque que tiene una fuerte connotación política y sociológica, más que jurídica.

Sin desconocer que la empresa es un fenómeno económico, creemos que se puede enunciar un concepto jurídico diferente del concepto económico, no es necesario recurrir a la economía para arribar a un concepto de empresa. Y en tal sentido, entendemos que es un modo especial de desarrollar una actividad económica que podría ser ubicada en la categoría de los actos jurídicos de carácter continuado y que reúne los siguientes caracteres:

1. la actividad deberá ser económica,
2. organizada, utilizando medios materiales, y trabajo ajeno, lo que da origen a la hacienda comercial,
3. profesional, es decir duradera, habitual, sistemática.

Esta especial manera de realizar una actividad económica, está matizada por el propósito de lucro, connatural a la empresa, justificando su tratamiento por el Derecho en virtud de la finalidad que persigue, esto es, la producción de bienes o la prestación de servicios para el mercado.

### 3. Conclusiones

El Código Civil y Comercial de la Nación significa una nueva regulación del Derecho Privado argentino, en el que se han adoptado las decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles, regulándose contratos comerciales y el régimen contable de los *comerciantes*, entre muchos otros temas<sup>(15)</sup>.

A partir del régimen contable, el Código introduce la temática de la «actividad económica organizada», la «titularidad de una empresa» y la «titularidad de un establecimiento comercial», haciendo referencia a ellas, pero sin efectuar conceptualización ni diferenciación alguna, lo cual torna necesario asignar la ubicación jurídica que a cada uno de tales categorías corresponda.

El CCCN establece una graduación diferenciada cuando la actividad económica está organizada como empresa y cuándo no lo está, y en tal sentido permitiendo que las profesionales liberales o los productores agropecuarios no tengan la obligación de llevar

---

<sup>(15)</sup> Lorenzetti, Ricardo (2014). *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley.*

contabilidad cuando la actividad que realizan no está organizada como empresa (art. 320 2do párrafo). Diferencia a los «titulares de una empresa» de quienes son titulares de un establecimiento comercial, entendido a éste último como sede o lugar físico donde se desarrollan las actividades.

Se puede lograr un concepto jurídico de empresa distinto del concepto económico, entendido como «ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de producir bienes o de prestar servicios para el mercado»; tal actividad empresarial está desarrollada por un empresario (persona humana o jurídica). La empresa es el producto de la actividad organizada y profesional de un empresario para actuar en el mercado de bienes y de servicios.

La actividad económica organizada como género es reiteración sistemática de actos bajo una organización con fines económicos. La empresa es ejercicio profesional de actividad económica organizada, con la finalidad de producir bienes o servicios para el mercado, con asunción de riesgo, interposición de trabajo ajeno y cierto grado de complejidad. El establecimiento comercial, en sentido jurídico, es el conjunto de bienes organizados por el empresario, para efectuar profesionalmente la actividad económica organizada.

El empresario es el titular de la empresa, es el centro de los efectos activos y pasivos de la actividad que realiza. Los empresarios, además de ser personas humanas o jurídicas, pueden ser públicos o privados; pequeños, medianos o grandes. Estos, para realizar la actividad económica, se valen de bienes —materiales, inmateriales y personales— que constituyen el establecimiento mercantil, hacienda o fondo de comercio, entendido como el *sustractum* material de la empresa.

Los conceptos expuestos: *empresa*, *empresario* y *establecimiento comercial*, se correlacionan y constituyen presupuestos uno de los otros, sin llegar a identificarse.

## Bibliografía

- ANAYA, Jaime (2009). El Marco Jurídico de la Empresa. En **VV.AA.** *Tratado de la Empresa* Tomo I. Abeledo Perrot.
- ASCARELLI, Tulio (1964). *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*. Bosch.
- BARBERO, Doménico (1967). *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires.
- BROSETA PONT, Manuel (1965). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid.
- BUONOCORE VICENZO (2000). *Instituciones de Derecho Comercial*. Turín.
- CARNELUTTI, Francesco (1951). *Teoría General del Derecho*. 3ra Ed., Roma.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo (2017) (Dir.) *Manual de Derecho Comercial*. La Ley.
- FONTANARROSA, Rodolfo (1976) *Derecho Comercial Argentino*. Parte General. Tomo I. Zavalía.
- GARRÍGUES, Joaquín (1983). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid.
- GEBHARDT, Marcelo y GERSCOVICH, Carlos (2017). *Elementos de Derecho Comercial*. La Ley.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Rubinzal-Culzoni.
- MOSSA, Lorenzo (1942). *Tratado del Nuevo derecho comercial según el Código Civil de 1942*. Milán.
- PIAGGI, Ana (2009) (Dir.) *Tratado de la Empresa*. Tomo I. Abeledo Perrot.
- RIPERT, Georges (1950). *Aspectos Jurídicos del Capitalismo moderno*. Bosch.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco (1963). *Nociones del Derecho del trabajo*. En *Estudios de trabajo y previsión*, Instituto de estudios políticos, Madrid.
- URÍA, Rodrigo (1968). *Derecho Mercantil*. Madrid.
- WALKER, María Cristina (1999). *Empresa Comercial*. Cuadernos Académicos Nº 2 **FCJS-UNL**.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos (1977). *Código de Comercio y leyes complementarias*. Depalma.
- (1971). *Derecho de la Empresa*. Depalma.





## La incorporación del abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación y sus efectos en el Derecho de Defensa de la Competencia argentino

The abuse of the dominant position in the National Civil and Commercial Code and its effects in the Argentinian Competition Law

María Victoria Darsaut<sup>(1)</sup> y Matías Ignacio Rostán<sup>(2)</sup>

### Resumen

La incorporación del artículo 11 en el CCCN sobre abuso de posición dominante en el mercado significa la puerta de entrada al sistema de ejecución privada del Derecho de la Competencia en nuestro país.

En el presente artículo se abordará la normativa específica y el aporte de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema.

### Palabras claves

Código Civil y Comercial · Ley de Defensa de la Competencia · Abuso de posición dominante · Mercado · Responsabilidad Civil

### Abstract

The regulation about the abuse of dominant position in the market in the National Civil and Commercial Code is the front door for the private enforcement of Competition Law in Argentina.

This article will address the specific regulations and the contribution of doctrine and jurisprudence about the topic.

### Keywords

Commercial and Civil Code · Competition Law · Abuse of dominant position · Market · Civil Liability

## Introducción

En nuestro país la protección de la competencia tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Carta Magna en 1994. El artículo 42 establece expresamente el deber del Estado de defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y

<sup>(1)</sup> María Victoria Darsaut. Abogada. Especialista en Derecho Comercial (Área Derecho Bancario) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Profesora Adjunta Ordinaria (a cargo) de la asignatura Derecho Comercial y Empresarial de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales—UNL. Secretaria del Instituto de Derecho Comercial de la FCJS—UNL período 2020. Investigadora categorizada.

<sup>(2)</sup> Matías Ignacio Rostán. Abogado. Docente Auxiliar en la asignatura Derecho Comercial y Empresarial de la Carrera Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales—UNL. Estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños (Cohorte 2019) y de la Carrera de Especialización en Derecho de la Empresa (Cohorte 2020). Miembro del Instituto de Derecho Comercial de la FCJS—UNL.

controlar los monopolios naturales y legales. Además, podemos encontrar a los derechos de libertad de empresa, comercio, industria y el de competir en el mercado regulados en otras disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico, como así también la reglamentación del ejercicio de estos derechos de libertad económica. Dicha reglamentación «debe lograr que el ejercicio de los derechos de unos no menoscabe el ejercicio de los derechos de otros»<sup>(3)</sup>.

Por su parte, en lo que refiere al derecho de defensa de la competencia, Argentina fue un país pionero a la hora de incorporar regímenes normativos de protección de ese bien jurídico. En la actualidad, y con el objetivo de cumplir con el mandato constitucional dispuesto en el artículo 42, se encuentra vigente la ley 27442 de Defensa de la Competencia.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), el 1 de agosto de 2015, significó un rotundo cambio de paradigma para el derecho privado argentino. Numerosas son las disposiciones que introdujo en materia civil y comercial, entre las que podemos destacar el artículo 11, a través del cual, por primera vez, se incorpora la figura del abuso de posición dominante en una norma de derecho privado.

El propósito del presente trabajo es analizar la introducción, en la norma mencionada, del abuso de posición dominante en el mercado, instituto propio del Derecho de Defensa de la Competencia, el cual no se encontraba regulado en el Derecho Privado. De este modo, pretendemos reflexionar sobre el significado y los efectos de su incorporación en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, y en particular, respecto del sistema de ejecución privada de la competencia.

## 1. La inclusión del abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial

El artículo 11 del CCCN<sup>(4)</sup> está ubicado en el Título Preliminar, en el Capítulo Tercero referido al Ejercicio de los Derechos, donde también se encuentran el artículo 9<sup>(5)</sup> y 10<sup>(6)</sup> que regulan los principios de buena fe y abuso del derecho, respectivamente.

La norma en cuestión establece que «Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales». En este sentido, podemos afirmar que el

---

<sup>(3)</sup> Basterra, Marcela (2000). «La Defensa de la Competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25156», p. 5. Disponible online en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion%CC%81n-Argentina.-El-arti%CC%81culo-42-y-la-ley-reglamentaria-n%C2%B0-25.156.pdf>

<sup>(4)</sup> Encuentra su antecedente en el artículo 397 del Proyecto de Código Unificado de 1998.

<sup>(5)</sup> Artículo 9 del CCCN. Principio de Buena Fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

<sup>(6)</sup> Artículo 10 del CCCN. Abuso del Derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

artículo 11 es una norma de enlace<sup>(7)</sup>, pues su función es la de vincular al principio de buena fe y el de abuso del derecho, con las disposiciones especiales que refieren al tema; esto es, en nuestro país, la ya mencionada ley 27442 de Defensa de la Competencia.

Es necesario remarcar que tal como se encuentra estipulado, la buena fe y el abuso del derecho funcionan como pautas interpretativas e integradoras al momento de analizar un abuso de posición en el mercado. Es decir, se deberá necesariamente recurrir a esos principios al momento de merituar la situación abusiva en un caso particular.

Por su parte, la mayoría de la doctrina coincide en que haber incorporado el referido artículo 11, resulta una clara manifestación del principio protectorio y se traduce en un deber para las empresas que detentan una posición de dominio en el mercado, de actuar conforme al principio de buena fe y de abstenerse de incurrir en un ejercicio abusivo de derechos.

El CCCN recepta la tutela preventiva, mediante la cual el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de derechos. En este punto, Trevisán afirma que la incorporación del art. 11, y la remisión que este efectúa a los dos artículos que le preceden, hace posible que sea aplicable, en materia de abuso de posición dominante, la tutela preventiva y la resarcitoria, como así también, el deber de reponer las cosas al estado de hecho anterior. Asimismo, el autor destaca que el nuevo régimen introducido por el CCCN, relativo a la función preventiva del derecho de daños —art. 1710 y ss. del CCCN— sería aplicable a casos de abuso de posición dominante, a través de los arts. 9, 10 y 11<sup>(8)</sup>.

Histórico ha sido el debate doctrinario acerca de si el abuso de posición dominante era (o no) una especie del género abuso del derecho, y la incorporación de la figura en el CCCN reflató la discusión. Para una parte de la doctrina, entre ambas figuras existe una relación de género–especie: el abuso de posición dominante sería una especie dentro del género abuso del derecho<sup>(9)</sup>.

Por su parte, la idea de que el abuso de posición dominante no debe ser concebido, ni entendido como una categoría especial o subespecie del abuso del derecho fue puesta en evidencia tempranamente por Bergel y Paolantonio, quienes consideraron que el abuso de posición dominante fue adquiriendo autonomía como consecuencia de la consolidación de su desarrollo por la jurisprudencia alemana, sin tener la necesidad de recurrir a las normas del abuso de derecho en sentido amplio; por lo que este último y el abuso de posición dominante, más allá de la parcial coincidencia terminológica, se presentan como figuras independientes<sup>(10)</sup>.

Resulta enriquecedor el aporte de Ghersi en este sentido al sostener que los artículos 10 y 11 deben combinarse de tal forma que el juez deba ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere,

---

<sup>(7)</sup> Cfr. López Mesa, Marcelo (2019). «El Abuso de Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial». *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Errejus, p. 1. Disponible en: [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina\\_lm.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_lm.pdf)

<sup>(8)</sup> Trevisán, Pablo (2016). «Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia». *RCCyC* (abril); Cita Online: AR/DOC/916/2016, p. 1.

<sup>(9)</sup> Krieger, Walter (2015). *Código Civil y Comercial, Comentado, anotado y concordado*. Astrea, p. 15.

<sup>(10)</sup> Paolantonio, Martín y Bergel, Salvador (1998). «Abuso de Derecho y Abuso de Posición dominante». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 16; p. 18. Disponible en: [http://works.bepress.com/martin\\_paolantonio/2/](http://works.bepress.com/martin_paolantonio/2/)

procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización cuando se trate de un abuso de posición dominante en el mercado<sup>(11)</sup>.

Retomando el análisis del artículo 11, cabe destacar que el CCCN no define qué se entiende por abuso de posición dominante en el mercado, y deja librado a la legislación especial su conceptualización. Sin embargo, es claro que el artículo se refiere al abuso de posición dominante en el contexto del mercado. Esto fue expresado en los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN, los cuales destacaron que el ejercicio abusivo dispuesto en el artículo 11 refiere a la posición dominante en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas.

De este modo, entendemos que lo establecido en el citado artículo no modifica el concepto dispuesto en las leyes especiales sobre competencia, pero sí sostenemos que la incorporación de la norma da lugar a la posibilidad de repensar uno de los temas más actuales y con mayor proyección del Derecho de la Competencia, esto es, la tutela desde el derecho privado de un bien colectivo como es la competencia, la cual tiene su protección específica en sistemas normativos de derecho público, tales como la Constitución Nacional y las normas de defensa de la competencia. Al decir de Lorenzetti, el art. 11 es un ejemplo de comunicabilidad entre el Derecho Público y el Derecho Privado<sup>(12)</sup>.

Adhiere a esto López Mesa, cuando afirma que:

la norma es un puente entre contenidos de derecho privado y la nueva norma de defensa de la competencia, cuya sustancia es publicista y orientada no ya a la defensa de persona o empresas perjudicadas por la conducta abusiva, sino a la defensa de un interés público, como es el buen funcionamiento del mercado y evitar sus distorsiones artificiales, en especial, tutelando a los consumidores que pudieran verse perjudicados por estas maniobras. (López Mesa, 2019:3)

## 2. El abuso de posición dominante en el Derecho de Defensa de la Competencia en nuestro país

La figura del abuso de posición dominante fue desconocida en nuestro ordenamiento jurídico hasta la sanción de la ley 22262 de Defensa de la Competencia en el año 1980. En efecto, ni la ley 11210 de represión de monopolio (ADLA, 1920–1940, 110) de 1923 ni la 12906<sup>(13)</sup> de 1946 contemplaron el abuso de posición dominante dentro de los delitos que declaraban punibles.

Recién con la sanción de la ley 22262 se introdujo esta figura, novedosa para nuestra legislación, pero conocida en el derecho comunitario europeo. Esto es así, dado que toda la ley fue inspirada en la normativa de la entonces Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma, arts. 85 a 90) y en sus antecedentes jurisprudenciales.

Al respecto, se ha destacado que dicha ley supuso una innovación sobre el régimen antecedente, al incorporar a nuestro país al sistema de defensa de la competencia imperante

<sup>(11)</sup> Cfr. Ghersi, Carlos Alberto (2016). «El abuso de posición dominante». La Ley 2016-B, 1157, 15/04/2016; Cita online AR/DOC/1134/2016. p. 1.

<sup>(12)</sup> Lorenzetti, Ricardo (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I, 1ra. Edición. Rubinzal–Culzoni Editores, p. 67.

<sup>(13)</sup> ADLA, VII, 21.

en el ámbito del Mercado Común Europeo, sobre las bases de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957, con el precedente del art. 65 del Tratado de París de 1951 por el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>(14)</sup>.

Así, en su artículo 1º, la ley estableció como principio general la prohibición y sanción de —entre otros— los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que constituyesen abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pudiese resultar perjuicio para el interés económico general.

Ahora bien, para evitar posibles dudas sobre su alcance e interpretación, nuestra ley definió la posición dominante en su art. 2º y señaló que:

a)...una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; b)...dos o más personas gozan de posición dominante, en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

De la lectura de dicha ley, quedaba claro qué es lo que podía ser considerado posición dominante; que esta podía ser detentada por una o más personas y que, conforme el principio general del art. 1 de dicha norma, solo se iba a castigar el *abuso* de esa posición dominante, es decir, aquel uso irrazonable, abusivo, de manera tal que, mediante esa posición de dominio que se detentaba se pudiera excluir o restringir el acceso al mercado de los competidores y a través de dicha conducta, dañar potencialmente el interés económico general.

En el momento de sancionarse la ley 22262 señalaba Fargosi que dicha norma no apuntaba a impedir la formación de poder económico, sino que, más bien, estaba dirigida a controlar su ejercicio. Asimismo, añadía que no se trataba de una política conflictiva respecto de las empresas que tenían una posición dominante en el mercado, sino, de reprimir aquellos supuestos en los que dicha posición de dominio pudiera afectar la libre competencia que el Estado tiene interés en garantizar<sup>(15)</sup>.

Uno de los primeros fallos en nuestro país que se ocuparon de conceptualizar la posición dominante fue el dictado por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II en la causa: *Industrias Welbers S.A.* Allí se estableció que:

Existe posición dominante en el mercado a los efectos de la ley 22262 cuando concurre la situación que permite a una empresa comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, y ello por la posición de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión.<sup>(16)</sup>

<sup>(14)</sup> Fargosi, Horacio (1980). «Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia». *ADLA*, **XL-C**, p. 2521.

<sup>(15)</sup> Cfr. Fargosi, H, op. cit. p. 2526.

<sup>(16)</sup> CNPenal Econ. Sala II, julio 5-983, autos: *Industrias Welbers S.A. Revista L.L.*, Tº 1984-A, p. 27.

Como ya se señaló previamente, el hecho de que una empresa (o varias) tuvieran una posición dominante en el mercado no era punible en sí mismo, sino solamente cuando dicha posición de dominio fuera utilizada en forma abusiva, y en la medida que ese abuso tuviera entidad para dañar el interés económico general, no exigiéndose el efectivo daño, sino su potencialidad. Esta misma concepción fue tomada por las leyes que siguieron a la norma referida, o sea, la ley 25156 y la vigente ley 27442.

Antes de continuar con el análisis de la regulación del abuso de posición dominante en las leyes citadas, cabe destacar que la ley 22262 carecía de lo que se denomina el *control de estructuras*, es decir, no tenía ninguna norma destinada a controlar las concentraciones económicas; por lo que, si bien, tal como ya se señaló, sus disposiciones estaban dirigidas a controlar el ejercicio del poder económico de las empresas y no su formación o consolidación, la realidad es que durante la época posterior a su sanción (década de los ochenta y noventa) en nuestro país se formaron grandes grupos económicos sin existir ningún tipo de control o mecanismo preventivo sobre dichas operaciones. Así, varias de estas empresas consolidaron efectivamente una posición dominante en el mercado, favoreciendo posteriormente la aparición de conductas abusivas.

Esta deficiencia fue advertida en su momento por la doctrina<sup>17)</sup> y motivó la incorporación en la ley 25156 de un capítulo destinado al control de las concentraciones económicas, que estableció un mecanismo de autorización previo en los supuestos previstos especialmente por la norma.

Ahora bien, la recepción de la figura del abuso de la posición dominante en la ley 25156 del año 1999, que derogó la ya reseñada 22262 fue efectuada en forma bastante similar a su antecesora. En efecto, luego de establecer en el artículo 1 el principio general de prohibición y sanción de los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general, en el Capítulo II, arts. 4 y 5, estableció qué se podía considerar como una posición dominante y las circunstancias a tener en cuenta para establecer su existencia.

Podemos indicar como diferencias que, al definir la posición dominante en el art. 4, la ley amplió el mercado en términos geográficos, dado que mencionó no solo el mercado nacional (como lo hacía la ley 22262) sino también el internacional, al establecer que la posición dominante es posible de ser ostentada, asimismo, en una o varias partes del mundo. Además, consideró que la posición dominante podía darse también cuando por el grado de integración vertical u horizontal se estuviese en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos, extremo que no se encontraba contemplado en la ley anterior.

Ahora bien, luego de varios años de debate acerca de la necesidad de modificar o derogar la ley 25156, finalmente en el año 2018 se sancionó la ley 27442 de Defensa de la Competencia que hoy se encuentra vigente.

---

<sup>17)</sup> En ese sentido, Natan Elkim señaló que: «la nulidad del acta de defunción no revive al difunto. De la misma manera, la sanción de un abuso de posición dominante tampoco podrá reconstituir la vida económica que haya sido damnificada por este hecho. Una vez que (las empresas) hayan obtenido una posición dominante en el mercado, la intervención del Estado será completamente inoperante para aquellas (empresas) que hayan sufrido por su constitución.» (Cfr. Elkim, Natan. «Notas preliminares sobre la ley 22262 de defensa de la competencia. *ADCO*, año 15, p. 81).

Las diferencias acerca de cómo recepta el abuso de posición dominante la nueva ley respecto de la anterior no resultan significativas. En efecto, la norma trae —al igual que la ley 22262 y la 25156— un principio general que, en este caso, es más amplio que su antecesor ya que incluye como prohibidos y pasibles de ser sancionados los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas y los actos o conductas, relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Ahora bien, este primer párrafo del artículo, en su parte final agrega que quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, serán pasibles de las sanciones establecidas en la ley, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos.

En lo que refiere específicamente a la definición que trae la norma sobre la posición dominante y a las condiciones o circunstancias a tener en cuenta para establecer su existencia, cabe señalar que lo hace en forma idéntica a la establecida en la ley anterior.

Como hemos visto, la recepción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico desde la sanción de la ley 22262 hasta la fecha ha tenido pocas variantes significativas. Sin embargo, ha habido un enorme aporte doctrinario y jurisprudencial efectuado tanto a nivel nacional como internacional acerca del abuso de posición dominante, su caracterización y tipos de abuso.

Ahora bien, a los fines de analizar un abuso de posición dominante en un mercado por parte de un presunto infractor es necesario establecer que esa persona o personas gozan efectivamente de una posición de dominio en el mercado.

En primer lugar y conforme surge de la norma, podemos señalar entonces que la posición dominante y por lo tanto, el abuso podrá ser individual, es decir, ser efectuado por una empresa en forma individual, o por varias empresas, lo que es conocido como *abuso de posición dominante colectiva*<sup>(18)</sup>. Otra de las características que tiene la posición dominante es que para ser verificada debe analizarse el llamado *mercado relevante*, tanto geográfico como de producto.

Tal como ha señalado la doctrina española la posición dominante no constituye un concepto absoluto, sino que debe traducirse en un mercado determinado y por ello, se requiere delimitar el mercado relevante desde el punto de vista geográfico, temporal y de producto<sup>(19)</sup>.

Esto se corresponde con lo establecido en la primera parte del art. 5° de nuestra ley, es decir, analizar si la empresa en cuestión —para un determinado tipo de producto o servicio— es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo. En este sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a través de numerosos dictámenes ha establecido a lo largo de los años, diferentes

---

<sup>(18)</sup> Cervio, Guillermo J. y Ropolo, Esteban (2010). *Ley 25156 de Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*. 1º Ed, La Ley, p. 289.

<sup>(19)</sup> Berenguer Fuster, Luis (1999). «Las conductas abusivas de una posición de dominio». En *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Edición a cargo de Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Editorial Dykinson, p. 85.



parámetros a tener en cuenta a los fines de establecer el mercado relevante, tanto geográfico como de producto<sup>(20)</sup>.

Por otra parte, y conforme el citado artículo, una empresa puede tener una posición dominante aun cuando no sea la única oferente o demandante de un producto o servicio en determinado territorio, en el caso en que no se encuentre expuesta a una competencia sustancial. Aquí resulta pertinente recordar el concepto de posición dominante que hemos citado al comienzo de este apartado al hablar del caso de *Industrias Welbers SA* y que recoge la jurisprudencia del derecho comunitario europeo<sup>(21)</sup>, en el sentido de considerar que quien tiene una posición de dominio se comporta independientemente de sus competidores, compradores o proveedores, y esto puede ser posible por la posición de mercado que controla, pero también por la disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión. Es decir, no estar expuesto a una competencia sustancial puede obedecer a diferentes factores, como, por ejemplo, tener mayor capacidad económica, contar con determinada tecnología, tener acceso exclusivo a determinada materia prima o, cualquier otra diferencia con las demás empresas que integran el mismo mercado que hace que pueda comportarse de forma independiente.

Finalmente, el artículo 5 habla del caso de posición dominante derivado de la integración vertical u horizontal, en el que la empresa dominante puede llegar a determinar la viabilidad económica de un competidor o de un participante en el mercado.

Ahora bien, una vez analizados los tipos de posición dominante que establece nuestra normativa, es necesario destacar que la jurisprudencia, a los fines de determinar la existencia o no de una posición de dominio, ha recurrido muchas veces al concepto de *poder de mercado*. Señala Coloma que:

La «traducción económica» del concepto jurídico de posición dominante suele hacerse relacionando dos ideas...la de poder de mercado y la de liderazgo. El concepto de poder de mercado parece ser un requisito indispensable para que una empresa pueda tener una posición dominante, en el sentido de que dicho poder es el que le permite a las empresas dominantes tener un margen para influir sobre los precios y otras condiciones que rigen los mercados. (Coloma, 2003:64)

Sin embargo, dicho autor remarca que el poder de mercado, a diferencia de la posición dominante —que se tiene o no se tiene—, es susceptible de presentar grados de acuerdo

---

<sup>(20)</sup> A modo de ejemplo se puede citar el caso Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines c/ Supermercados Makro, en el que la **CNDC**, luego de una denuncia por precios predatorios, y a los fines de determinar si la empresa tenía una posición de dominio, analizó el mercado relevante de producto y para ello, estudió el comportamiento de la empresa denunciada dentro del fenómeno del supermercadismo e hipermercadismo, para luego verificar su influencia dentro del mercado del comercio de artículos de papelería y en particular, de los repuestos de 480 hojas, estableciendo las diferencias de comercialización de los hipermercados con los comercios minoristas tradicionales y concluyó, entre otras cosas, que Makro no ostentaba una posición dominante en el mercado de los supermercados (**CNDC**, Expte. 064-000962/97 (c. 405), 31/07/1997).

<sup>(21)</sup> Señala Coloma que esta definición es probablemente la más citada y se encuentra en el fallo del Tribunal Superior de la Unión Europea en el caso «Comisión Europea c/United Brands» del año 1976. Cfr. Coloma, Germán (2003). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. 1era. Edición; Ciudad Argentina, p. 64.

con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios y es una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente (Coloma, 2003:65).

En consecuencia, desde su perspectiva, no siempre es posible identificar el poder de mercado con la posición dominante o el ejercicio del poder de mercado con el abuso de la posición dominante, tal como han hecho nuestros tribunales (Cervio y Ropolo, 2010:291).

Otra cuestión que se ha relacionado con la posición dominante es el grado de participación en el mercado que tiene la empresa; pero debe tenerse en cuenta que no siempre una alta participación en las ventas totales del mercado se traduce automáticamente en una posición dominante (Cervio y Ropolo, 2010:293). En efecto, la llamada cuota de mercado de una empresa se calcula teniendo en cuenta las ventas realizadas por la empresa y las efectuadas por los competidores y existe jurisprudencia reiterada que establece que una alta cuota de mercado (superior a un 80%) basta para demostrar la existencia de una posición de dominio pero cuando la cuota no es tan alta, es necesario atender a otros factores del mercado relevante<sup>(22)</sup>.

Ahora bien, una vez que se ha determinado que una —o varias empresas en forma conjunta— gozan de una posición dominante en el mercado se debe considerar si ella (o ellas) han abusado de esa posición, dado que como hemos señalado, nuestra ley no castiga el hecho de tener una posición de dominio, sino solo su uso abusivo.

La doctrina ha establecido que es posible distinguir dos tipos de abuso: el abuso explotativo y el abuso exclusorio, también denominado anticompetitivo. Se ha señalado que el abuso anticompetitivo es aquel que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o bien impedir la entrada de un nuevo operador o al menos dificultarla<sup>(23)</sup>. En ese sentido, Cervio y Rópolo consignan que: «Las prácticas abusivas exclusorias son aquellas prácticas llevadas adelante por una empresa con posición dominante que no pueden justificarse en los usos comerciales vigentes en plaza y cuyo objetivo es el de excluir a uno o más competidores del mercado» (Cervio y Ropolo, 2010:298).

Dentro de este tipo de conductas pueden incluirse aquellas que imponen precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado; aquellas que restringen la capacidad de competir de otras empresas; las que exigen que otras empresas le concedan ventajas comerciales sin que medien justificaciones objetivas; las que niegan el acceso a los competidores a sus redes de comercialización, etc.

Por su parte, el abuso explotativo hace referencia a aquellas prácticas llevadas a cabo por una empresa con posición dominante y que resultan en una reducción del bienestar de los consumidores, aun cuando puedan no verse afectados de manera directa los competidores (Cervio y Ropolo, 2010:300).

Un ejemplo claro de abuso de posición dominante explotativo puede ser imponer precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado, es decir, generalmente se trata de casos de precios excesivos o de incremento abusivo de precios.

En nuestra ley, varias conductas descritas en el art. 3 pueden encuadrar en la categoría de abuso explotativo, por ejemplo, los incisos a), b), f) y h), es decir, la fijación de precios;

---

<sup>(22)</sup> Cfr. Berenguer Fuster (1999:93).

<sup>(23)</sup> Cfr. Berenguer Fuster (1999:86).

la imposición de condiciones para producir, distribuir, comprar o vender una cantidad restringida de bienes o prestar un número limitado de servicios; el caso de ventas atadas, subordinando la venta de un bien a la adquisición de otro o imponer condiciones discriminatorias para la compra o la venta de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

Finalmente, una vez determinado que una o varias empresas tienen una posición dominante y que han abusado o se encuentran abusando de ella —sea en forma exclusiva o explotativa— corresponde analizar si el interés económico general puede verse dañado por esa conducta abusiva, a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia.

Aquí no juegan las presunciones del art. 2, dado que, si se tratara de un acuerdo colusorio de alguno de los supuestos allí mencionados, la conducta quedaría absorbida por dicha norma y, por lo tanto, no correspondería analizar la posibilidad de daño al interés económico general porque en esos casos, la ley lo presume.

Por ello, y atento lo expresado, es necesario que, a los fines de su sanción, conforme lo establece el art. 1 de la ley, se efectúe este análisis, sometiendo el caso a la llamada *regla de razón* a los fines de determinar si efectivamente ese abuso de la posición dominante en el mercado tiene la potencialidad de dañar el interés económico general.

En este punto, cabe recordar que nuestra ley vigente no lo define, así como tampoco lo hicieron sus antecesoras. Por otra parte, no es un concepto que esté expresamente contemplado en el derecho comunitario europeo porque en el Tratado de Roma se habla de castigar los acuerdos entre competidores que tengan como objeto o efecto la restricción de la competencia y el abuso de posición de dominio en un mercado que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, tal como advierte Cabanellas, cuando en el art. 85, inc. 3 de dicho Tratado se autoriza a reconocer la validez de las conductas anticompetitivas en la medida que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes, a promover el progreso técnico o económico o que permitan a los consumidores gozar de una participación justa en los beneficios resultantes, se trata de metas cuya amplitud no difieren mayormente —en su aplicación práctica— de un concepto similar al del interés económico general<sup>[24]</sup>.

Cabe recordar que en la Exposición de Motivos de la ley 22262 se señaló que el interés económico general es el que sufría al trabarse el mercado, dejando entonces a salvo aquellas conductas que pudieran parecer anticompetitivas pero que, en realidad, resultaban beneficiosas para la comunidad.

Sin embargo, no se trata de un concepto fácil de definir porque incluye múltiples elementos y factores que pueden variar dependiendo del caso que se analice y del contexto económico, social y político en que dicha conducta abusiva se lleve a cabo. En general, y tal como hemos señalado al comentar la exposición de motivos de la ley 22262, se lo ha identificado con el correcto funcionamiento del mercado y con los beneficios que obtiene la comunidad de su adecuado funcionamiento. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que tiene un importante componente subjetivo y que por lo tanto, la autoridad de aplicación, más allá de los elementos que considere relevantes a los fines de determinar

---

<sup>[24]</sup> Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*; Tomo 1, 2da. Ed., Heliasta, p. 272.

la posible afectación al interés económico general (sea, el correcto funcionamiento del mercado, el interés o beneficio de los consumidores o la eficiencia económica, entre otros), siempre tendrá un margen de interpretación acerca de la verificación o no del posible daño al interés económico general que causa un abuso de posición de dominio determinado.

### 3. La remisión del artículo 11 a la normativa de competencia: ejecución privada del Derecho de Defensa de la Competencia

El artículo 11 del CCCN *in fine* hace una remisión a las normas especiales de la materia. En este sentido, podemos remarcar que se trata de una remisión amplia, pues no se agota en algún apartado específico de las normas de competencia. En efecto, entendemos que la incorporación del citado artículo en el título preliminar del cuerpo normativo de Derecho Privado más importante de nuestro país, abre la posibilidad de interpretar dicha remisión no solo respecto a los artículos que tratan el abuso de posición dominante en el mercado, sino también al capítulo IX de la 27442, referido a la reparación de daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos.

El sistema de ejecución del Derecho de Defensa de la Competencia contiene dos mecanismos de protección: el de ejecución pública o *public enforcement* y el de ejecución privada o *private enforcement*.

El mecanismo de ejecución pública se refiere al ejercicio del poder sancionador de la autoridad de competencia estatal «que culmina con el dictado de un acto administrativo condenatorio o absolutorio de la persona humana o jurídica sumariada. Ese acto administrativo, obviamente, está sujeto al debido control judicial amplio y posterior»<sup>(25)</sup>.

Por su parte, el mecanismo de ejecución privada refiere a la indemnización y reparación de daños como consecuencia de las violaciones a las normas de defensa de la competencia. En palabras de Crane, este sistema implica un remedio que brinda el derecho de defensa de la competencia para compensar a los sujetos perjudicados por los infractores<sup>(26)</sup>.

Entendemos, al igual que Cengiz, que el *private enforcement* tiene dos elementos o finalidades prioritarias: (i) dar la posibilidad de que los sujetos perjudicados por un acto anticompetitivo tengan derecho a reclamar daños y perjuicios en pos de garantizar la consecuente reparación; y (ii) lograr disuadir a las empresas de realizar conductas anticompetitivas<sup>(27)</sup>. A esto, podemos agregar otro objetivo: complementar el *public enforcement*.

Respecto a esto último, Trevisán afirma que la ejecución pública es parte esencial del sistema de ejecución integral de las leyes *antitrust*, pero remarca que rara vez contribuye a que las víctimas recuperen las pérdidas sufridas como consecuencia de las prácticas anticompetitivas. Por ello, entiende que sin la ejecución privada es imposible que se

<sup>(25)</sup> Cfr. González Bartalay, Felipe (2018). «La infracción a las normas de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo» disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/BARTALAY-Infraccion.pdf>, p. 3.

<sup>(26)</sup> Cfr. Crane, Daniel (2014). «Aplicación Privada del Derecho de la Libre Competencia: Objetivos y Efectos colaterales». En *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque (Editores), La Ley, p. 19.

<sup>(27)</sup> Cfr. Cengiz, Firat (2007). «Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US?». P. 8; disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1462234](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234) (traducción de los autores).

recuperen las ganancias perdidas o los daños sufridos —por empresas o individuos— como consecuencia de estos ilícitos<sup>(28)</sup>.

A su vez, cabe destacar que, en la mayoría de los casos, ante un acto anticompetitivo se afectará tanto el comportamiento general del mercado como los derechos particulares de ciertos competidores o consumidores. En estos supuestos, serán aplicables tanto las sanciones administrativas (*enforcement* o ejecución pública de las normas de competencia) como las sanciones civiles (*enforcement* privado), requiriéndose en consecuencia una suerte de aplicación coordinada de la ejecución pública y privada de las normas de defensa de la competencia.<sup>(29)</sup>

En síntesis, para que un sistema de protección de la competencia en el mercado sea efectivo, es necesario el correcto y coordinado funcionamiento de los mecanismos de aplicación pública y privada.

Por otra parte, debemos destacar que en el ámbito de la responsabilidad por daños anticompetitivos en el derecho de la competencia (*private enforcement*) existen dos clases de acciones: las llamadas acciones *follow-on* y las denominadas *stand-alone*. La diferencia primordial entre una y otra radica en el hecho de que la autoridad competente en materia de competencia haya declarado, o no, la existencia del ilícito anticompetitivo<sup>(30)</sup>.

La acción *stand-alone* es aquella en la cual la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios se ejercita sin que exista una resolución administrativa que declare la existencia de un ilícito *antitrust*. Por lo tanto, en el proceso de daños en el cual se solicite la indemnización respectiva será necesario, de forma simultánea, pretender que se declare la ilicitud de la conducta anticompetitiva involucrada. Por otra parte, en la acción *follow-on*, el proceso de daños se inicia una vez que la autoridad de aplicación ya ha dictado una resolución administrativa declarando ilícita y contraria a las normas de competencia una conducta determinada<sup>(31)</sup>.

En el ámbito internacional, encontramos que el paradigma norteamericano y el europeo responden, cada uno de ellos, a los dos sistemas de ejecución de normas de defensa de la competencia existentes en lo abstracto.

En Estados Unidos, existe una relación de diez a uno entre la interposición de demandas privadas de libre competencia<sup>(32)</sup> y las interpuestas por organismos públicos, tales como la *Antitrust Division of the Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, respectivamente<sup>(33)</sup>.

<sup>(28)</sup> Cfr. Trevisán, Pablo (2018). «Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa* 2018 (octubre) de *La Ley*, 12/12/2018, p. 427.

<sup>(29)</sup> Cfr. Trevisán (2018:457).

<sup>(30)</sup> Cfr. Schumann Barragán, Guillermo (2017). *Acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España*. Universidad Complutense de Madrid, p. 11. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41945/>

<sup>(31)</sup> Cfr. Schumann Barragán (2017:11).

<sup>(32)</sup> Las acciones de daños y perjuicios juegan un papel preponderante en la legislación antimonopólica estadounidense. En ello ha tenido primordial importancia el hecho de que el artículo 4 de la Ley Clayton otorgue a los particulares damnificados el derecho a una indemnización equivalente a tres veces los daños causados por las infracciones a las leyes antitrust, lo que ha dado lugar a numerosas acciones entabladas por firmas competidoras, que se han visto excluidas de los mercados por prácticas anticompetitivas, por empresas y particulares que se vieron obligados a pagar precios superiores a los que hubieran imperado en condiciones de libre concurrencia, y por grupos de personas, con intereses comunes, que actúan en forma conjunta sobre la base de determinada conducta anticompetitiva que las perjudica. (Cfr. Cabanellas de las Cuevas, 2005:388).

<sup>(33)</sup> Cfr. Crane (2014:17).

Señala Cabanellas de las Cuevas que «en el marco de la Unión Europea las acciones de daños han jugado un papel marcadamente menor que en el Derecho norteamericano»<sup>(34)</sup>. En efecto, al igual que en la mayoría de los otros sistemas de libre competencia, la aplicación del derecho de la competencia queda en manos de organismos públicos casi en su totalidad. Asimismo, el desarrollo de las demandas por daños ha sido lento en el continente europeo, habiéndose limitado durante los últimos años, principalmente, a jurisdicciones como el Reino Unido, Alemania o los Países Bajos<sup>(35)</sup>.

En Europa, con el objetivo no solo de incentivar la aplicación privada del derecho de la competencia sino también de homogeneizar las normas de los Estados Miembros sobre *private enforcement*, en el año 2014, la Unión Europea dictó la Directiva 2014/104/UE, la cual propone una regulación común destinada a garantizar a los damnificados por actos anticompetitivos un derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio y de este modo «fomentar una competencia real en el mercado interior y (...) eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio»<sup>(36)</sup>.

Como en todo hecho dañoso, a los fines de su reparación se deberá acreditar: la existencia del daño, el factor de atribución o imputabilidad, la contrariedad a derecho o antijuridicidad y la relación o nexo causal entre el hecho y el daño. Si bien no es objeto del presente trabajo desarrollar los elementos mencionados, dedicaremos unas breves líneas a destacar algunos aspectos fundamentales en lo que particularmente sucede en los casos de daños por ilícitos *antitrust*, respecto al presupuesto del daño y la relación de causalidad.

En lo que refiere al daño, se ha remarcado que es necesario diferenciar entre los daños a la competencia (daños concurrenciales generales) que son aquellos que afectan a la libre competencia y, en sentido estricto, al interés público; de los daños concurrenciales particulares o privados, que son los que se producen como consecuencia de un comportamiento contra la libre competencia pero que tiene impacto en el patrimonio o en los derechos personales de uno o varios operadores económicos<sup>(37)</sup>.

Puede destacarse que probar la relación de causalidad en los daños derivados de actos anticompetitivos es una de las mayores dificultades que enfrentan los damnificados. En este sentido, afirma Trevisán que:

no es solo la conducta anticompetitiva del infractor la que produce el daño, sino que además confluyen otro conjunto de causas ajenas tanto económicas como del propio mercado, que forman parte del riesgo empresarial. Despejar estas causas para luego realizar el análisis de la imputabilidad, puede resultar una tarea compleja y costosa para las víctimas de ilícitos anticompetitivos, que deberán hacerse asesorar por expertos que faciliten la producción de la prueba de los hechos.<sup>(38)</sup>

<sup>(34)</sup> Cabanellas de las Cuevas (2005:388) explica este autor que dichas acciones han sido obstaculizadas en alguna medida por el hecho de que la responsabilidad civil debe ser resuelta por los tribunales nacionales de los países miembros, los que generalmente no muestran una actitud favorable a la aplicación de la legislación comunitaria regulatoria de la competencia.

<sup>(35)</sup> Cfr. Trevisán, Pablo (2015). «Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina» La Ley 2015-A; 1049.

<sup>(36)</sup> Art 1 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

<sup>(37)</sup> Cfr. Trevisán, Pablo, op. cit. en nota 28, p. 443.

<sup>(38)</sup> Cfr. Trevisán, Pablo, op. cit. en nota 28, p. 447.

La antijuridicidad y el factor de atribución no presentan diferencias respecto a los casos de responsabilidad civil en general. De este modo, en primer término, se deberá demostrar que el acto es anticompetitivo conforme a la normativa específica. Mientras que, respecto al factor de atribución, será necesario demostrar un fundamento de imputación, objetivo o subjetivo, que permita atribuir la responsabilidad por el accionar anticompetitivo.

Por otra parte, uno de los aspectos que ocupa generalmente a la doctrina cuando se trata de la aplicación privada del derecho de la competencia refiere a la legitimación activa. En efecto, existe divergencia respecto de quiénes pueden iniciar acciones de daños, esto es, si solo pueden hacerlo aquellos que han sido víctimas directas o también quienes han sido perjudicados indirectamente por el acto anticompetitivo.

En el sistema norteamericano se sigue la regla del comprador directo<sup>(39)</sup>, según la cual solo estos tienen legitimidad activa para accionar por daños y perjuicios que tengan causa en un acto anticompetitivo. En efecto, se ha señalado que «solo los compradores directos de un bien cuyo precio ha sido alterado tienen derecho a demandar, incluso si hubiesen traspasado el sobreprecio al revender el bien a un precio superior al de mercado, evitando de este modo la lesión económica»<sup>(40)</sup>. Es interesante remarcar que en el año 2002 fue creada la *Antitrust Modernization Commission*, en cuyo reporte final, recomendó que tanto los compradores directos como los indirectos, estén legitimados para reclamar —a nivel federal— la indemnización triplicada de los perjuicios que logren acreditar durante el juicio. Sin embargo, la recomendación no ha sido adoptada aún, por lo que, en la actualidad, la única posibilidad para los compradores indirectos de acudir a la jurisdicción federal se da cuando puedan acumular sus pretensiones a una *class action* entablada por los compradores directos, de acuerdo con el *Class Action Fairness Act*<sup>(41)</sup>.

En contraposición, el sistema de la Unión Europea dispone de una legitimación activa amplia, y les otorga legitimación tanto a los compradores directos como a los indirectos<sup>(42)</sup>. Esto queda claro en los objetivos de la Directiva 2014/104 de la UE, la cual en su artículo primero establece: «que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación»<sup>(43)</sup>. A su vez, se remarca en la citada Directiva (Considerando 13) que:

El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de

<sup>(39)</sup> Criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU en fallo *Illinois Brick Co. v. Illinois de 1977*.

<sup>(40)</sup> Crane (2014:38).

<sup>(41)</sup> Caicedo, Sebastián Solarte (2015). «La defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos: dos desafíos frente a la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia». *Rev. Derecho Competencia*, Vol. 11, N° 11, 249–284, p. 17. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/6-la-defensa-passing.pdf>

<sup>(42)</sup> Esta doctrina fue la establecida por el Tribunal de Justicia Europeo en los fallos *Courage* en 2001 y *Manfredi* en 2006. (Cfr. Fernández, Cani (2012), «Diez años de la aplicación privada del derecho comunitario de la competencia en España». P. 2, disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/diez\\_anos\\_de\\_la\\_aplicacion\\_privada\\_del\\_derecho\\_comunitario\\_de\\_la\\_competencia\\_en\\_espana\\_783.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/diez_anos_de_la_aplicacion_privada_del_derecho_comunitario_de_la_competencia_en_espana_783.pdf)

<sup>(43)</sup> Art 1 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.<sup>(44)</sup>

Otra de las cuestiones que ha ocupado a la doctrina y que está íntimamente relacionada con la legitimación activa es el tema de la llamada defensa *passing-on*. Esta figura desarrollada en el derecho estadounidense refiere a la posibilidad que tiene la empresa demandada de invocar como defensa que los mayores costos derivados de la práctica anticompetitiva han sido trasladados a etapas posteriores del proceso productivo («aguas abajo») y, por tanto, no han perjudicado al accionante o por lo menos, no en la medida reclamada.

En efecto, el propio afectado por un acto anticompetitivo puede haber mitigado o neutralizado el daño, trasladando a sus propios clientes el sobrecosto que le ha ocasionado el acto abusivo y por ello, el demandado podrá alegarlo —y deberá probarlo— como una forma de reducir o excluir su responsabilidad.

Al respecto, en la Unión Europea esta regla se encuentra en la Directiva referida, la cual permite la defensa *passing-on*. De hecho, la norma comunitaria en su art. 13 regula expresamente la defensa *passing-on* manifestando que:

Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.<sup>(45)</sup>

Por su parte, en el sistema norteamericano, la jurisprudencia optó por el rechazo del *passing-on* como estrategia de defensa de las empresas que incurrían en actos anticompetitivos<sup>(46)</sup>.

#### 4. La aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia en nuestro país. Análisis histórico y estado actual

La posibilidad de que los damnificados por los actos prohibidos en la ley de defensa de la competencia pudiesen iniciar acciones para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados fue contemplada por la ley 22262 en su art. 4. Allí, se estableció que dicha acción civil se podía ejercer ante la justicia con competencia en materia comercial,

---

<sup>(44)</sup> Considerando 13 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

<sup>(45)</sup> Artículo 13 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

<sup>(46)</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado una posición restrictiva respecto a la limitación de la responsabilidad de daños y perjuicios en función del traslado de estos a terceros a partir del fallo *Hanover Shoe Inc vs B.United Shoe Machinery Corp* (1968) (Cfr. Cabanellas de las Cuevas, 2005:391).



y se fijaron diferentes momentos para habilitar su interposición. En efecto, podía iniciarse una vez que estuviese firme la resolución contemplada en el art. 19 de dicha norma, esto es, la que desestimaba una denuncia; o cuando se hubiese dictado la resolución que aprobaba el compromiso de cese previsto en el art. 24. También podía tratarse del caso de una resolución que hubiese impuesto sanciones, supuesto en el cual la acción podía iniciarse luego de su dictado, o cuando estuviese firme la resolución que había dispuesto el archivo de las actuaciones conforme lo ordenaba el art. 30. Finalmente, la norma establecía que, independientemente de lo señalado con anterioridad, si habían transcurrido dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción, los damnificados estaban en condiciones de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Resulta evidente que la posibilidad de iniciar la acción prevista en la ley resultaba bastante limitada y requería previamente a interponer la demanda referida, una resolución dictada (en algunos casos, también firme) por la autoridad de aplicación.

Así lo destaca Martínez Medrano al consignar que «En el sistema de la ley 22262 se establecía un freno a las acciones civiles ejercidas por los damnificados. Había que esperar a que hubiera una resolución administrativa, o en su defecto, a que transcurrieran dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción»<sup>(47)</sup>.

La ley 25156 reguló también la acción de daños y perjuicios en su artículo 51, estableciendo que las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por dicha ley podían ejercer la acción referida conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

Como vemos, en la regulación referida, la posibilidad de accionar en sede civil para reclamar los daños y perjuicios derivados de un acto anticompetitivo fue receptada de manera más amplia que en la ya comentada ley 22262, dado que eliminó el requisito de la resolución administrativa previa o el plazo de espera para poder iniciar una demanda de reparación de daños. Ahora bien, derogada la 25156, la ley 27442 dedica un capítulo específico a la reparación de daños y perjuicios. En efecto, en su capítulo IX, del art. 62 al 65, regula las condiciones bajo las cuales las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la ley podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

Al igual que su antecesora, la ley vigente no exige la necesidad de contar con una resolución administrativa previa para poder iniciar la acción de daños respectiva, es decir, contempla las ya mencionadas acciones *stand-alone*.

Sin embargo, en su art. 63 se refiere al caso de las acciones *follow-on*. Así, la norma establece que, en el caso de existir una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre algún acto violatorio de la ley 27442, ella hará cosa juzgada sobre ese hecho y por lo tanto, la acción de reparación de los daños y perjuicios que se inicie como consecuencia de esa resolución firme, deberá tramitar por el proceso sumarísimo ante el juez competente. Asimismo, en dicho supuesto, establece que quien tenga a su cargo resolver esa demanda deberá fundar su sentencia en las conductas, hechos y calificación jurídica que se hayan establecido en la resolución administrativa. Es decir, quien resuelva el caso en sede judicial no podrá volver a analizar las cuestiones que ya han sido probadas

---

<sup>(47)</sup> Martínez Medrano, Gabriel (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. 1era. Ed., Depalma, p. 221.

y calificadas en sede administrativa dado que revisten el carácter de cosa juzgada, de ahí el procedimiento sumarísimo que se otorga al trámite de la acción de daños en este supuesto.

Esto ha llevado a algunos autores a señalar que en el ámbito de la ejecución privada del derecho de la competencia en nuestro país a partir de la sanción de la ley 27442 se ha adoptado un sistema mixto, es decir, que si bien en el art. 62 se admiten las acciones civiles directamente encauzadas a través de las normas sustanciales sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo (*stand-alone*). A continuación, en el art. 63 se regulan especialmente las acciones *follow-on*, que sí requieren un pronunciamiento administrativo previo, y se establecen los parámetros que deberá tener en cuenta quien juzgue dicho acto y el procedimiento que deberá aplicarse<sup>(48)</sup>.

Existe consenso acerca de que la acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por un acto anticompetitivo en nuestro país tiene una legitimación activa amplia, es decir, comprensiva no solo de aquellas partes manifestamente afectadas en forma inmediata por un acto anticompetitivo sino también de aquellos que puedan haberse visto afectados de manera indirecta.

Respecto a la ya mencionada defensa *passing-on* debemos advertir que en nuestro país ha sido aceptada por la jurisprudencia. Al respecto, cabe señalar que en el conocido caso «Auto Gas» se aceptó el uso de esta defensa y se le hizo lugar parcialmente, ya que se consideró probado que la demandante pudo trasladar («aguas abajo») el sobreprecio a sus consumidores, salvo en el año 1996, en el cual no pudo repercutir a sus clientes el sobreprecio producido por el abuso<sup>(49)</sup>.

Finalmente, la ley trae una norma sobre los llamados *daños punitivos* (*punitive damages*), al disponer en el art. 64 que las personas que incumplan las normas allí contenidas, serán pasibles (a instancia del damnificado) de una multa civil que será establecida a favor del mencionado y determinada por el juez competente. A tales efectos, dicha multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Agrega, en el siguiente artículo, que cuando el incumplimiento sea responsabilidad de más de una persona, todas responderán solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran corresponder.

La incorporación de esta figura (ya conocida en el Derecho de Defensa del Consumidor) en una ley sobre Defensa de la Competencia ha merecido el reconocimiento de la doctrina especializada dado que este instituto tiene naturaleza sancionatoria. En este sentido, implica que su cuantía no estará limitada por el daño causado, sino que incluso podrá superarlo, teniendo en cuenta para determinar su monto parámetros tan diversos como la reprochabilidad de la conducta del infractor de la ley<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Cfr. Sahian, José (2018). «Tutela colectiva de la libre competencia». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 497.

<sup>(49)</sup> Sylvester, Pablo (2015). «El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado». *El Derecho*, [264] - (23/09/2015, N° 13818).

<sup>(50)</sup> Chamatropulos, Demetrio (2018). «Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 457.

## 5. Conclusiones

La introducción del artículo 11 y su ubicación en el título preliminar del CCCN, recepitando una figura propia del Derecho de Defensa de la Competencia, como es el abuso de posición dominante en el mercado, significó una incorporación novedosa dentro del derecho privado argentino e implicó repensar el mencionado instituto desde esta óptica.

En efecto, la doble remisión que se da en el art. 11, por un lado, a las normas que refieren a los principios de buena fe y abuso del derecho, y por otro, a la legislación especial en materia de competencia implicó dar un impulso significativo al sistema de ejecución privada de la competencia en nuestro país.

Por otra parte, el esquema se completa con la propia remisión que efectúa la ley especial —al regular sobre este tema—, a las normas de derecho común, revelando el diálogo entre el derecho público y el derecho privado que resulta enriquecedor a la hora de pensar, no solo al abuso de posición dominante en el mercado, sino a todo el sistema de defensa de la competencia en nuestro país.

Hemos destacado la importancia de considerar que, tanto la ejecución pública del derecho de la competencia como la privada resultan imprescindibles para asegurar el adecuado funcionamiento de un efectivo sistema de competencia. Es fundamental entender que no basta con que existan normas especiales que sancionen los actos anticompetitivos a cargo de autoridades estatales, sino que es necesario también, que los particulares y las empresas puedan obtener el resarcimiento de los daños que les ocasionan tales conductas.

Ahora bien, en el caso de la aplicación pública, cabe mencionar que desafortunadamente la situación no es alentadora. Esto es así dado que, si bien en Argentina contamos con una ley bastante reciente que trae innovaciones destacables, entre ellas, la conformación de una autoridad de aplicación específica, la realidad es que, a dos años de su sanción, dicha autoridad no se ha conformado. Esta situación resulta absolutamente desalentadora, sobre todo, teniendo en cuenta la suerte que corrió el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por la ley 25156 que durante los casi 20 años de vigencia de dicha ley, nunca vio la luz. Sería deseable que, luego de tantos avatares, exista en nuestro país, un verdadero compromiso del Estado con las políticas de competencia para poder contar con un derecho de la competencia que esté a la altura de los desafíos que presenta la realidad económica, tanto a nivel nacional como internacional.

Por otra parte, y en lo que refiere a la ejecución privada del derecho de la competencia, como hemos dicho, si bien resultó auspiciosa la incorporación del art. 11 del CCCN y la remisión recíproca entre la ley especial y las normas contenidas en el CCCN, no se ha producido ni el impacto ni el desarrollo esperado. En efecto, la casi total ausencia de casos en los que se haya reclamado por los daños causados como consecuencia de un acto anticompetitivo resulta un dato poco auspicioso.

Podemos enumerar, tal como la mayoría de la doctrina lo ha señalado, que existen diversas causas para explicar la falta de despegue del *private enforcement* en nuestro país. Por un lado, la ausencia de regulación en nuestro derecho de las acciones de clase o colectivas puede señalarse como un factor negativo para la implementación de la ejecución privada del derecho de defensa de la competencia, dado que encarar un proceso judicial en nuestro país no es una tarea sencilla y mucho menos, si ello se pretende efectuar en forma individual. Los altos costos, la duración de los procesos, la dificultad probatoria son variables importantes que provocan bastante desaliento al momento de pensar en

iniciar una acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo en el ámbito del mercado.

Entendemos que resulta prioritario afrontar con seriedad los obstáculos que impiden el desarrollo del sistema de ejecución privada en nuestro país y para ello, no solo debe reforzarse el sistema público sino entender de forma integrada —y bajo una óptica constitucional— el sistema de protección de los consumidores y de la competencia, en pos de lograr una protección efectiva del mercado y los consumidores.

## Bibliografía

- BASTERRA, Marcela (2000). La Defensa de la Competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria N° 25156. Disponible en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion-Argentina-El-articulo-42-y-la-ley-reglamentaria-n-25156.pdf>
- BERENGUER FUSTER, Luis (1999). Las conductas abusivas de una posición de dominio. En *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Ed. a cargo de Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Dykinson.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*; Tomo 1, Heliasta.
- CAICEDO, Sebastián Solarte (2015). La defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos: dos desafíos frente a la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. *Rev. Derecho Competencia*, Vol. 11, N° 11, 249–284, p. 17. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/6-la-defensa-passing.pdf>
- CENGİZ, Firat (2007). *Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US?*. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1462234](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234) (traducción de los autores).
- CERVIO, Guillermo J. y ROPOLLO, Esteban (2010). *Ley 25156 de Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*. 1º Ed, La Ley.
- CHAMATROPULOS, Demetrio (2018). Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo. En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 457.
- COLOMA, Germán (2003). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. 1era. Edición; Ciudad Argentina, p. 64.
- CRANE, Daniel (2014). «Aplicación Privada del Derecho de la Libre Competencia: Objetivos y Efectos colaterales». En *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque (Editores), La Ley.
- FARGOSI, Horacio (1980). Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia. *ADLA*, XL-C.
- FERNANDEZ, Cani (2012). Diez años de la aplicación privada del derecho comunitario de la competencia en España. Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/diez\\_anos\\_de\\_la\\_aplicacion\\_privada\\_del\\_derecho\\_comunitario\\_de\\_la\\_competencia\\_en\\_espana\\_783.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/diez_anos_de_la_aplicacion_privada_del_derecho_comunitario_de_la_competencia_en_espana_783.pdf)
- GÓNZALEZ BARTALAY, Felipe (2018). La infracción a las normas de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/BARTALAY-Infraccion.pdf>
- GHERSI, Carlos Alberto (2016). El abuso de posición dominante. *La Ley* 2016-B, 1157, 15/04/2016, Cita Online AR/DOC/1134/2016.
- KRIEGER, Walter (2015). *Código Civil y Comercial, Comentado, anotado y concordado*. Astrea.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2019). El Abuso de Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial. *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, febrero 2019, Errejus. Disponible en: [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina\\_lm.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_lm.pdf)
- LORENZETTI, Ricardo (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I; 1ra. Ed., Rubinzal–Culzoni Editores.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. 1era. Ed., Depalma.
- PAOLANTONIO, Martín y BERGEL, Salvador (1998). Abuso de Derecho y Abuso de Posición dominante. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 16. Disponible en: [http://works.bepress.com/martin\\_paolantonio/2/](http://works.bepress.com/martin_paolantonio/2/)
- TREVISÁN, Pablo (2015). Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina. *La Ley* 2015-A.
- (2016). Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia. *RCCyC* (abril). Cita online: AR/DOC/916/2016.

- (2018). Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia. En Supl. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre) *de La Ley*, 12/12/2018.
- SAHIAN, José (2018). Tutela colectiva de la libre competencia. En Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, *La Ley*.
- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2017). *Acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España*; Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41945/>.
- SYLVESTER, Pablo (2015). El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado. *El Derecho*, [264] (23/09/2015, Nº 13.818).

## Herramientas jurídicas previstas en el CCCN para las Sociedades de Familia. Autonomía de la Voluntad y la Causa Fin para prevención de conflictos

María Silvia Gómez Bausela<sup>(1)</sup>

### Resumen

La expresión de la Causa Fin conforme a la redacción del art. 281 del Código Civil y Comercial de la Nación es una herramienta para la prevención de conflictos en sociedades de familia. A cinco años de la puesta en vigencia del CCCN entiendo que la expresión de la Causa Fin continúa siendo una materia inexplorada.

La expresión de la Causa Fin en estatutos o contratos sociales constituye una manifestación más de la autonomía de la voluntad que tiene cabida aún en la aparente estrictez de la LGS. Su inclusión, como la de diversas cláusulas propias de la autonomía de la voluntad, son sencillamente incorporadas en las SAS reguladas en la LACE ya que la estructura de esta ley exhibe a la autonomía de la voluntad como un pilar fundante.

### Palabras claves

Sociedades · Familia · Conflicto · Causa Fin · Prevención

### Abstract

As the Article 281 from the Nation's Civil and Commercial Code (CCCN) states, the expression of the end goal<sup>(2)</sup>, is a valuable tool for conflicts prevention in family partnerships. Five years have passed since the CCCN entered into force and the expression of the end goal remains as an unexplored subject.

The expression of the end goal in statutes or social agreements, represents another expression of the existing willingness' autonomy even when the General Law of Partnerships seems strict. The inclusion of the end goal, as well as the different clauses linked to willingness' autonomy, are simply incorporated into the SAS, which are regulated by the Entrepreneurial Capital Support Law (LACE), since its structure exhibits this willingness' autonomy as a mainstay.

### Keywords

Partnerships · Family · Conflict · End Goal · Prevention

## 1. Introducción

Sabido es que un porcentaje muy alto, casi el 80% de las sociedades que se constituyen en nuestro país son envoltura jurídica de empresas familiares. Sabido es, también, que

<sup>(1)</sup> Abogada, Mediadora, Magister en Comercialización Internacional Especialista en Derecho Comercial, Especialista en personas Jurídicas Privadas y en Emprendedorismo. Prof. Titular de Derecho de las Personas Jurídicas Privadas FCJS-UNL, Prof. Adjunta de Sociedades FCE-UNL, Profesora de posgrado UNL, UNR y UNER.

<sup>(2)</sup> Se ha usado el término *end goal* por considerárselo el más aproximado a «causa fin», aun cuando no representa un equivalente técnico-jurídico exacto.

estas sociedades o «empresas de familia» son una fuente constante y real de conflictos por los diversos componentes que subyacen y se entremezclan en las relaciones económicas y familiares que ellas generan y entrelazan formando un entramado que está en constante tensión. En numerosas situaciones y por las más variadas causas se generan conflictos.

El tema no es nuevo, aunque siempre exhibe nuevas posibilidades para abordarlo. Como esbocé más arriba no es posible determinar ni enlistar en forma cerrada y definitiva las causales generadoras de conflictos societarios en general, y de conflictos en sociedades de familia, en particular.

Variadas, combinadas e inagotables son las posibles hipótesis que dan comienzo al conflicto. Cada conflicto tiene sus particularidades y por eso, como lo he dicho antes en dos ediciones del Congreso Argentino de Derecho Societario refiriéndome a los conflictos societarios como tema: «cada caso es el caso<sup>(3)</sup>»: si el problema es de por sí complejo, en aquel en el cual se encuentra el componente de una o más familias la complejidad es mayor.

Los lazos de amor, de afecto y de odio imbrican las relaciones, alterándose la dimensión de lo que resulta principal o accesorio al fragmentar el conflicto. Esa distorsión de valoración es un elemento más a tener en cuenta que, por lo general, entorpece la solución o el arribo a un rápido final. En un conflicto societario extendido en el tiempo en una sociedad de familia todos pierden.

## 2. Sociedades de Familia

Las Sociedades de Familia, también llamadas «Empresas de Familia» reúnen en su designación al menos tres áreas del derecho: el Derecho Comercial, el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio, a los que pueden agregarse aspectos de Derecho Laboral y Tributario. Como noción, se puede decir que son aquellas en las cuales la titularidad o propiedad de las participaciones sociales pertenecen a una misma familia. Puede ser que pertenezca a más de una familia.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un tipo dentro de la Ley General de Sociedades ni tampoco en la LACE que le sea propio y exclusivo, por lo que puede afirmarse que son una «Clase de Sociedades» que adoptarán el tipo que les resulte más pertinente de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar y la idiosincrasia propia de la o las familias que la integren.

Así como no se condicen con un tipo societario específico, tampoco cuentan con una determinada magnitud o dimensión empresarial. En este sentido, hay pequeñas, medianas y grandes sociedades o empresas de familia. Hay algunas que cotizan sus acciones en el mercado de capitales. Puede decirse que cuando la empresa o las empresas familiares crecen en general adoptan a la sociedad anónima como tipo social.

Un rasgo que las caracteriza y no debe perderse de vista es que en las sociedades de familia el factor *intuitu personae* es muy marcado, aun cuando el tipo adoptado sea el de la Sociedad de Responsabilidad Limitada o la Sociedad Anónima o la sas. En esta clase

---

<sup>(3)</sup> Gómez Bausela, María Silvia (2001). «Conflictos Societarios: Inserción de los Conflictos societarios en la realidad Judicial Santafesina». VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano y de la Empresa.

de sociedades el factor personal es esencial, los vínculos familiares, la pertenencia a una o más familias es su marca de origen y su razón de ser.

Los vínculos asociativos, tanto en el *start up* de la empresa como los que se vayan generando con los años, se dan entre parientes: ascendientes y descendientes y entre cónyuges que si bien no son parientes integran la familia en razón del vínculo. En este punto debe recordarse que el texto de la Ley General de Sociedades prevé en el art. 27 (luego de la reforma por la ley 26994) que los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas por la Sección IV.

Otro elemento necesario en las Sociedades de Familia o Empresas de Familia es la pertenencia a los órganos de administración y representación de la sociedad. La pertenencia a ellos y la gestión de la empresa familiar está en cabeza de integrantes de la o las familias partícipes. Lógicamente esta afirmación se formula en términos generales. Existen empresas familiares que por su envergadura pactan —en Protocolos de Familia, por ejemplo— la profesionalización de dichos órganos.

Estos componentes que vengo relevando se encuentran ligados por lazos intangibles —distintos de los lazos o vínculos familiares que son jurídicos— como lo son los valores de la/s familia/s. Valores propios que se encuentran arraigados en la familia y que deben servir o deberían servir para mantener a la empresa —en sentido económico— dentro de la familia, facilitando que pasen a las sucesivas generaciones.

Como puede advertirse el escenario es complejo: por un lado, pueden observarse «elementos objetivos»: una o más familias y una empresa, la propiedad de la empresa, el gerenciamiento, la toma de decisiones y una serie de valores específicos que ligan los elementos. Por otro lado, «elementos subjetivos»: una serie de valores específicos que aúnan los elementos objetivos y la intención de mantener las participaciones sociales dentro de la familia, de tal manera que la empresa sea el sustento familiar para el futuro.

Empresa, sociedades y familia son instituciones que han evolucionado y han recibido modificaciones y transformaciones importantes, algunas de las cuales se encuentran plasmadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que se ha dado en llamar algo pomposamente como «el nuevo derecho privado argentino». Ya pasaron cinco años, ¿sacamos el adjetivo nuevo?

En este marco, con estos elementos no es difícil colegir que los conflictos pueden florecer —como de hecho sucede— en cualquier momento y por variados motivos. Muchos de estos motivos son claramente «metajurídicos».

### 3. Aproximación somera a las causas del conflicto en las sociedades de familia

Solo a modo de sobre vuelo respecto de algunas causas, las más frecuentes, se pueden mencionar:

1. La muerte como fuente de conflictos.
  - 1.1. La muerte de uno de los socios de la sociedad, enfrenta a la incorporación de sus herederos o a desinteresarlos.
  - 1.2. La muerte del administrador nombrado en el contrato o del socio cuya falta conlleve al fracaso de los negocios sociales, del que aporta su industria, su *know*



*how*, o una experticia tal que su ausencia produzca la imposibilidad de continuar con la sociedad.

- 1.3. La muerte del fundador/a de la empresa familiar y la herencia de los hijos, con especial énfasis en la legítima hereditaria y eventualmente en si el fundador realizó o no una «Planificación Sucesoria».
2. El vencimiento del plazo: socios que quieren continuar y otros que no quieren hacerlo.
3. Voluntad del *pater* o *mater* fundador/a de la empresa familiar que tiene como deseo y voluntad que «la empresa quede para la familia» o para sus hijos/as. Situación esta que trae aparejado la decisión unilateral de que los hijos/as continúen la obra. Hijos/as que no desean continuar «la obra» y otros hijos/as o familiares que si lo desean.
4. Divorcios. Sociedad Conyugal. Uniones Convivenciales.
5. La opinión y participación eventual de los parientes políticos.
6. Falta de información fidedigna.
7. Sospechas y pérdida de confianza.
8. Las relaciones propias que se dan dentro de una familia que generan potenciales conflictos, solo a modo de ejemplo: los integrantes de una familia, titulares de participaciones sociales que no trabajan ni realizan actividades en la empresa; familiares que nos titulares de participaciones sociales y trabajan en la empresa; para mencionar solo dos a lo que deben agregarse situaciones familiares meta jurídicas imposibles de enumerar, etc.

#### 4. El conflicto

Si el conflicto se instala —por la causa que fuere— y se judicializa, comenzarán a desplegarse los distintos instrumentos procesales que le son propios y que por ser archi conocidos solo habré de mencionarlos: ejercicio del derecho de información del socio, denuncias ante las Autoridades de Control (IGPJ en Santa Fe), impugnación de decisiones asamblearias y del directorio, ídem respecto a decisiones de los órganos de administración y representación de otros tipos societarios que no sea la Sociedad Anónima, intervención judicial, medidas autosatisfactivas, etcétera.

Todo conflicto tiene un principio, una escalada y una desescalada. Esta etapa comienza cuando alguna de las partes en crisis pregunta, ¿cuánto vale tu parte? De aquí que los operadores jurídicos debemos trabajar en la prevención, anticipándonos o generando las herramientas jurídicas para que, llegado el caso, si no pudo evitarse el conflicto sea sencillo calcular cuál es el valor de las participaciones sociales y en qué plazo se habrán de pagar para desinteresar al o los socios salientes.

#### 5. La prevención

El riesgo cero no existe, pero sí existen mecanismos que pueden prevenir el conflicto dentro de una Sociedad o Empresa de Familia, o al menos, morigerar sus efectos que siempre son nocivos para la familia y para la empresa. Relevemos algunos:

- a) Autonomía Estatutaria: cláusulas estatutarias de conformidad a las previsiones del art. 11 inc. 8 y 9 de la Ley General de Sociedades con el límite de las previsiones

del art. 13 de la misma ley. Es decir, hacer uso de la denominada Autonomía Estatutaria de tal suerte de formular un acto constitutivo o estatuto a la medida de la realidad del negocio en términos económicos y que recepte las características intrínsecas de la empresa familiar.

Relacionado con este tema se deben analizar las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas y de las acciones, siempre de conformidad a las previsiones de los arts. 152 ss. y cc. y 214 de la LGS. Cláusulas de agrado que requieran la conformidad del directorio para la transmisibilidad de las acciones, toda vez que se fije un procedimiento para el ejercicio y un plazo y modalidad de cálculo en caso de retiro del socio.

- b) Reglamentos de funcionamiento de los órganos de administración y representación.
- c) Reglamentos de uso de bienes muebles e inmuebles de titularidad de la sociedad o empresa familiar.
- d) Regulación en el acto constitutivo o en reglamento complementario de la modalidad de ejercicio del Derecho de Información previsto en el art. 55 de la LGS.
- e) Cláusulas que incorporen medios alternativos de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje.
- f) Sindicatos de Accionistas, reservado solo para sociedades por acciones. Contrato para social muy usado como elemento de cohesión en la toma de decisiones, en el cual los accionistas sindicados se mantienen unidos para «gobernar la empresa familiar». Usualmente en el sindicato solo se permiten transferencias de las acciones a otros sindicados o a terceros que acepten el pacto de sindicación de acciones.
- g) Protocolos da Familia, los que por lo general contienen un preámbulo, considerando herramientas propias de la Planificación Estratégica como incorporar la Misión y la Visión de la familia, limitaciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales, modalidad de ingreso a la empresa por cumplimiento de requisitos de idoneidad profesional o cualitativos; ingreso de parientes políticos, etcétera.
- h) La expresión de la causa fin en el acto constitutivo en los términos del art. 281 del CCCN.

## 6. La expresión de la Causa Fin como mecanismo para prevenir conflictos en sociedades de familia

Finalmente, arribo al objeto de este trabajo. Veamos: el CCCN en su art. 281 (sección 2da. causa del acto jurídico) dice: «Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. *También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*».

La regulación de la Causa Fin puede decirse que es un reflejo del neocausalismo que sostiene de manera prevalecte la doctrina nacional. De esta forma, se incorpora la causa fin como presupuesto del acto jurídico<sup>(4)</sup>.

<sup>(4)</sup> Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Comentado, Anotado y Concordado, Astrea, p. 304.

La Causa Fin no es más que la razón de ser del negocio. En nuestro caso la constitución de una sociedad de familia. Se trata de un aspecto subjetivo de la causa que puede ser empleada para la justificación de otras cláusulas relacionadas con la especificidad de los estatutos de sociedades de familia. En este sentido, la expresión de la causa puede convertirse en el punto de partida para incorporar en el acto constitutivo o estatuto de la sociedad una serie de cláusulas muy cuestionadas por la doctrina y las autoridades de control y registrales.

Desde 2015 puede expresarse la Causa Fin. Si claramente se deja sentado por escrito en el instrumento constitutivo que lo que los socios fundadores fundan es una Sociedad de familia. Si se escribe que se trata de una sociedad que contiene a una empresa familiar, se describen los valores familiares y los motivos que llevan a los fundadores a constituir la sociedad, manifestando en forma expresa que esa voluntad fundante es que la sociedad permanezca en la familia y que sus socios deben ser parientes se abre una abanico de posibilidades para que, combinada con la Autonomía Estatutaria a la cual me referí más arriba, se puedan pactar cláusulas que reflejen la realidad de la empresa familiar y su dinámica de funcionamiento.

Es así que manifestada la causa como fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad se pueden pactar cláusulas que especifiquen la transmisibilidad de las participaciones sociales solo entre parientes, fijar la modalidad de ingreso de parientes políticos, sistemas de remuneración, incluso aspectos sucesorios, entre otros. Estos pactos se constituyen en suplementarios del Estatuto y conforman el Protocolo de Familia o pueden ser parte de Reglamentos en los términos de la LGS.

Así las cosas, expresada como causa que se trata de una sociedad de familia, se pueden redactar reglamentos que también reflejen características de la familia toda vez que el reglamento es complementario y accesorio al acto constitutivo o estatuto social. En ese orden de ideas se pueden incluir a nivel reglamentario pautas para el acceso al directorio, a gerencias u otros cargos dentro de la empresa familiar, fijando modalidades que garanticen el acceso equitativo y por idoneidad a dichos cargos, pautas técnicas para impedir la confusión del patrimonio de la empresa familiar y el de los integrantes de la familia, incorporación de directivos ajenos a la familia, cláusulas de agrado y otras que permitan reflejar las particularidades de la sociedad que contiene a una empresa de familia.

Si bien considero que la formulación del art. 281 del CCCN genera un mecanismo para evitar conflictos en sociedades de familia considero que debe, en todos los casos, incorporarse procedimientos de ejercicio, plazos y modalidades de cálculo del valor de las participaciones sociales para las hipótesis de eventual salida de un socio.

Realizando una relación con lo reseñado supra respecto a la prevención, es oportuno señalar que el listado de alternativas mencionadas —y solo a modo ilustrativo— pueden combinarse. Es más, entiendo que debería realizarse una necesaria combinación de ellos para el logro de una adecuada concreción de la función tuitiva de conflictos que propicio.

Como expresé más arriba, esa combinación puede conducir a la formulación de la Causa Fin y la necesaria redacción de un Protocolo de Familia. Así, siguiendo una especialista en la materia, la profesora Gabriela Calcaterra:

El protocolo familiar es un documento escrito, redactado a la medida de las necesidades de cada empresa familiar, que resulta de un proceso de comunicación y negociación en el

que intervienen los miembros de una familia empresaria que tiene por finalidad regular los intereses de los integrantes de la familia, con miras a resolver o prevenir conflictos, garantizando la continuidad de la empresa hacia las sucesivas generaciones<sup>(5)</sup>.

Entiendo que estos instrumentos que se han constituido en pilares sustanciales y de éxito probado deben o deberían patentizar la existencia de su Causa Fin que no es ni más ni menos que servir de vertebración a una o más familias que forman parte de una más o empresas o aún de grupo de empresas familiares. La Causa Fin prevista en el art. 281 del CCCN es un aglutinante y una fundamentación que relevaría de toda otra justificación y aún de controversias respecto a cuestionamientos en relación a la figura del Protocolo Familiar.

## 7. Conclusión

De esta manera y como lo vengo sosteniendo desde hace cinco años y por supuesto, desde mi punto de vista, existen herramientas como la expresión de la Causa Fin y el empleo de la autonomía de la voluntad para facilitar la prevención de conflictos en Sociedades de familia. Podría decirse que como efecto se contribuiría a la seguridad jurídica.

Por último, entiendo que la expresión de la causa fin de la manera propuesta además de ser una modalidad de derecho preventivo de conflictos puede contribuir a la mantención de la empresa dentro de la familia y para las futuras generaciones de la o las familias fundadoras.

## Bibliografía

- BALBÍN, Sebastián (2020). Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario. Cita online: AR/DOC 11/2020.
- CALCATERRA, Gabriela (2019). La autonomía de la voluntad en la planificación de la empresa a través de un protocolo familiar. RDF 88 11/03/2019. Cita online: AP/DOC/26/2019.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (2015). Tomo 1. Editorial Astrea.
- DUPRAZ, Diego (2013). La autonomía de la Voluntad en el diseño de los estatutos sociales. *La Ley* 12/12/2013. Cita online. AR/DOC 3886/2013.
- GÓMEZ BAUSELA, María Silvia (2001). «Inserción de los Conflictos societarios en la realidad Judicial Santafesina». Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario).
- GÓMEZ BAUSELA, María Silvia (2016). «La Causa Fin como mecanismo de prevención de los conflictos en Sociedades de Familia». Ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y el X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza).
- NISSEN, Ricardo Augusto (2015). *Ley de Sociedades Comentada. La Ley*.
- ROITMAN, Horacio (2011). *Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada. La Ley*.
- VÍTOLO, Daniel Roque (2015). *Sociedades Comerciales. Ley 19550. Comentada*. Rubinzal Culzoni Editores.

---

<sup>(5)</sup> Calcaterra, Gabriela (2019). «La autonomía de la voluntad en la planificación de la empresa a través de un protocolo familiar». RDF 88 11/03/2019. Cita online: AP/DOC/26/2019.



## La regulación del nombre de las personas jurídicas en el artículo 151 del cccn. Análisis de los requisitos y de los problemas de interpretación y de aplicación

The regulation of the legal entity name in Article 151 of the cccn.

Analysis of requirements and problems of interpretation and application

Rubén Romano<sup>(1)</sup>

### Resumen

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación introdujo a través del artículo 151 una serie de requisitos para el reconocimiento y protección del nombre de las personas jurídicas que está generando una serie de problemas de interpretación y aplicación. En el presente trabajo analizamos la norma remarcando los problemas que genera y los argumentos respecto de por qué creemos que es necesaria su revisión.

### Palabras claves

Nombre · Razón social · Marcas · Personas Jurídicas

### Abstract

The entry into force of the Civil and Commercial Code has introduced through Article 151 requirements for the recognition and protection of the name of legal entities that is generating many problems of interpretation and application. In this paper we analyze the regulation highlighting the problems it generates and the arguments why we believe its revision is necessary.

### Keywords

Name · Corporate name · Trademarks · Legal entities

## 1. Introducción

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (cccn) trajo una particular novedad en la regulación del nombre de las personas jurídicas con la introducción de una norma inédita, como es el artículo 151<sup>(2)</sup>, que reemplazó a la expresión «razón social» por la de «nombre» de la persona jurídica e incorporó una serie de requisitos que debía

<sup>(1)</sup> Abogado UNL, LLM Magister en Propiedad Intelectual, Universidad de Turín–OMPI, Agente de la Propiedad Industrial, Profesor adjunto de Derecho Empresario FCE–UNL y de Derecho Comercial y Empresarial FCJS–UNL.

<sup>(2)</sup> Artículo 151 del Código Civil y Comercial de la Nación: Nombre. La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia en la utilización de su nombre. El nombre debe satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica. No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica. La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere la

cumplir ese nombre para ser aceptado y reconocido jurídicamente. En este camino, el legislador abrió una puerta que estaba cerrada y que, en nuestra opinión, nunca debió abrirse y debería volver a cerrarse, puesto que generó una interferencia inentendible entre varios institutos diferentes, pero, principalmente, entre el nombre de las personas jurídicas y las marcas de productos o servicios.

Antes de entrar en el análisis del art. 151, es importante recordar cuál es el ámbito de protección objetivo de cada instituto. Por un lado, el nombre de la sociedad es un atributo de su personalidad, la individualiza y la distingue del conjunto de los socios. Quien la representa queda obligado a hacerlo bajo la designación de su nombre societario. Es un derecho que tiene todo ente de tener un nombre y está regulado ahora por el art. 151 del CCCN que, en su primer párrafo, establece que las personas jurídicas deben tener un nombre. Es un principio que sienta el código en esta materia y el carácter necesario del nombre como atributo de su personalidad queda de manifiesto. En el mismo sentido, el art. 11 de la ley 19550 exigió la inclusión de la razón social o denominación en el contrato social. Por otro lado, a las marcas de productos o de servicios las podemos definir como todo signo o medio que sirve para identificar y diferenciar productos o servicios de una persona de los de otros similares en el mercado. Su regulación en el derecho argentino está dada por la ley 22362 del año 1980, Ley de Marcas y Designaciones.

Asimismo, el nombre de la persona jurídica a la que hace referencia el art. 151 se aplica a todas las personas jurídicas privadas que señala el art. 148: las sociedades; las asociaciones civiles; las simples asociaciones; las fundaciones; las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; las mutuales; las cooperativas; el consorcio de propiedad horizontal y toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento, aunque nuestro análisis se centra en la sociedades comerciales principalmente. En este sentido, cabe señalar que los nombres sociales y las marcas convivieron más de 120 años sin esta pretendida protección, con inconvenientes menores que la jurisprudencia ya había resuelto.

## 2. Cambio de la denominación del instituto de «razón social» por «nombre»

El primer punto a analizar es el cambio de nombre al instituto: hasta la entrada en vigencia del nuevo CCCN se llamaba «denominación social», «razón social» o «nombre social»; ahora, como se menciona en el título del art. 151, se denomina «nombre de la persona jurídica» o simplemente «nombre». Algunos autores han criticado este cambio argumentando que puede generar confusión con el nombre comercial tratado en el art. 1 de la ley 11867, de Transferencia de Fondo de Comercio (Otamendi, 2015:1). El nombre comercial está contenido en la enumeración de los elementos que integran el fondo de comercio y su tratamiento cabe dentro del instituto denominado «Designaciones» del capítulo 11 de la ley 22362, tema que será tratado bajo el título «Otros nombres» más adelante en este trabajo.

Particularmente, pensamos que lo que quiso hacer el legislador fue llamarlo igual que el mismo atributo de la personalidad de las personas humanas, simplemente «nombre»,

---

conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales.

buscando esa sinonimia. En este sentido, creemos que ordena la terminología, siempre y cuando se pueda identificar cada concepto independientemente de su nomenclatura.

### 3. Requisitos que debe cumplir el nombre de las personas jurídicas

El segundo párrafo del art. 151 es el que ofrece mayores problemas. Al momento de establecer los requisitos que debe tener el nombre para gozar de protección legal postula lo siguiente:

El nombre debe satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica.

A continuación, haremos un análisis de precepto intentando determinar cuáles son los requisitos que debe cumplir el nombre y en relación con qué aspectos.

#### 3.1. Veracidad

La exigencia de veracidad responde a evitar que las denominaciones sociales sean engañosas. Este requisito se debe integrar con el tercer párrafo del art. 151, por lo cual el nombre no debe inducir a error en el público respecto de la clase y objeto de la persona jurídica, así como no se debe utilizar el nombre de personas físicas sin su correspondiente autorización. En este sentido, entendemos que resulta lógica tal exigencia.

Es habitual que la Inspección General de Personas Jurídicas (IGPJ) formule observaciones cuando la denominación contiene expresiones que puedan ser engañosas por no estar esas actividades contenidas en el objeto social. El concepto de veracidad es común en materia de nombre social, de sociedades y de personas jurídicas en general. Asimismo, es de larga tradición normativa y de abundante práctica administrativa y judicial, por lo cual creemos que no ofrece mayores problemas.

#### 3.2. Novedad y aptitud distintiva

Los requisitos de novedad y aptitud distintiva son propios del microsistema jurídico de los derechos industriales, con particular sentido dentro del derecho marcario. Así, deben ser analizados a la luz de la frondosa doctrina y jurisprudencia en la materia y, en este sentido, sostenemos que no tienen razón de ser en su aplicación al nombre social. Tal como anticipamos, son propios de estos ámbitos y su aplicación al nombre social implica una confusión de institutos jurídicos.

El requisito de novedad existe dentro del derecho industrial, pero con contenido distinto dentro de cada categoría. No es lo mismo la novedad para el derecho de patentes de invención (art. 4, ley 24481) que para los modelos de utilidad (art. 55, ley 24481), así como tampoco resulta igual para el régimen de modelos y diseños industriales (art. 6, decreto 66.73/63). También es diferente el criterio exigido dentro del régimen de derecho de obtentor (ley 20247) o en la ley 22362 de Marcas y Designaciones (art. 3), en la cual el concepto de novedad es, en realidad, mejor llamado de «disponibilidad» (Bertonio y Cabanellas de las Cuevas, 2000:293).

La elaboración del requisito de novedad ha sido compleja en cada una de esas áreas, por lo que la novedad no es un concepto general en el derecho y solo dentro del derecho



industrial presenta diversos significados. ¿Qué significa dentro del ámbito de los nombres sociales? ¿Contra qué conjunto de antecedentes se contrasta la denominación pretendida? La única interpretación posible sería que no exista ya solicitada, aprobada o inscrita con anterioridad una denominación idéntica o igual. Pero, ¿cuál es el criterio de delimitación de los antecedentes contra los que se debe hacer la evaluación de novedad?

Según la redacción del art. 151, el universo de ámbitos en el cual se deben buscar esos antecedentes es tan amplio, que se hace imposible la tarea. Por ejemplo: el nombre no debe estar en la jurisdicción solicitada para otra persona jurídica, ni en ninguna otra del país; no debe ser una solicitud de marca en trámite, ni una marca registrada; no debe ser una designación en uso en ninguna actividad con o sin fines de lucro en cualquier lugar del país; no debe ser una marca notoria ni en Argentina ni en otro país de mundo. En definitiva, será tan difícil definir qué es lo preexistente que resultará imposible determinar qué es lo nuevo.

En cuanto a la aptitud distintiva, vale lo dicho anteriormente en cuanto a que es un concepto forjado dentro del derecho de marcas de la ley 22362, que impone a los signos o medios marcarios el requisito de «distintividad». La jurisprudencia y la doctrina se han encargado de definir y delimitar conceptualmente este requisito: por un lado, se dice que una marca es distintiva cuando es intrínsecamente capaz de diferenciar y; por otra parte, el concepto negativo explica que una marca no es distintiva cuando es descriptiva, y es descriptiva cuando el signo o medio es la denominación necesaria o habitual de un producto o servicio. Todo lo contrario sucede en el ámbito societario, ya que una sociedad puede denominarse «Transporte Pedrito SRL», si se dedica al transporte de carga.

La distintividad que se requiere, además de intrínseca, debe ser extrínseca. Como vimos, es intrínseca en relación con los productos o servicios que va a distinguir y es extrínseca en relación con otras marcas solicitadas o registradas. Tal como establece la ley 22362, no pueden registrarse marcas idénticas o similares confundibles con otras ya existentes o solicitadas con anterioridad (art. 3 inc. a y b). Cuando hablamos de «confundible» hacemos también referencia a un concepto propio del sistema marcario: la confusión o posibilidad de confundir se da cuando el consumidor puede creer que los signos tienen un origen común.

Escaparía al alcance de este artículo desarrollar los criterios establecidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para la realización de un análisis de confundibilidad de una marca, pero está claro que no es una actividad que deba hacer la CGPJ frente a cada sociedad que se le presente a inscripción. Por lo tanto, novedad y aptitud distintiva son elementos de un mismo concepto jurídico. En este sentido, creemos que no se puede hablar de novedad o aptitud distintiva de un nombre social toda vez que ese nombre social no distingue ningún producto o servicio.

### 3.3. Ámbitos distintos, pero con límite en la buena fe

Claro está que, por el hecho de que los nombres sociales y las marcas sean institutos distintos que operan en esferas diferentes, no significa que no se pueda analizar en cada caso determinadas circunstancias que generen interferencia y resolverlas; principalmente, cuando se procura a través de la elección de un nombre social generar confusión o engaño sobre el origen de productos y servicios en el consumidor. En este sentido, el art. 151 no aporta nada nuevo, si es lo que pretendía.

La Resolución General IGJ 7/2005 en el art. 59 permitía, a través de un control de legalidad sobre la denominación adoptada, extenderse a supuestos de notoriedad que lleguen objetivamente a conocimiento de la Inspección General de Justicia; en tanto que permitan tener por indubitablemente acreditado el reconocimiento, fama o prestigio nacional o internacional de determinados nombres sociales o comerciales o marcas registradas, frente a los cuales la denominación pretendida no satisfaga alguno de los requisitos del apartado 1 del artículo anterior. Así, la denominación debe satisfacer los recaudos de veracidad, novedad e inconfundibilidad del art. 58 1. En idéntico sentido, trata este tema la Res IGJ 7/2015 que entró en vigencia casi simultáneamente con el nuevo CCCN.

La Res. IGJ 17/05 saludablemente establecía la posibilidad de que la IGJ pueda oponerse a denominaciones pretendidas para nombres de personas jurídicas que sean confundibles con marcas notorias como herramienta para evitar maniobras de mala fe que induzcan a error o engaño. Por su parte, es dable destacar que la jurisprudencia también ya había reaccionado positivamente frente a los casos de mala fe desde hace largo tiempo, condenando el cese de uso de nombres sociales que copiaban otros nombres sociales y/o marcas afamadas pudiendo citarse como ejemplo casos como el de *Hermes de Paris SA C vs. Hermes SRL* (De Achával en García Sellart, 2017:61), *Benetton Group SA C vs. Surbenetton SRL* (59). *Jas Hennessy & co. c vs. Hernnessy SA*, entre otros (59).

El problema más importante se centra en cómo proceder en los casos en los que la mala fe no resulta tan evidente como en los anteriores, tema que también fue abordado por la jurisprudencia desarrollando dos corrientes: una, la del «uso potencial» y la de «sin uso no hay conflicto». En este sentido, De Achával (De Achával en García Sellart, 2017:60) señala que

la jurisprudencia ha reaccionado de manera dispar. Por un lado, los que se inclinan por la teoría del uso potencial y por el otro los que sostienen que sin uso no hay designación. La que se inclina por el uso potencial se fundamenta en la interrelación existente entre los productos y servicios amparados por la marca o designación fundamento de la acción y por el otro en las actividades previstas en el objeto social de la demandada.

Por su parte, la postura de quienes sostienen que sin uso no hay designación, y por ende no hay infracción, se refleja en casos como el de la sentencia de *Quela SRL vs. Quelac SRL* (De Achával en García Sellart, 2017:61):

El problema es el siguiente: ¿Puede haber infracción por la adopción de un nombre que aún no ha aplicado a los rubros con los cuales trabaja quien lo viene utilizando con anterioridad? El suscrito, remitiéndose al análisis de los arts. 43 y 44 de la ley 3975 se pronuncia por la negativa. Lo que la ley tiene en cuenta no son las declaraciones, lo enunciados, ni las intenciones, sino el hecho efectivo de la aplicación del nombre a un comercio o industria determinada... Por lo tanto la actora tendría en sub lite, derecho a una acción como la intentada cuando la demandada se dedicara a un comercio similar al suyo, cosa que reconoce que no ocurre hasta el momento y no vale argüir con que debe demandar ahora, pues de no hacerlo podría prescribir su derecho, ya que la prescripción, según lógicamente se desprende de todo lo que viene afirmando, no empezaría a correr, sino desde el momento que el nombre se aplicara a ese rubro igual o similar.

Independientemente de qué postura se pueda tomar o de las críticas que se les pueda hacer a ambas, lo que nos interesa remarcar es que las interferencias entre estos institutos deben analizarse caso por caso. Ya la doctrina y la jurisprudencia se habían abocado arduamente a esa tarea, no resultando para nada beneficiosa la introducción del art. 151 del CCCN en ese complejo escenario.

Siguiendo con el análisis del párrafo segundo vemos que los requisitos exigidos deben darse con respecto a otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica, seguidamente analizaremos estas relaciones.

#### 4. «Otros nombres»

Suponemos que este punto se refiere a otros nombres sociales existentes con anterioridad. De ser así, si resulta pertinente el enunciado, resulta lógica la disposición que el nombre propuesto no exista ya para identificar una persona jurídica inscripta con anterioridad. Pero, aun estando de acuerdo con esta parte del enunciado, es importante destacar la compleja aplicación práctica de la norma, ya que son las diferentes jurisdicciones administrativas o judiciales de las provincias y CABA las que deben realizar este estudio de antecedentes, sin que exista una base de datos integrada con todas las jurisdicciones. Por lo tanto, puede suceder —y sucede— que una misma denominación identifique a dos o más sociedades en distintas jurisdicciones dando lugar a personas jurídicas homónimas en cada una de ellas. Es por esto que el enunciado debería completarse con la práctica habitual como «otros nombres en cada jurisdicción», hasta que se constituya una base de datos única o un sistema único de gestión, si es lo que se quiere.

Por otra parte, corresponde aclarar que no debe confundirse el nombre de la persona jurídica o nombre social con el nombre comercial, también denominado como «designación de una actividad comercial». Las «designaciones» son el nombre o signo con que se distinguen actividades: la actividad empresarial, la actividad comercial, el nombre de una ferretería, una farmacia o un local de venta de autos. La ley 3975 solo protegía los nombres comerciales, es decir, actividades con fines de lucro. La ley 22362 amplió la protección a las designaciones de actividades sin fines de lucro, como la de un club de barrio. La designación distingue quién de quién. La marca distingue qué de qué (Otamendi en Etcheverry *et al.*, 2016:257).

En este sentido, la designación nace con su uso y es exclusiva solo en el ámbito de la actividad designada y da a su titular derechos exclusivos de uso: «el nombre de una persona jurídica existe, aunque esta no realice ninguna actividad, muchas de ellas son solo titulares de propiedades o de acciones» (Otamendi, 2015:1). Asimismo, no crea derecho de exclusividad y no se encuentra dentro del comercio. Una persona jurídica solo puede tener un nombre, aunque puede generar tantos nombres comerciales como actividades diferentes realice.

La mayoría de las legislaciones del mundo tratan al nombre por las leyes de propiedad industrial. Nuestro país lo regula en el capítulo 11 de la ley de marcas y designaciones 22362 y en el Convenio de París para la protección de la propiedad intelectual (art. 8), ratificado por Argentina, en el cual se establece que el nombre comercial estará protegido sin obligación de registro o depósito.

#### 4.1. «Marcas»

La inclusión de las marcas es, sin lugar a dudas, el desacierto más importante. Sobre todo, cuando se pretende que exista novedad y aptitud distintiva del nombre de la sociedad con respecto a las marcas existentes en Argentina que, según se calcula, son más de 900.000 entre las que se encuentran en trámite y concedidas: ¿Qué significa esto? ¿Que cada nombre social deberá ser comparado con esas marcas antes de ser aprobado por la autoridad? En la *praxis* administrativa resultaría casi imposible y en la *praxis* comercial, sumamente innecesario.

Para ayudar a entender la inconveniencia de la norma veamos un supuesto: si el nombre social «El Toro SA» es pretendido por una sociedad que se dedica a la actividad agropecuaria, la preexistencia de la marca «Toro» registrada para distinguir vinos de clase 33 va a impedir adoptar ese nombre, ya que no se cumplirían los requisitos que exige el Art.151. Ni la propia ley de marcas llega tan lejos, ya que al incorporar el principio de la especialidad en el Art 3 inc. a. y b. permite la coexistencia de dos marcas idénticas o similares para identificar productos o servicios diferentes<sup>(3)</sup>. Estos conceptos son institutos diferentes y protegen designaciones o nombres que se usan en distintos ámbitos, por lo cual no debería haber conflictos si cada uno queda en su órbita y no hay extralimitación en su uso. Por ejemplo: una sociedad denominada «Patagonia S.R.L.» puede usar ese nombre para identificarse, pero no puede ni producir ni comercializar cerveza bajo esa marca ya que la marca «Patagonia» se encuentra registrada a nombre de la «Cervecería y maltería Quilmes SAICAG» en clase 32 para distinguir cervezas. De la misma manera que una pareja cuyo apellido paterno sea Picasso puede sin ningún inconveniente llamar a su hija «Paloma Picasso», esta persona tiene derecho a usar dicho nombre, en tanto que es un atributo de la persona humana. Lo que no puede hacer invocando el derecho a usar su nombre es comercializar perfumes bajo la marca «Paloma Picasso», ya que la misma está inscrita a nombre de Anne Paloma Ruiz–Picasso para identificar los productos mencionados.

Por su parte, la ley de marcas 22362 en el art. 3 bajo el título *No pueden ser registrados* en su inciso i) menciona a «las designaciones de actividades, incluyendo nombres y razones sociales, descriptivas de una actividad, para distinguir productos». El fundamento de tal exclusión es que se trata de designaciones que no constituyan marcas de productos o servicios sino otro instituto, tal como sucede con la prohibición de registrar la forma de los productos por tener, en principio, un régimen especial para protección de formas ornamentales, los modelos o diseños industriales o las denominaciones de origen que también cuentan desde hace algunos años con régimen específico. Sin embargo, es cierto que la mencionada exclusión contiene una importante excepción al permitirse el registro como marca de una razón social a través de las siglas, palabras y demás signos que formen parte de aquéllas y tengan capacidad distintiva.

La buena práctica en la gestión de una política de protección de los bienes inmateriales de las empresas aconseja registrar las razones sociales como marcas, para lo cual se deberá buscar qué clases de productos o servicios son más afines. Por ejemplo: el nombre de una entidad financiera se registrará como marca de servicios financieros de clase 36 cuando el nombre

<sup>(3)</sup> Artículo 3 de la ley 22362. No pueden ser registrados: a) una marca idéntica a una registrada o solicitada con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios; b) las marcas similares a otras ya registradas o solicitadas para distinguir los mismos productos o servicios.

social además sea usado como marca del servicio que ésta presta. Pero, insistimos: no hay fusión de conceptos sino una misma designación usada para identificar dos cosas distintas.

Es por todos estos motivos que no hay ni puede haber un conflicto entre la «denominación» o «razón social» o «nombre de la persona jurídica» y una «marca» o «designación».

#### 4.2. «Nombres de fantasía» y «otras formas de referencia a bienes o servicios»

Sobre este enunciado es difícil entender qué quiso decir el legislador: ¿cómo puede requerirse novedad y aptitud distintiva respecto de nombres de fantasía? ¿Qué son los «nombres de fantasía»? No hay en nuestro ordenamiento una categoría de protección diferente para los nombres de fantasías más allá de las enunciadas, un nombre de fantasía puede ser el nombre de una persona jurídica, una marca o una designación, por lo que vale lo dicho hasta aquí sobre ellas. Y no existen «otras formas de referencia a bienes y servicios» reconocidas jurídicamente que no sea a través de la ley 22362.

### 5. Conclusión

El art. 151 incorpora un criterio inédito en nuestra legislación: la necesidad de que los nombres de las personas jurídicas no se confundan con los otros nombres preexistentes, cualquier marca, designación o nombre de fantasía o cualquier otra forma de referencia de bienes o servicios que se relacionen o no con el objeto social. Es así que la nueva norma no ha sido afortunada y resulta unánime la crítica de la doctrina a su mala técnica legislativa y confusión conceptual, siendo las voces provenientes del derecho industrial las más combativas al respecto.

Creemos que debe ser modificada en una eventual reforma, pero mientras tanto se deberá hacer un titánico esfuerzo para interpretar y aplicar esta norma tanto en la sede administrativa como en la judicial de manera razonable. El intento de generar una regla que gobierne la interrelación entre los nombres sociales, marcas y designaciones u otros institutos, quizás siempre esté condenado a recibir innumerables críticas, ya que esa interferencia deberá ser analizada como se viene haciendo caso por caso, armonizando distintos institutos, a la luz de los principios generales del derecho, teniendo en cuenta los intereses de las partes y prestando especial atención a la defensa de los derechos del consumidor.

### Bibliografía

BERTONO, Luis Eduardo y Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (2000). *Derecho de marcas. Marcas, designaciones y nombres comerciales*. Heliasta.

ETCHEVERRY, Raúl y otros (2006). *Código de comercio y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi.

GARCÍA SELLART, Marcelo y otros (2015). *Impacto del nuevo código civil en la propiedad industrial e intelectual*. El Dial.

OTAMENDI, Jorge (2015). *Requisitos del nombre de una persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Caos en la aprobación de nombres sociales*. *La Ley* 07/05/2015, 1—La Ley 2015-C, 677.

## El Código Civil y Comercial y el Contrato de Seguro

The civil and commercial code and the insurance contract

Miguel Alberto Piedecabras <sup>(1)</sup>

### Resumen

Este artículo aborda la relación entre el Código Civil y Comercial y el Contrato de Seguro, que ha planteado diferentes puntos de vista en la doctrina y la jurisprudencia.

### Abstract

This article addresses the relationship between the Civil and Commercial Code and the Insurance Contract, that have raised different points of view in doctrine and jurisprudence

### Palabras claves

Código Civil y Comercial · Contrato de seguro

### Keywords

Civil and commercial code · Insurance contract

## 1. Ley complementaria y «microsistema normativo»

El artículo 5 de la ley 26994 establece que las leyes que integraban, complementaban o se encontraban incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio (hoy derogados), excepto lo establecido en el artículo 3 (normas expresamente suprimidas), mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1 de la presente.

La ley 17418 que regula el contrato de seguro, es una norma que se había incorporado al Código de Comercio derogado, en virtud de que así lo establecía expresamente su artículo 163 y, por lo tanto, debe ser considerada como ley complementaria del ccc.

Esta calificación nos permite establecer una de las primeras pautas a los fines de la correcta articulación entre el ccc (estructura normativa principal) y la ley especial (que se añade a la principal para completarla).

De esta manera, entendemos que la ley especial (17418) debe acoplarse a los principios generales y reglas esenciales del ccc, sin perjuicio de regular lo particular del contrato de seguro (en lo jurídico y técnico) y sin colisionar con la base sustancial de la estructura

---

<sup>(1)</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor titular de Derecho Comercial **FCJS-UNL**; Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho; Director Académico de la Carrera de Martillero Público y Corredor de Comercial.

principal, que será el «eje articulador» tanto para aplicar la ley como para interpretar e integrar el contrato de seguro al esquema general del derecho privado reflejado en el CCC.

En este sentido, se ha dicho que

El Código Civil distingue el Derecho de la ley. Éste es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que solo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremedida, ya que no se trata solo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres. Asimismo, el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales, y contempla no solo las reglas determinadas, sino también los principios y los valores. Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios generales (Lorenzetti, 2014:25).

Lo expuesto debe modularse con lo expresado por los autores del diseño original del CCC, al señalar en sus fundamentos que

el anteproyecto respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, que se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Ha sido imprescindible una reforma parcial de la ley de defensa de los consumidores... Finalmente en otros casos, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros y concursos y quiebras.<sup>(2)</sup>

Esta consideración que comprende expresamente a la ley de contrato de seguro significa que no se modifica en forma directa ningún artículo específico de la ley 17418, lo que no obsta a que las reglas que ésta contiene deban articularse razonablemente con los principios estructurales del CCC, ya que estamos frente a una norma complementaria y, por ende, se «añade» al sistema establecido por el CCC, «completándolo».

La doctrina especializada en seguros y en referencia a la relación entre el CCC y la LCS ha señalado que

En primer lugar, se destaca el respeto que evidencia por la aplicación de la normativa técnica propia del contrato de seguro, con el solo límite que bajo amparo de la aplicación estricta de tal sistema, no podrían violentarse los derechos garantidos por la Constitución Nacional (Compiani, LL 2014-F-662).

Asimismo, se ha agregado que

Ello significa que el texto del Código Civil y Comercial no contiene modificaciones respecto de la Ley de Contrato de Seguros 17418 ni, claro está, de las leyes 20091, Ley de Entidades de Seguros y su control, y 22400, Régimen Legal de los Productores de Seguros, y es por ello que aludo a los vínculos respetuosos entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el microsistema normativo autosuficiente, el que regula la disciplina del seguro (Quintana, 2015:16).

---

<sup>(2)</sup> «Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial» en *Código Civil y Comercial*. Zavalía, Buenos Aires, Argentina, 2014, p. 582.

Sin perjuicio de lo expuesto por los autores citados y en los casos concretos que involucren a la ley 17418 y al contrato de seguro, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 1 (fuentes del derecho), 2 (interpretación de la ley) y 963 (prelación normativa en materia contractual) del CCC, según corresponda y en relación con los seguros de consumo. Además, debe darse cabida a las reglas consagradas en los artículos 1094<sup>o</sup> (interpretación y prelación normativa) y 1095 (interpretación del contrato de consumo) del CCC.

El CCC respeta las particularidades del régimen legal del contrato de seguro, pero produce modificaciones/ajustes, de diversa índole: a) conceptos, definiciones generales y categorías, que se aplican a todos los contratos, incluido el de seguro (ej. contratos celebrados por adhesión) b) normas expresas que refieren a diversos aspectos del contrato de seguro c) reglas para la interpretación y aplicación del derecho, que se aplican al seguro; d) orden de prelación de normas contractuales que producen efectos respecto del contrato de seguro, sea discrecional o de consumo.

Es por ello, que más allá de la explicación genérica que se realiza en los fundamentos (respeto por los microsistemas autosuficientes), ha de primar la calificación de ley complementaria (de la ley 17418) que surge del texto expreso del artículo 5 de la ley 26994, en relación con la estructura principal y núcleo integrador, constituido por el CCC.

## 2. Referencias expresas en el texto del Código al seguro

El CCC trae referencias expresas al seguro en distintas normas a lo largo de su texto. Esto resulta demostrativo de la necesaria articulación entre la estructura principal —el Código— y la ley especial complementaria 17418.

El artículo 465 —en la última parte del CCC referido a los bienes gananciales de los cónyuges— establece que no lo son las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

En el artículo 1238 CCC concerniente al contrato de leasing y en relación con los gastos de conservación y uso del bien, se consagra que «los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y uso, incluyendo seguros, impuestos y tasas, que recaigan sobre los bienes y las sanciones ocasionadas por su uso, son a cargo del tomador, excepto convención en contrario».

La norma expresada en el artículo 1501 CCC, que alude al contrato de agencia, excluye a los productores o agentes de seguros de las normas que rigen este contrato, por considerarlo un grupo regido por ley especial (ley 22400, y artículos 53 a 55 de la ley 17418 y 55 de la ley 20091).

El artículo 1685 CCC relacionado con el contrato de fideicomiso, establece que el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable objetivamente cuando no haya contratado este seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.

El precepto enunciado por el artículo 1767 CCC vinculado con la responsabilidad de los establecimientos educativos por daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad establece en su segundo tramo que deberán contratar un seguro de responsabilidad civil de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora (SSN).



Los artículos 1811/2 CCC, referidos a las garantías unilaterales o a primera demanda, habilitan a las empresas de seguros a emitirlos en cualquier clase de instrumento particular.

El artículo 1820 CCC establece que las empresas de seguros pueden emitir títulos valores abstractos no regulados por ley cuando se encuentren registradas ante el organismo de contralor de los mercados de valores.

La norma contenida en el artículo 2067 CCC, referida a la propiedad horizontal, establece en su inciso h) la obligación del administrador de mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir.

En materia de prehorizontalidad, el artículo 2071 CCC expresa que, para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro (conforme a la reglamentación emitida por la SSN) a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón. Dicha cobertura debe comprender el reintegro de las cuotas abonadas con más de un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El artículo 2392 del CCC, referido a la materia sucesoria, establece que no se debe colación por el seguro de vida que corresponde al heredero, pero sí por las primas pagadas por el causante al asegurador hasta la concurrencia del premio cobrado al asegurado.

En materia de privilegios especiales, el artículo 2582 CCC, inciso f), otorga plena validez a los privilegios establecidos en la ley de seguros.

Estas normas expresas han de aplicarse conforme el orden de prelación establecido en el artículo 963° del CCC, quedando de esta manera establecida la adecuada articulación con las normas indisponibles y supletorias de la ley de seguros.

### 3. Fuentes del derecho e interpretación de la ley

Una de las cuestiones de mayor relevancia en la proyección de efectos del CCC sobre la ley especial de contrato de seguro es la referida a las fuentes del derecho (art. 1°) y a la interpretación de la ley (art. 2°); ya que claramente establecen que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (en este caso, la ley 17418 y en los seguros de consumo también la ley 24240, entre otras), conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte, e interpretadas teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de estos pactos y acuerdos internacionales.

Se da cabida entonces al bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos, tanto para la interpretación como para la aplicación de la ley especial de contrato de seguro. Esto obliga al operador jurídico a examinar necesariamente las normas provenientes de las Convenciones y Tratados Internacionales, para establecer su aplicabilidad y efectos en el caso concreto, sin que pueda ser soslayada esta instancia en la resolución del conflicto.

Particular relevancia tienen estas fuentes del derecho aplicable, en relación con supuestos de hecho que involucren a personas en condiciones de vulnerabilidad. Conforme lo ha puesto de manifiesto la CSJN, resultan aplicables a cualquier materia, llevando a decisiones importantes como la declaración de inconstitucionalidad de reglas contenidas en leyes especiales por contravenir el sentido y alcance de las normas de origen convencional en materia de derechos humanos.

En este sentido, la Corte ha señalado que «Asimismo, ha destacado el Tribunal que de los instrumentos internacionales aquí en juego se desprende el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad» (Fallos: 335:452). Es en este sentido, que consideró improcedente aplicar normas que difieren el pago de la deuda cuando está ello en directa colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas (cfr. causa M. M. M. G., Fallos: 334:842).

Además, tiene dicho la Corte que la Constitución Nacional —y los instrumentos internacionales incorporados a ella— asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989 y 335:452)<sup>(3)</sup>. Este criterio es aplicable a toda la materia civil y comercial, en la que queda comprendido el ámbito del seguro.

#### 4. Las partes del contrato de seguro

Este tema cobra especial relevancia en diversos aspectos, aunque, inicialmente y en particular, podemos señalar que la diferencia estructural de las partes puede llevar a la calificación del contrato de seguro como de consumo o paritario y, consecuentemente, determinar la aplicabilidad de una distinta base normativa.

La aseguradora puede celebrar contratos de seguro con otras empresas, el Estado o consumidores y, en este último supuesto, pueden ser personas en condiciones de vulnerabilidad.

Ello, según el caso, llevará a la aplicación de normas diversas, aún en relación con el propio CCC (contratos discrecionales o de consumo) y en otros supuestos (ej. contratación con el estado) a regímenes especiales como puede serlo el seguro de caución relacionado con la obra pública (leyes 13064, 17804, decreto 411/69).

Calificado como seguro de consumo, se han de aplicar las normas específicas del CCC 1093, siguientes y CCS y las de la ley 24240 (por aplicación del 963 y 1094 del CCC) y las que con ella se integran (art. 3 LDC; ley 27442, dec. 274/19).

Debe considerarse que, si la contraparte es una persona en condiciones de vulnerabilidad, puede dar lugar a la aplicación de principios estructurales del ordenamiento jurídico, consagrados en el propio CCC, como el de la «dignidad de la persona humana» o activar a los fines de la aplicación e interpretación de la ley a las normas convencionales internacionales que se reflejen en tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte.

Las personas en condiciones de vulnerabilidad fueron definidas por las «100 Reglas de Brasilia» en sentido general y utilizable a los fines de ubicar una noción básica de las mismas y sin perjuicio del especial tratamiento y definición que realizan las Convenciones Internacionales y la legislación nacional específicas, que se han concebido al efecto (ej. niños, niñas; personas con discapacidad; personas adultas mayores)<sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</sup> CSJN «Institutos Médicos Antártida» S/ quiebra S/ Inc. Verificación (R.A.F. C y L.R.H. de F); LL 12/04/19.

<sup>(4)</sup> Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas,

En relación con la aseguradora, debe considerársela comprendida en la noción de «empresa» que trae el artículo 320 del CCC, relacionado con la ley específica que es la 20091 y, así, calificarla como una organización profesional, experta, de objeto exclusivo, capacitada técnicamente para la asunción y tratamiento del riesgo, la gestión de capitales y el pago de siniestros.

La aseguradora es una persona jurídica con estructura de empresa que se desempeña en el ámbito del seguro de manera profesional, con altísima experticia en la materia, objeto exclusivo, sometida a reglamentación y control estatal (ley 20091).

Las personas humanas o jurídicas que contratan con ella lo hacen en virtud de la confianza especial que se ha depositado en tanto administradoras del sistema de seguros (solo las ES autorizadas pueden operar en seguros).

Para fundar la vigilancia del Estado sobre las aseguradoras, se ha dicho que

El control estatal se justifica, pues, por la necesidad de la confianza pública en la institución, la protección del público contra la incompetencia y la deshonestidad, y la necesidad de restablecer el equilibrio jurídico de las partes en un contrato de condiciones generales uniformes, en el cual la contraparte muchas veces ignora el alcance de las cláusulas que acepta.

Los aseguradores acumulan grandes masas del ahorro nacional, cuya inversión y garantía debe ser vigilada por el Estado. La ignorancia de la masa de los asegurados y las dificultades de la vigilancia por los particulares, impone ese control. Piénsese en la enorme repercusión económico-social de la liquidación de un asegurador, no solo por los capitales comprometidos en el desastre, sino porque, aplicado lealmente, el seguro es un notable elemento de tranquilidad social, por cuanto reparte el daño entre muchos y lo reduce prácticamente a cero (en los grandes números).

El Estado no puede limitarse a vigilar la inversión de las reservas y la marcha económica de la empresa; debe controlar los contratos proyectados, porque el gran número de asegurados no está en condiciones de apreciar y discutir sus cláusulas, las tarifas, etc., y evitar que se le impongan condiciones excesivas, o primas desproporcionadas (Halperín, 1986:136-7).

La Corte ha sostenido que el sistema de control que el Estado ha confiado a la SSN tiene por objeto primordial la salvaguarda de la fe pública (Fallos: 295:552; 313:929); así como preservar un manejo comercial eficiente de las empresas encargadas de administrar una importante masa de capital, en cuyo desempeño regular existe un interés social comprometido y, además, una actividad decisiva para el desarrollo económico de la comunidad. A fin de resguardar la confianza del público en la actividad aseguradora, el poder de la policía estatal es en esta rama especialmente vigilante<sup>(6)</sup> «toda vez que no es difícil advertir las graves consecuencias que podrían derivarse para el sistema en su conjunto, si esa

---

étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (texto actualizado 2018, 100 Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana).

<sup>(6)</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación – 13/12/1994 – Superintendencia de Seguros de la Nación – 317:1703 – La ley 1997-E, 1028.

confianza inicial que movilizó a los asegurados a contratar sus coberturas quedase defraudada por incumplimientos o engaños»<sup>(6)</sup>.

Por ello, entendemos que, en relación con la responsabilidad de la aseguradora, juega el artículo 1725 CCC en virtud de su objeto exclusivo, experticia técnica, profesionalismo y administración de grandes masas de capitales provenientes de la mutualidad de asegurados. Asimismo, en tanto ha sido concebida para la asunción y gestión de riesgos y sus decisiones se fundan sobre bases estadísticas y actuariales, tiene un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y por ello se le exige una mayor diligencia y previsibilidad de las consecuencias.

A la vez, existe una confianza especial por parte de los tomadores/asegurados, damnificados y beneficiarios de la sociedad en su conjunto y del Estado mismo, respecto de que esa administración de capitales, gestión del riesgo y sustitución total o parcial de los efectos económicos negativos del siniestro sea llevado adelante de manera eficiente y conforme las pautas legales y contractuales vigentes.

Su conducta en el cumplimiento de las obligaciones asumidas se debe analizar en función de estas condiciones especiales de la aseguradora (única habilitada para operar en los negocios/contratos de seguro) y, sobre la base de esto, se debe «estimar el grado de responsabilidad» de la empresa de seguros en el caso concreto.

Ello se contextualiza con otras normas del CCC, que directa o indirectamente se deben considerar a los fines de merituar los efectos del cumplimiento/ incumplimiento/ responsabilidad de la aseguradora. Así, en el contrato de seguro debe protegerse la confianza que los tomadores/ asegurados/ adherentes/ consumidores han depositado en la empresa de seguros (1067 CCC); realizando en caso de ambigüedades una interpretación contra la predisponente (987 CCC) amplia, no restrictiva (art. 1062 CCC); y, en los seguros de consumo, adoptando la interpretación menos gravosa para el consumidor (1095 CCC).

## 5. Contratos discrecionales y de consumo

El CCC establece dos categorías contractuales centrales: el contrato paritario o discrecional y el contrato de consumo. El seguro se puede encuadrar en cualquiera de ellos. De hecho, la empresa de seguros puede tener como contraparte a otra empresa, al Estado, a una persona particular no organizada como empresa, un consumidor o una persona en condiciones de vulnerabilidad.

Cuando la contraparte (tomador/asegurado) califica como consumidor según las normas específicas establecidas en los artículos 1092 y siguientes del CCC y 1 de la ley 24240; el seguro será considerado como de consumo y aplicables estas reglas especiales.

De lo contrario, cuando la empresa de seguros (proveedora de bienes o servicios) no tiene como contraparte a una persona calificada como consumidora, las normas del contrato de consumo y la ley 24240 no son aplicables y rigen las reglas de los contratos discrecionales.

La controversia doctrinaria y jurisprudencial, en relación con la posibilidad de concebir al contrato de seguro como de consumo, se había intensificado como consecuencia del

---

<sup>(6)</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación – 18/09/1990 – Reaseguradora Argentina S.A. c. Estado Nacional – 313:928 – La Ley Online – AR/JUR/2491/1990.

precedente «Buffoni» de la CSJN<sup>(7)</sup>. El CCC ha puesto fin a toda discusión, al plantear las dos categorías contractuales centrales y habilitando la posibilidad de que cualquier contrato pueda calificar como discrecional o de consumo, según se den las notas típicas establecidas expresamente (art. 1093 CCC), incluido el de seguro.

Así, se ha expresado que

En ese sentido, se debe comenzar por reconocer que el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar el servicio como la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa. En consecuencia, resulta aplicable al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulten pertinentes, las disposiciones de la ley de protección al consumidor (Compiani, 2014-F-662).

## 6. Orden de prelación de normas

Esta cuestión es central en la relación entre el CCC y la ley especial de contrato de seguro. El artículo 963 CCC establece el respectivo orden de prelación de normas aplicables en materia contractual. El primer rango lo ocupan las denominadas normas «indisponibles». Estas normas son calificadas de esa manera por el artículo 962 del CCC, cuando de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

En esta categoría se ubican las normas consideradas como «inmodificables» por el artículo 158 LS, es decir, las que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inalterables.

En el mismo nivel se encuentran las establecidas como de «orden público» de la ley 24240 (cuando estemos en presencia de un contrato de seguro de consumo), en virtud de la categorización que en tal sentido realiza el artículo 65 de esa ley y contemplando la integración normativa que establece el artículo 3 de la LDC (por lo que se habilita el ingreso y consideración de la ley 27442 y el decreto 274/19, en tanto normas que regulan la defensa de la competencia y la lealtad comercial).

Entendemos que los preceptos referidos están en un mismo rango de prelación y, si surge algún conflicto entre estas normas (indisponibles, inmodificables, de orden público), se deberán aplicar otros principios. Tal es el que trae el artículo 1094 del CCC en materia de seguros de consumo, al establecer que «En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales prevalece la más favorable al consumidor».

En el segundo nivel del orden de prelación se encuentran las normas particulares del contrato, es decir, las que derivan de la autonomía material de las partes.

La tercera jerarquía la ocupan las normas supletorias de la ley especial, esto es, las de la ley 17418, siguiendo las reglas de aplicación que trae la propia ley en su artículo 158. Por último, se ubican las normas supletorias de este Código.

Si estamos en presencia de un contrato discrecional, el orden de prelación prescindirá de la normativa del derecho de consumo, sea la contenida en el Código o en la ley 24240, quedando en primer lugar las normas indisponibles de la ley especial (17418) y del CCC. En segundo lugar, las que surjan de la autonomía de la voluntad de las partes; en tercer término, las supletorias de la ley 17418 y, por último, las supletorias del CCC.

---

<sup>(7)</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación – 08/04/2014 – Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios – La Ley 29/04/2014, 3.

## 7. Integración del contrato de seguro

El artículo 964 del CCC trae una solución normativa que ha sido valorada por la doctrina especializada en seguros y refiere a la integración del contrato.

En particular debe considerarse que en el contrato de seguro, al ser un típico contrato de adhesión, puede darse la situación de que el Juez se vea obligado a integrar el contrato cuando ha declarado la nulidad parcial del mismo y no puede subsistir sin comprometer su finalidad (989 CCC), o bien, que estemos en presencia de un contrato de seguro de consumo y que se declare a una cláusula como abusiva (y, por ende, no convenida y nula) y se deba integrar el contrato porque se encuentra comprometida su subsistencia (1122 CCC).

En estos supuestos aplica el artículo 964 CCC, en especial el inciso a), que habilita a aplicar las normas indisponibles en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. Si no se encuentra solución en las normas indisponibles, el Juez puede recurrir a las normas supletorias y aún a los usos y costumbres del lugar de celebración.

Efectivamente, el Código legisla (por primera vez en el derecho argentino) sobre integración del contrato y prelación normativa, que —en lo que aquí interesa— implican pautas sobre la jerarquía entre la póliza de seguro y las normas.

Y ello es necesario porque la póliza puede adolecer de dos tipos de insuficiencias: A) Lagunas, o sea cuestiones de la vida del seguro a las cuales no se refiere la póliza; B) Incompatibilidades entre contenidos de la póliza y normas legales aplicables al seguro.

Esto lo resuelve el CCCN, en sus arts. 963 y 964, señalando que las normas indisponibles del ordenamiento jurídico, sean del mismo Código o leyes especiales, son las que, en primer lugar, alimentan el contenido del contrato. En segundo lugar, los contenidos creados por las partes (o sea la póliza, en el seguro). En tercer lugar, las normas supletorias (de leyes especiales y del Código). Y cuarto, los usos y prácticas.

Cabe añadir que (cuando el seguro es contrato de consumo), también integran su contenido las precisiones formuladas a través de la información y publicidad comercial, conf. art. 8 de la ley 24240 de defensa del consumidor (Stiglitz, 2015).

## 8. Celebración por adhesión en el seguro

El reconocimiento y regulación que realiza el CCC de los contratos celebrados por adhesión (artículos 984 y siguientes) son de directa aplicación al ámbito del seguro; ya que —conforme lo dispuesto en la ley 17418 y, especialmente, en la ley 20091 y en el Reglamento General de la actividad aseguradora— en la gran mayoría de los casos involucran contenidos contractuales conformados por cláusulas generales o particulares predispuestas por una de las partes (la aseguradora) o por un tercero (la Superintendencia de Seguros de la Nación), sin que el tomador/asegurado (adherente) haya participado en su redacción.

El artículo 23 de la ley 20091 establece que los planes de seguros, así como sus elementos técnicos y «contractuales» deben ser aprobados por la autoridad de control antes de su aplicación; de manera tal que la empresa de seguros los presenta y la SSN los analiza a través de sus dependencias técnicas y los aprueba.

Estos planes deben contener, entre otras cuestiones y elementos, el texto de la propuesta de seguro y el de la póliza (art. 24, inciso a) ley 20091).

El texto de las pólizas deberá ajustarse a los artículos 11 segunda parte y 158 de la ley 17418 y acompañarse de opinión letrada autorizada (art. 25 primera parte de la ley 20091).

El artículo 11 segunda parte de la LS establece que el asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes, el interés o la persona asegurada, los riesgos asumidos, el momento desde el cual estos se asumen y el plazo, la prima o cotización, la suma asegurada y las «condiciones generales del contrato». Podrán incluirse en la póliza «condiciones particulares».

El artículo 158 LS establece los rangos de normas inmodificables (total o parcialmente) y expresa que «Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales».

En este aspecto es muy importante lo establecido en el RGA, ya que la aseguradora puede utilizar únicamente los planes y elementos técnicos contractuales que hayan sido autorizados (sea por aprobaciones de carácter particular, conforme el sistema de pautas mínimas, por adhesión a aprobaciones de carácter particular o por aprobaciones de carácter general).

El RGA aclara que los elementos técnico-contractuales deben ajustarse a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, considerando las leyes 17418, 20091 y demás legislación general aplicable, normas concordantes, modificatorias y reglamentarias.

En la presentación que realiza la entidad aseguradora, se deberá acompañar documentación en relación con este punto, consistente en opinión letrada de la cual surja que las condiciones contractuales del seguro propuesto se ajustan a las disposiciones de las leyes vigentes en materia de seguros. Por su parte, los elementos técnicos contractuales de carácter particular solamente pueden ser autorizados por las aseguradoras previa aprobación de la SSN.

Las ES pueden presentar o requerir adiciones o modificaciones a los planes, cláusulas y elementos técnico contractuales aprobados con carácter general elaborados directamente por la SSN. Luego, existen disposiciones especiales para los grandes riesgos y microseguros. Cualquiera sea el procedimiento que se adopte para conformar el contenido del contrato, siempre será predispuesto y ajeno a la participación del adherente.

Generalmente, la póliza en su frente posee la siguiente cláusula: «se conviene en celebrar el presente contrato de seguro sujeto a las condiciones generales y particulares anexas a esta póliza que forman parte integrante de la misma». De esa manera, habilita el texto del clausulado general y particular que sigue a continuación de la primera hoja de la póliza.

Todas las normas que el CCC establece en relación con los contratos celebrados por adhesión cobran vital importancia en materia de seguros.

Así, la regla de que las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, con una redacción clara, completa y fácilmente legible, resulta de plena y necesaria aplicación, obligando a un mayor esfuerzo por parte de la aseguradora y aún de la SSN, en virtud de que estamos en presencia de un contrato con un alto y complejo contenido técnico, extenso y que, aún para las personas formadas en derecho, resulta de complicada lectura y comprensión cabal de su sentido y alcance.

Debe considerarse que se tienen por no convenidas las cláusulas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no facilitan a la contraparte del predisponente (tomador/asegurado), previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y que suelen utilizarse en las pólizas usuales. El artículo 985 CCC extiende adecuadamente en su parte final sus pautas a la contratación telefónica, electrónica o similar que se ha generalizado en materia de seguros y fundamentalmente a través y en virtud de los nuevos canales de comercialización autorizados.

El cs admite cláusulas generales y particulares y, por ende, la regla de preeminencia (en caso de contradicción) de las últimas resulta de suma utilidad en esta disciplina (986 CCC). La interpretación contra la predisponente (sea la parte o un tercero, es decir, la aseguradora o la SSN) en materia de cs cobra una relevancia sustancial al momento de dirimir los diversos conflictos que se suelen plantear (art. 987 CCC).

El catálogo de cláusulas abusivas, sin las limitantes que se establecen para los contratos de consumo, son de aplicación al cs. En particular, aquellas que importen restricción a los derechos del adherente, como pueden serlo las exclusiones de cobertura (sin perjuicio de la diversidad de opiniones doctrinarias existentes en relación con la procedencia del planteo) y también las que resultan sorpresivas, como bien lo ha destacado importante jurisprudencia (988 CCC).

El principio de que la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial (989 CCC) es relevante en materia de contrato de seguro, donde los elementos técnico-contractuales que hacen al contenido del contrato y que se reflejan en el clausulado del mismo, son sometidos a la aprobación de la SSN.

La misma norma abre las puertas de la integración del contrato cuando la declaración parcial de su nulidad compromete la subsistencia del mismo (989 y 964 CCC). Así, la regulación por el CCC de los contratos celebrados por adhesión ha venido a cubrir una necesidad relevante de la contratación en materia de seguros.

## 9. Los terceros y el contrato de seguro

Los artículos 1021 y 1022 CCC establecen las reglas generales en virtud de las cuales el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes y no respecto de terceros, salvo en los casos expresamente previstos por la ley y en tanto no surjan obligaciones a cargo de los terceros ni estos tengan derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que estas no han convenido, excepto disposición legal que lo habilite. Así, tienen incidencia directa en situaciones o institutos propios del seguro, como el límite de la suma asegurada y la franquicia, entre otros, en relación con los terceros damnificados y los derechos que le otorga a estos el art. 118 y normas concordantes de la ley de seguros.

Sin perjuicio del debate que se ha generado en relación con ambas cuestiones, la CSJN ha sentado su actual criterio en diversos precedentes, sea en referencia a la oponibilidad de la franquicia, como al límite de cobertura.

Así, en la ampliación de fundamentos del Dr. Lorenzetti respecto de los fallos «Nieto», «Villarreal», «Gauna» y, especialmente, en «Cuello», se señaló sobre la base de estos principios y los artículos 109 y 118 LS, que la franquicia es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación<sup>(6)</sup>.

En relación con el límite de cobertura, en el precedente «Flores» se sostuvo en virtud de los artículos 957, 959, 1021, 1022 del CCC y 118 de la LS, que la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización «más allá de las limitaciones

---

<sup>(6)</sup> CSJN, 07/08/2007, «Cuello, Patricia D. C/ Lucena, Pedro A.»; voto Dr. Lorenzetti, LL 2007-E-402.



cuantitativas establecidas en el contrato» carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil<sup>(9)</sup>.

No debe perderse de vista que el debate sigue vigente y debe analizarse lo resuelto por diversos Tribunales, sentando posturas que pretenden ser superadoras de los criterios del máximo tribunal, en pos de lograr alternativas diversas, ya sea en materia de franquicia<sup>(10)</sup> como del límite de la suma asegurada (obligación de valor para la reparación del daño, cuantificada a la época de la sentencia; consideración del límite de la suma asegurada al monto que la SSN ha autorizado al momento en que se cuantifica el resarcimiento y no a la fecha del hecho). De esa manera, se busca obtener no solo un justo equilibrio entre los principios jurídicos y técnicos que gobiernan el seguro y el derecho a una reparación integral en virtud de la RC, sino también una respuesta adecuada y razonable del sistema de seguros<sup>(11)</sup>.

En este ámbito referido a los terceros y el contrato de seguros, es de importancia la articulación procesal de la acción de reclamación de los damnificados, que se encuentra regulada en el artículo 118 de la LS y que, a través de los artículos 850 y siguientes del CCC, recibe contención normativa sustancial, a través de la regulación de las obligaciones concurrentes y sus efectos.

Ello sin perjuicio de la necesaria adecuación entre ambos esquemas, donde en supuestos de colisión ha de prevalecer la norma especial que resulta inmodificable por su letra («tiene privilegio», «será ejecutable»), conforme prelación establecida en el 963 del CCC.

También resulta de importancia la regulación de la estipulación contractual a favor de terceros (artículos 1027 y siguientes del CCC), en relación con el beneficiario en el seguro de vida (art. 143 LS). Esto se corresponde con la articulación entre ambos sistemas normativos, de la que surgen algunas diferencias en torno a las soluciones que contemplan las que, según entendemos, deben resolverse en este caso a favor de la ley especial, por ejemplo, en lo relacionado con la revocación del beneficiario.

## 10. Contratos conexos

La conexidad contractual, regulada en el Código en los artículos 1073/4/5 CCC, ha sido invocada para analizar el tratamiento del contrato de seguro vinculado a planes de ahorro y de prenda con registro (entre otros supuestos) y, a la vez, la posibilidad de vincularlo con la situación jurídica abusiva contemplada en el artículo 1120 del CCC (cuando el

<sup>(9)</sup> CSJ 678/2013 (49-F)/CS1 «Flores, Lorena Romina C/ Giménez, Marcelino Osvaldo y Otro S/ Daños y Perjuicios» (acc. Tran. c/ les. o muerte); 06/06/2017.

<sup>(10)</sup> CSJN – 20/10/2009 – Ortega, Diego Nicolás c. Transporte Metropolitano General Roca S.A. – 332:2418; CSJN – 20/10/2009 – Berdichevsky, Eva Clara c. Transportes Metropolitanos San Martín S.A. – RCyS 2009-XI, 115; CSJN • 12/06/2018 – Díaz, Graciela L. c. Evangelista, Jorge D. Pascual y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) – La Ley 27/06/2018, 5 CNA Civ., sala M – 13/05/2020 – Fortes Gómez, Julio c. La Nueva Metropól SATACI y otros daños y perjuicios – La Ley Online – AR/JUR/17347/2020.

<sup>(11)</sup> Ver CNACom, en pleno 29/11/1978: «Mussa de Gómez de la vega, María H. v. La Defensa Cía de Seguros» LL On Line 60000661; CNCiv Sala I, 19/09/2017 «Papagno, Mariela S. C/ Lado, Daniel y Otros S/ Daños y Perjuicios» RCyS 2017-XI-241; SCBA 21/02/2018 «Martínez, Emir C/ Boito, Alfredo Alberto S/ Daños y Perjuicios» JUBA; CNCiv, Sala I, 31/07/2020; «Luján, Amalia C/ Abate, Fabián S/ Daños y Perjuicios»; página web AIDA.

resultado abusivo se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos).

En este sentido, se ha dicho que

La situación jurídica configurada en autos, o con más precisión la conexidad contractual verificada a partir del entrelazamiento de una red de contratos (de tres contratos: de suscripción de ahorro previo, de seguro y de prenda con registro) está ahora expresamente prevista en el régimen del nuevo Cód. Civil y Comercial que proscribe el ejercicio abusivo de los derechos en supuestos de cautividad del consumidor, confiriendo nuevas herramientas (algunas de las cuales venía aplicando la doctrina y jurisprudencia) para interpretar y resolver las cuestiones que se susciten, no solo para dismantelar los efectos de la abusividad sino otorgando al juez facultades para hacer cesar esas consecuencias abusivas de la situación jurídica, previendo no solo la tutela resarcitoria del crédito sino también la preventiva<sup>12)</sup>.

Otra cuestión a evaluar es la referida a la conexidad existente entre el contrato de seguro y el de reaseguro. En este aspecto, cabe indagar si resulta posible aplicar la normativa de los contratos conexos a esta situación. Estos contratos se encuentran vinculados por una finalidad económica común previamente establecida, siendo este último (reaseguro) determinante del primero (seguro) para su viabilidad técnica, económica y jurídica.

La cuestión puede tener cabida teórica, pero enfrenta un valladar normativo expreso que es el artículo 160 de la ley 17418, que tiene naturaleza y formulación de norma indisponible y establece que «el asegurado carece de acción contra el reasegurador. En caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador, el conjunto de los asegurados gozará de privilegio especial sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador».

En tanto la situación planteada está regulada expresamente por una norma inmodificable, cualquier aplicación de las reglas de la conexidad contractual deberá realizarse respetando el principio legal específico.

Sin perjuicio de ello, es una temática de gran trascendencia frente a las liquidaciones de los aseguradores y la preservación de los derechos de los asegurados, damnificados, beneficiarios y, por ende, su análisis más profundo se impone.

## 11. El seguro de consumo

El artículo 1093 define al contrato de consumo como aquel celebrado entre un consumidor o usuario final (tomador/asegurado, en principio) con una persona humana o jurídica —que actúe profesional u ocasionalmente— o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada (la aseguradora), que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios (el derecho a la cobertura del siniestro, reflejada en dinero y según el caso, otras prestaciones) por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

La primera de las cuestiones es que el tomador/asegurado (según sea el seguro por cuenta propia o ajena) pueda calificar como consumidor. Ciertamente es que la norma refiere

---

<sup>12)</sup> CCC Azul, Sala II, «Plan Rombo SA de ahorro para fines determinados C/ Sucesores de V.G., C.R.E. S/ Ejecución Prendaria» RCyS 2017-X-172.

a quién ha «celebrado» el contrato, que es el tomador, con la presunción del art. 21 LS de que en caso de duda ha sido celebrado por cuenta propia. Sin perjuicio de ello, en doctrina y jurisprudencia se ha planteado la posibilidad de que el tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil y el beneficiario en el seguro de vida pueden quedar comprendidos en la figura del consumidor equiparado contemplado en la segunda parte del artículo 1092 CCC.

La aseguradora encuadra en la noción de persona jurídica que actúa profesionalmente o también en la calificación de empresa productora de bienes o prestadora de servicios (ley 20091 y art. 320 del CCC). El objeto (adquisición, uso o goce de bienes o servicios) ha planteado dudas sobre si los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria que constituyen el núcleo del contenido contractual nos ubican en el ámbito de los bienes o en la prestación de un servicio.

La empresa de seguros comercializa un producto que jurídicamente puede ser encuadrado en la calificación de bienes, en tanto derecho a la cobertura, susceptible de apreciación pecuniaria (el daño efectivamente sufrido o la prestación dineraria convenida, dentro de los límites de la suma asegurada) y por el cual se paga un precio o prima.

Son bienes los objetos inmateriales y materiales susceptibles de valor y cosas los objetos materiales susceptibles de valor. De ello se desprende que la palabra bien tiene dos acepciones, una amplia donde bienes es igual a cosas más objetos inmateriales susceptibles de valor, que comprende a los derechos, y otra restringida que hace referencia a los objetos inmateriales susceptibles de valor, ello es, los derechos patrimoniales (Lorenzetti, 2014:744).

Ello sin perjuicio de que la doctrina especializada ha calificado al seguro como «servicio».

Establecida la posibilidad de que el contrato de seguro pueda ser calificado como de consumo, se tornan aplicables las normas de los artículos 1092 y siguientes del CCC; las leyes 24240, 27442, el decreto 274/19; y, por supuesto, la norma constitucional del art. 42 CN. Aplican al seguro de consumo lo reglado respecto de las prácticas abusivas; trato digno, equitativo y no discriminatorio, el principio de libertad de contratación; lo referido al deber de información en toda su extensión; las normas referidas a la publicidad y la integración de ésta al contenido del contrato; la aplicabilidad de las reglas a los contratos celebrados fuera del establecimiento, a distancia, realizados por medios electrónicos, lo normado respecto del derecho de revocación y lo establecido en materia de cláusulas abusivas.

En lo referido a las cláusulas abusivas, se adoptan las pautas establecidas para los contratos celebrados por adhesión; se determina la posibilidad de considerar abusiva aún a la cláusula negociada individualmente o aprobada expresamente por el consumidor. Así, cobra vital importancia el concepto general que se formula en el artículo 1119 CCC y la definición de situación jurídica abusiva del artículo 1120 CCC.

De manera tal que, a los efectos de considerar la calidad de abusiva de una cláusula en los seguros de consumo, disponemos de las reglas establecidas en los artículos 988 y 989 del CCC, en relación con los contratos celebrados por adhesión; 1117 a 1122 del CC y 37 y concordantes de la ley 24240.

La posibilidad de considerar abusiva a las cláusulas de exclusiones de cobertura ha sido rechazada por una parte de la doctrina, sosteniendo que se trata de expresas delimitaciones del riesgo que integran el objeto del contrato de seguro y, por ende, no pueden

desnaturalizarlo o importar renuncia o restricción de derechos que no se tienen, por haber sido colocados fuera de la cobertura por las partes<sup>(13)</sup>.

En diferente postura se ubica el fallo donde el actor (asegurado/consumidor) desconocía la póliza y tampoco tenía conocimiento de la exclusión de cobertura (incumplimiento del deber de información). La cláusula resulta sorpresiva por el lugar en que se encontraba ubicada en el documento (póliza), siendo el riesgo excluido irrazonable y desproporcionado en la medida en que lo asegurado no cumplió con la carga argumentativa de fundar la razonabilidad de una cláusula sospechosa de abusividad.

La póliza, al equiparar el riesgo excluido derivado de la circulación, en motocicletas a los supuestos mencionados anteriormente (picadura de insectos, sismos, inundaciones, etc.) resulta irrazonable y abusiva (además de sorpresiva y engañosa para el asegurado), no guarda relación de proporcionalidad, ni es compatible con la naturaleza de la cobertura involucrada. No se entiende cuál es el fundamento lógico que explicaría que si el accidente es protagonizado a bordo de un automóvil, micro, combi, ferrocarril u otro medio de transporte está cubierto, y —en cambio— no procede si el agente penitenciario se desplaza en moto. Hoy en día se trata de un medio de transporte muy difundido, de más fácil acceso en el mercado que un automotor por su menor costo, por lo que si la causa de la exclusión radica en la mayor vulnerabilidad que podría resultar para el conductor de una motocicleta, la demandada tendría que haberlo invocado clara e indubitadamente al defenderse del ataque de abusividad de la cláusula formulado en la demanda<sup>(14)</sup>.

Otra de las cuestiones que divide a la doctrina es la referida al límite establecido en el artículo 1121 inciso a) del CCC, por el cual no se puede declarar abusiva a las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado, y se expone que las exclusiones de cobertura encuadrarían en esa noción legal.

Debe señalarse que este límite expreso solo se encuentra contemplado en el CCC y respecto de los contratos de consumo, ya que, en lo relacionado con los contratos celebrados por adhesión, el mismo no se encuentra establecido.

Tampoco se encuentra consagrado límite alguno en el artículo 37 de la ley 24240, por lo que, si esta norma resulta aplicable, desplazando al artículo 1121 del CCC, no tendría efecto alguno la regla limitativa en cuestión.

En los fundamentos de la norma solo se expresa que «se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado...lo cual es coherente con normas de derecho comparado». Así, no se aclara a qué normas de derecho comparado se está refiriendo.

En comentarios de doctrina a la citada norma se hace referencia a la Directiva 93/13/CEE, la que establece en su artículo 4.2, que

---

<sup>(13)</sup> Facal, Carlos (2018). «¿Puede declararse abusiva una cláusula de un contrato de seguros que delimita el riesgo asumido?» LL 28/06/2018,6; con cita de Stiglitz, Rubén (2016). «Derecho de Seguros». La Ley.

<sup>(14)</sup> CCC Azul, Sala II, 19/12/2017; «Torres, Luis Ángel C/ Caja de Seguros SA S/ Cumplimiento de contratos civiles y comerciales» RCyS 2018-V-219, con cita de Stiglitz, Rubén S. «Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Cód. Civil y Comercial de la Nación», Contratos. Parte General, Tomo I, Rubén S. Stiglitz (Dir.), La Ley 2015, p. 13.

La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

En la compilación sobre directrices para la interpretación de esta «Directiva», y a partir de las consultas y fallos del Tribunal Europeo, se ha señalado que esta regla aplicará siempre que las cláusulas estén redactadas en lenguaje claro y comprensible o, en otras palabras, si dichas cláusulas cumplen con los requisitos de transparencia de la propia Directiva. Asimismo, se expresa que esta disposición debe interpretarse restrictivamente, al tratarse de una excepción a los principios generales.

El Tribunal ha declarado que las cláusulas contractuales que definen el “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE debe entenderse como aquellas que establecen obligaciones esenciales del contrato y como tales lo caracterizan. Por el contrario, las cláusulas que son simplemente accesorias no forman parte del concepto de “objeto principal del contrato”. Para determinar si una cláusula se inscribe en el concepto de “objeto principal del contrato” deben considerarse la naturaleza, la estructura general y las disposiciones del contrato y su contexto jurídico y fáctico.

En relación con la transparencia, se sostiene que

A este respecto, el tribunal también utiliza el término «requisito de transparencia sustantiva». Según el Tribunal, la transparencia requiere que las cláusulas contractuales sean más que inteligibles formal y gramaticalmente e implica que los consumidores deban poder evaluar las consecuencias económicas de una cláusula o un contrato.<sup>(15)</sup>

Claro está, que esta limitante (art. 1121 inc. a. CCC) no se encuentra establecida en la ley 24240, ya que el artículo 37 de dicha norma directamente no lo contempla y, luego de la enumeración de las cláusulas que se tendrán por no convenidas, establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se atenderá a la que sea menos gravosa.

Por ello, cobran vital importancia los artículos 963 CCC (orden de prelación de normas) en relación con los arts. 1094 y 1095 del CCC, que respectivamente establecen que «en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor» y que «el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa».

De manera tal que el artículo 37 ley 24240, conjugado con los artículos 963, 1094 y 1095 del CCC, prima sobre la limitante del artículo 1121, inciso a).

---

<sup>(15)</sup> Conforme lo expuesto por la comunicación de la Comisión «Directrices sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores», 2019/C 323/04). Diario Oficial de la Unión Europea.

Por ello, y sin dejar de señalar las discrepancias que existen en la materia, se debe precisar que a los efectos de no ser pasibles de ser consideradas abusivas, las exclusiones de cobertura (en los seguros de consumo) deben cumplir con diversos requisitos: a) que puedan considerarse encuadradas como «cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado»; b) que constituyan el «objeto principal del contrato» u «obligación esencial del mismo»; c) que cumplan con el requisito de transparencia formal y sustancial; d) que no desnaturalicen las obligaciones de la aseguradora, limiten su responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; o que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Queda comprendida en la normativa del contrato de consumo del CCC el supuesto en que la aseguradora viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, en cuyo caso, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Se reitera en el artículo 1122 CCC que el control judicial se puede realizar sin perjuicio de la aprobación administrativa de las cláusulas, en este caso, por parte de la SSN.

También debe considerarse que, siendo un seguro de consumo, se tornan aplicables las reglas especiales de procedimiento de la ley 24240 (procedimiento más abreviado; deber del proveedor de aportar toda la prueba que se encuentre en su poder; justicia gratuita; acciones colectivas y particularmente la aplicabilidad del daño punitivo del art. 52 bis de la ley 24240).

## 12. Prescripción

El CCC ha dividido el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de la responsabilidad por daños derivados de su incumplimiento (1082, 1716 CCC siguientes y concordantes). El plazo de la prescripción liberatoria será de cinco años para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato (art. 2560 CCC) y de tres años para reclamar la responsabilidad por daños derivada de ese incumplimiento (art. 2561 CCC), reglas aplicables tanto para los contratos discrecionales como de consumo.

Sin embargo, debe advertirse que el artículo 2532 CCC establece que estas reglas (las del Código) serán aplicables en caso de ausencia de disposiciones específicas.

La LCS contiene una norma particular que establece un plazo de prescripción de un año (art. 58) para las acciones fundadas en el contrato de seguro, desde que la obligación es exigible. La norma transcrita no distingue entre las acciones de cumplimiento de las de daños, sistema que ha sido alterado estructuralmente por el CCC.

Esta norma que data de 1967 no contemplaba el contrato de seguro de consumo, por lo que puede interpretarse que para este contrato —en virtud de lo reglado por los artículos 963 y 1094 del CCC y a los fines de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo— se aplique el plazo de 5 años establecido en el art. 2560 CCC. Los daños derivados del incumplimiento contractual (1716 CCC) tienen un plazo de prescripción de tres años, cualquiera sea la clase de contrato de que se trate, ya que el CCC ha cambiado de sistema

al diferenciar la acción de cumplimiento de la de reclamación de daños. La interpretación expuesta, no resulta pacífica en doctrina y jurisprudencia.

La reclamación del daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la ley 24240, prescribe en el plazo de tres años (art. 50) por tratarse de una sanción (multa civil) específicamente prevista en ese cuerpo legal y por no existir en la regla de prescripción distinción o excepción respecto del daño punitivo.

En lo concerniente a la multa civil prevista en el artículo 64 de la ley 27442 de defensa de la competencia, integrada al supuesto fáctico por el artículo 3 de la ley 24240 y, además, por ser la aseguradora un sujeto pasible de las infracciones, acciones y sanciones establecidas en la ley, el plazo de prescripción no se encuentra claramente expresado. En virtud de que, si la consideramos una sanción derivada de la infracción, el plazo general es de 5 años, pero si la emplazamos dentro de las acciones por daños (capítulo donde se encuentra ubicada la norma que contempla la multa civil) la prescripción podrá ser de tres o dos años según se configure uno u otro supuesto de hecho expresamente previstos en la regla legal (art. 72º).

## Bibliografía

COMPIANI, María Fabiana (2014). *El contrato de seguro en el Código Civil y Comercial*. LL 2014-F-662.

DONATI, Antígono (1960) *Los Seguros Privados*. Librería Bosch.

HALPERÍN, Isaac (2001). *Seguros*. (3ª edición actualizada por Nicolás Barbato). Depalma.

STIGLITZ, Rubén S. (2016). *Derecho de Seguros*. La Ley.

STIGLITZ, Gabriel (2015). *Influencia del Código Civil y Comercial en el seguro contra la responsabilidad civil*. RCyS. 2015-IX-Tapa.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*. Rubinzal Culzoni Editores.

## **Efectos del Código Civil y Comercial en temas societarios vinculados con la ley concursal**

Effects of the Civil and Commercial Code on corporate matters related to bankruptcy law

Javier R. Prono y María Eugenia Basualdo<sup>(1)</sup>

### **Resumen**

En el trabajo se abordan los efectos del Código Civil y Comercial en temas societarios vinculados con la ley concursal. Hemos trabajado con una mirada transversal con la intención de que sea una herramienta didáctica de utilidad para estudiantes.

### **Palabras claves**

Código Civil y Comercial · derecho societario · derecho concursal

### **Abstract**

The work addresses the effects of the Civil and Commercial Code in corporate matters related to bankruptcy law. We have worked with a transversal perspective with the intention of making it a useful didactic tool for students

### **Keywords**

Civil and Commercial Code · corporate law · bankruptcy law

## **1. Introducción**

El ejercicio de la docencia nos ha enseñado la importancia de abordar los temas de manera transversal, tal como se presentan en los casos que los futuros graduados deberán enfrentar, ya sea como abogados en ejercicio de la profesión o como funcionarios judiciales. Elaboramos el presente trabajo desde esta perspectiva, tal como se desarrolla en las clases en conjunto, articulando los contenidos sustanciales y procesales tanto del derecho concursal como del derecho societario y las implicancias del Código Civil y Comercial en ambas leyes especiales. Así, este texto se gestó como una herramienta didáctica para que las/os estudiantes tengan una visión integradora del derecho y, de esta manera, arribar a conclusiones que consideramos de relevancia práctica.

En esta labor se logró amalgamar el trabajo que hemos realizado, con el objeto de desarrollar en forma mancomunada una visión integral del Derecho Societario y del Derecho Concursal.

---

<sup>(1)</sup> Profesores adjuntos ordinarios de Personas Jurídicas Privadas y docentes de Derecho de la Insolvencia y Títulos Valores de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.



Las sociedades y las personas jurídicas privadas en general constituyen hoy el sujeto más importante de los concursos, más aún que el empresario individual o la persona humana. La especial estructura jurídica en particular de las sociedades —reguladas por la ley 19550—, las relaciones internas entre los socios y la conformación de sus órganos, entre otras cuestiones, hace que la ley dedique normas específicas a los procesos concursales de éstas y que también surjan cuestiones de interpretación no reguladas. Es así que abordamos el estudio de las diferentes situaciones que desde ambos cuerpos normativos pueden presentarse frente al concurso preventivo de una sociedad, vinculando normativas aplicables tanto de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) —24522 t.o.—, en parte pertinente al concurso preventivo, como de la ley General de Sociedades (LGS) —19550 t.o.—, tratando algunos institutos de la quiebra.

## 2. Concursalidad (art. 2 LCQ)

Sujetos comprendidos: Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación... No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por leyes 20091, 20321 y 24241, así como las excluidas por leyes especiales

Para analizar el art. 2 de la LCQ que refiere a los sujetos concursables, debemos considerar que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) define a las personas jurídicas en el art. 141 estableciendo que «son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación», mientras que su art. 145 distingue entre personas jurídicas públicas y privadas. No abordaremos aquí la categoría de las personas jurídicas públicas (art. 146 CCCN), pero sí las privadas, enumeradas por el art. 148 de dicho código, que incluye: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Si el sujeto concursable es una sociedad, recurrimos a la Ley General de Sociedades (LGS), ley 19550. Ésta inicia conceptualizado a las sociedades en el art. 1 LGS:

habrá sociedad cuando una o más personas, en forma organizada y de acuerdo a uno de los tipos previstos en la ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción en intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.<sup>(2)</sup>

<sup>(2)</sup> La LGS admite la sociedad anónima unipersonal. La Ley 27349 regula un nuevo tipo societario —la Sociedad por acciones simplificadas— y en el art. 34 se admite que «podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas». La definición del art. 1 LGS conlleva el principio de tipicidad, sin embargo, luego de la reforma del art. 17 y cc LGS admite igualmente a la sociedad atípica, la que queda regida por las disposiciones contenidas en el Capítulo I Sección IV (art. 21 a 26 LGS).

En este régimen legal se caracterizan cada uno de los tipos societarios: sociedad colectiva, comandita simple, capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima unipersonal, sociedad anónima, sociedad comandita en acciones, sociedad con participación estatal mayoritaria. Asimismo, encontramos otros tipos societarios fuera de los enunciados en la LGS, como las Sociedades de Garantía Recíproca (ley 24467) y las Sociedades por Acciones Simplificadas (ley 27349).

Cuando el referido art. 2 alude a «aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación...», incluye Sociedades con Participación Estatal Mayoritaria (LGS capítulo II, Sección VI), Sociedades de Economía Mixta (ley 12962) y Sociedades del Estado (ley 20705).

Entendemos que el CCCN en el art. 149 ha zanjado la discusión doctrinaria de las personas jurídicas con participación del Estado reconociendo expresamente que son personas de derecho privado, sujetas a sus disposiciones, las que deberán adecuar su funcionamiento a lo previsto en el Código y a las leyes especiales.

«No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por leyes 20091, 20321 y 24241, así como las excluidas por leyes especiales». Es preciso aclarar que, en el caso de las Asociaciones Mutuales, conforme con la reforma del art. 37 de la ley 20321, introducida por la ley 25374, quedan comprendidas en el régimen de la LCQ.

- a) Entidades Aseguradoras. ley 20091: no pueden ser sujetos de concurso preventivo. Cuando están en cesaciones de pagos podrán liquidarse judicialmente por un procedimiento especial regulado en la Sección X, art. 50 a 54 de la propia ley que las regula.
- b) Administradores de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. ley 24241: mientras estuvo en vigencia el sistema de capitalización, la ley preveía un régimen especial (arts. 71 a 72) de liquidación de la administradora ante la insolvencia. En la actualidad el régimen de capitalización previsional fue absorbido y reemplazado por un régimen previsional de reparto.
- c) Excluidas por leyes especiales: encontramos las entidades financieras (ley 21526), los bienes fideicomitidos (art. 1687 CCC), entidades insolventes dedicadas a las actividades deportivas (ley 25284) y las personas jurídicas de carácter público (art. 146 CCC).

### 3. Sujetos (art. 5 LCQ)

«Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2, incluidas las de existencia ideal en liquidación».

#### a) Las Sociedades en liquidación

Pueden ser sujeto pasible, como aclara el art. 5 LCQ. Conservan su personalidad a ese efecto, conforme lo prevé el art. 101 LGS. La disolución es un hecho en la existencia societaria que impone el cese de la vida activa como ente destinado a obtener beneficios; pero no implica su desaparición. El proceso comienza con la disolución (las causales las enumera el art. 94 LGS) y concluye cuando finalizan los negocios pendientes y se cancela todo el pasivo. La sociedad no desaparece, ni pierde su personalidad, y el hecho productor de la

disolución no implica colocarla automáticamente en liquidación, sino que determina la posibilidad de que cualquier socio exija la apertura del proceso liquidatorio, conforme lo dice el art. 99 LGS: que los administradores «solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación».

### **b) Sociedades en formación**

Analizando el art. 142 CCCN y la LGS podemos inferir que, al tener personalidad jurídica, pueden adquirir derechos y obligaciones, con patrimonio propio y demás atributos, siendo así sujetos pasibles de concurso.

### **c) Asociaciones bajo forma de sociedad**

El art. 3 de la LGS faculta a que una asociación cualquiera sea su objeto y adopte la forma de sociedad bajo uno de los tipos previstos, quedando sujeta a sus disposiciones. Resulta coherente con el art. 1 LGS, el que no determina que la sociedad deba tener por objeto un lucro o una utilidad apreciable en dinero y, en ese sentido, a juicio de Halperín,

reemplaza con ventaja las expresiones empleadas por el artículo 282 del Cód. de Comercio y del artículo 1648 del Cód. Civil, porque: a) los beneficios no ha menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; pueden ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación de un interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación, etc. (Halperín, 1961:271).

### **d) Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros Supuestos—Sección IV de la LGS**

Antes de la vigencia del CCCN, la ley de sociedades comerciales regulaba una primera categoría de sociedades, que distinguió entre: a) las constituidas regularmente, que reúnen un tipo y cumplen con el requisito de inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7 de la ley 19550 t.o. 1984) y b) aquellas no constituidas regularmente —sociedades de hecho y sociedades irregulares— (arts. 21 a 26 de la ley 19550 t.o. 1984). Consagró asimismo para estas últimas un régimen riguroso de responsabilidad —solidaria, ilimitada y directa (sin beneficio de excusión)—, entre otras restricciones que les impuso por su precariedad.

La reforma modificó sustancialmente la categoría b) que mencionamos, incorporando en la denominada Sección IV «a la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección» (art. 21 LGS).

En cuanto a qué sociedades se encuentran comprendidas bajo este nuevo régimen: la no constituida conforme a un tipo legal, aquella que omitiera algún requisito esencial o que incumpliera con las formalidades exigidas.

Dentro de estas últimas —aquellas que incumplieran con las formalidades exigidas— parecerían encontrarse: i) las sociedades constituidas conforme a uno de los tipos autorizados no inscriptas; ii) la sociedad de hecho, sin importar su objeto, atento a que carece de formalidad instrumental escrita requerida en el art. 4 LGS; iii) las que omitan requisitos esenciales no tipificantes; iv) aquellas sociedades no regularmente constituidas con anterioridad a la sanción, por lo que va de suyo que las mismas también deben incluirse en la Sección IV del Capítulo I LGS. Asimismo, estarían comprendidas aquellas sociedades civiles

que se constituyeron antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, aunque se opina que no estarían actualmente, pues el art. 148 CCCN solo enumera a las sociedades.

Como resultado de la unificación, el objeto de la sociedad puede ser tanto civil como comercial:

la derogación del Código de Comercio, genera por consecuencia que el objeto de las sociedades de la ley 19550 y sus modificatorias pueda ser tanto civil como comercial, pues la producción o intercambio de bienes y servicios, no es característica únicamente de la actividad mercantil. La actividad artesanal, profesional o agropecuaria, son ejemplares de este tipo de actividades no comerciales, que ingresan a la ley general societaria (Bottery y Coste, 2015:8).

#### **e) Régimen de responsabilidad de las Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros Supuestos—Sección IV de la LGS**

La responsabilidad solidaria, ilimitada y sin beneficio de excusión del régimen anterior, para las sociedades no constituidas regularmente —sociedades irregulares y las de hecho—, cambia fundamentalmente. Actualmente, el principio general es de responsabilidad simplemente mancomunada por partes iguales (art. 24 LGS); es decir que, excutidos los bienes sociales (art. 22 y 56 LGS)<sup>(3)</sup>, el pasivo remanente será soportado por cada uno de los socios según su porción viril. Esto es: por parte independiente —y, en este caso, iguales— consideradas de este modo deudas distintas de otras (art. 825 CCCN).

Además, por vía de excepción (art. 24 LGS) se admite que la responsabilidad pueda resultar solidaria con la sociedad o entre ellos (sin beneficio de excusión) o mancomunada con una distinta proporción entre los socios.

### **4. Competencia (Art. 3 LCQ)**

Inc. 3) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte —con las exclusiones previstas en el artículo 2— entiende el juez del lugar del domicilio.

Para ello debemos remitir al concepto de domicilio de la LGS, y su distinción con el de sede. El domicilio social equivale a la jurisdicción en la que se constituye la sociedad, y el art. 11 inc. 2 LGS establece que «si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado...», es decir, que la sede así inscripta será válida para toda notificación que se efectúe a la sociedad.

«Inc. 4) En el caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.»

Estas sociedades fueron reemplazadas por las Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros Supuestos – Sección IV de la LGS. A los fines de interpretar el art. inc. 4 LCQ con la LGS, Ricardo Prono expresa que

---

<sup>(3)</sup> La interpretación sobre la normativa vigente no es unívoca, la doctrina se encuentra dividida.

el precepto concursal citado que, en el caso de estas sociedades, entiende el juez del lugar de la sede, considerando a la sede como el lugar preciso donde el deudor tiene la administración y el gobierno de su actividad. En defecto de la sede, dispone el mismo inc. 4 que entenderá el juez del lugar del establecimiento o explotación principal. La determinación de cuál es el establecimiento principal es siempre una cuestión de hecho, como dijéramos, que ha de comprobarse con los elementos propios de la actividad económica y empresarial que hubiere en cada caso y cuya determinación queda en definitiva liberada al criterio judicial (Prono, 2018: 103).

## 5. Subsistencia y composición de los órganos sociales

Como consecuencia de lo establecido por el art. 15 de la ley concursal, «el concursado conserva la administración de su patrimonio», es decir que la sociedad continúa con su personalidad jurídica y mantiene sus órganos sociales conforme los tipos correspondientes que subsisten sin alterarse por la presentación concursal de la sociedad. Así describimos:

### a) Sociedades por partes de interés (Sociedad Colectiva, Comandita Simple, Capital e Industria)

El administrador, bajo un sistema de administración indistinta o conjunta (art.128 LGS), resuelve la petición del concurso preventivo; la función de gobierno que se desempeña a través de la reunión de Socios (art. 131 LGS) ratifica la presentación.

### b) Sociedades por cuotas (Sociedad de Responsabilidad Limitada)

La gerencia, órgano de administración, resuelve la presentación en concurso preventivo, mientras que la reunión de socios —que es el órgano de gobierno— la ratifica.

### c) Sociedades por Acciones (Sociedad Anónima, Sociedad en Comandita por Acciones, Sociedad con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedad por Acciones Simplificadas)

En la Sociedad Anónima el presidente del Directorio como órgano de representación declara su voluntad al firmar la demanda de petición del concurso preventivo, previa resolución del directorio, órgano que ejerce la administración, mientras que la Asamblea ordinaria ratifica la presentación. El síndico del concurso preventivo de la sociedad, funcionario judicial, no es órgano societario, carece de facultad para convocar a Asamblea o Directorio.

## 6. Reformas estatutarias

Las reformas estatutarias aprobadas al tiempo de la presentación deben ser informadas al Juez, integrando la documentación prevista por el art. 11 LCQ, en su inc. 1 (instrumento constitutivo y modificaciones). Todas aquellas que se resuelvan estando pendiente el trámite del concurso hasta su conclusión pueden ser decididas por la sociedad, que mantiene subsistentes sus órganos, y serán legítimas en tanto no vulneren principios concursales. A continuación, enunciamos algunas reformas que pueden incidir en el proceso concursal:

- a) Las que hacen a la estructura funcional de la sociedad y existencia como una decisión anticipada de disolución.
- b) Las plurales que coadyuven la aceptación de la propuesta y su cumplimiento, como la prórroga del plazo de duración; o que admitan estatutariamente la posibilidad de emitir nuevas clases de acciones.
- c) La escisión, reductora del patrimonio social y la fusión, que también altera el sujeto de derecho.
- d) El cambio de domicilio a distinta jurisdicción, que puede obstaculizar la tramitación del proceso.
- e) El aumento de capital, si coadyuva a la posibilidad de cumplimiento de la propuesta o, en el caso de ser necesario, aumentar el capital y emitir acciones para los acreedores quirografarios, como propuesta del acuerdo.
- f) Otra reforma que debe meritarse especialmente es el cambio fundamental del objeto social que puede ser imprescindible para la continuidad de la actividad.

En principio, estas decisiones que implican reformas estatutarias están dentro del poder decisorio de la persona jurídica, pero se deberá analizar en cada caso qué tipo de reforma se trata y de qué manera influirá en el trámite del concurso.

## 7. Personas jurídicas privadas: representación y ratificación (art. 6 LCQ)

Personas de existencia ideal. Representación y ratificación. Tratándose de personas de existencia ideal, privadas o públicas, lo solicita el representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración.

Dentro de los TREINTA (30) días de la fecha de la presentación, deben acompañar constancia de la resolución de continuar el trámite, adoptada por la asamblea, reunión de socios u órgano de gobierno que corresponda, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios.

No acreditado este requisito, se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento, con los efectos del desistimiento de la petición.

Representante legal: es la persona humana que suscribe la petición, de acuerdo con el régimen de representación que cada tipo societario —regular— según lo establece la LGS, a saber: a) Sociedad Colectiva (art. 127 LGS) – contrato designa administrador/representante; b) Sociedad Comandita Simple (art. 136 LGS) – socio comanditado/tercero; c) Sociedad Capital e Industria (art. 143 LGS) – cualquiera de los socios; d) Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 157 LGS) – gerencia; e) Sociedad Anónima (art. 268 LGS) – presidente del directorio; f) Sociedad Comandita Acciones (art. 318 LGS) – socio comanditado/tercero; g) Sociedad Intervenidas Judicialmente (art. 115 LGS) – el administrador judicial debe solicitar autorización al juez; h) Sociedad en Liquidación (art. 105 LGS) – el liquidador.

Según explica Halperin (1969: 274), los entes sociales tienen para la ley una voluntad propia, distinta de las personas que los integran, expresadas por sus órganos cuyas funciones las cumplen las personas a quienes la ley y el contrato autorizan para manifestar

esa voluntad. Así, el representante legal de la sociedad no es el exponente de un derecho ajeno, sino de un derecho que le pertenece en razón de su oficio.

Cuando hay un órgano plural o colegiado de administración —Directorio— se necesita previamente su decisión, adoptada con los recaudos legales, para que el representante suscriba la demanda de concurso preventivo o de quiebra. El representante debe acompañar, para acreditar la decisión del órgano, con una constancia de la misma.

El administrador judicial debería pedir autorización al juez para la presentación en concurso, pero jurisprudencialmente se le reconocen facultades tanto para la presentación como para oponerse a la misma.

Puede suceder tanto en las Sociedades Colectivas (y las personalistas) como en las Sociedades de Responsabilidad Limitada que la totalidad de los socios formulen la petición de concurso preventivo o el pedido de quiebra, no haciéndolos solamente el o los administradores. En ese caso, se vuelve innecesaria la resolución de continuar el trámite prescripto en la segunda parte del artículo que estamos analizando.

Coincidimos con Reggiardo respecto del caso de las Sociedades de la Sección IV, en la cual el interrogante es quién o quiénes tienen suficiente poder de representación de la sociedad para petitionar por ella la apertura de su concurso preventivo. Conforme al art. 23 LGS, «en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo su contrato...», pero «la oponibilidad relativa que permite esta norma es insuficiente para la oponibilidad universal, de representante legal, que se requiere conforme al art. 6 LCQ» (Reggiardo, 2020:273).

Si la sociedad cuenta con un contrato constitutivo escrito, resulta sencilla su comprobación de representante legal.

Decisión de continuar el trámite. Ratificación. Adopción de la decisión, sistema de mayorías según los tipos sociales: a) Sociedad Colectiva (art. 131 LGS)—reunión de socios: mayoría absoluta; b) Sociedad Comandita Simple (art. 139 LGS)—reunión de socios: mayoría absoluta; c) Sociedad Capital e Industria (art. 143 LGS)—reunión de socios: mayoría absoluta; d) Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 160 LGS)—reunión de socios: mayoría capital presente en la asamblea o participe en el acuerdo, salvo que el contrato exija mayoría superior; e) Sociedad Anónima (art. 243 LGS) – asamblea general ordinaria: la mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número; f) Sociedad Comandita Acciones (art. 316 LGS) – se sujeta a las normas de la SA.

En las sociedades por parte de interés (Colectiva, de Capital e Industria y Comandita Simple) la mayoría absoluta equivale al 50% más uno de los votos. El capital al que se refiere la LGS es el capital social y no el efectivamente presente en la reunión de socios.

En las Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), la mayoría debe representar como mínimo más de la mitad del capital social. Para los casos en los cuales el contrato constitutivo guarde silencio se requiere el voto de las tres cuartas partes del capital social.

Se ha debatido doctrinariamente en el supuesto de sociedades anónimas si la ratificación es de competencia de la Asamblea General Ordinaria o de la Extraordinaria: Héctor Cámara consideraba que correspondería a la Asamblea General Extraordinaria, pero Alegría (1975: 156) y Farina señalaron que es la Asamblea Ordinaria la competente para resolverlo. Concordamos con ello ya que el propio artículo señala: «con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios» (art. 6 LCQ).

Para evaluar la calidad de la decisión se debe tener en cuenta que no es el órgano quien crea las condiciones de gravedad, sino la misma situación patrimonial y económica de la sociedad; lo que la coloca en situación de insolvencia y la presentación que previene la quiebra en su acto de gestión que se corresponde naturalmente con las condiciones societarias preexistentes que la provocaron.

En el caso de las Sociedades de la Sección iv, la voluntad social se expresará mediante la unanimidad de quienes se reconozcan como socios de la sociedad concursada. Reggiardo expresa que «si en la práctica no suscribieron la petición todos los socios, dentro del plazo del artículo 6, los demás socios (que hubieren aceptado ser tales), deberán manifestar su intención de continuar el trámite» (2020:272). Sin embargo, pensamos también que la decisión de ratificación pueda ser tomada por un régimen de mayoría de los socios. Esto es opinable.

Obligación de acreditar el requisito: si el órgano correspondiente desestima la ratificación o no se acredita tal circunstancia dentro del término legal de 30 días a partir de la fecha de presentación, la consecuencia —grave— es el desistimiento del proceso concursal. El término judicial es perentorio, computándose los días hábiles judiciales.

Quintana Ferreyra ha opinado que el acto tiene una gran trascendencia y corresponde por lo tanto ser exigentes en las formas. Así, el representante debe acompañar copia autenticada por escribano público de la reunión del órgano de gobierno, con los aspectos formales para su celebración: orden del día, citación, votación y demás elementos del concurso. La omisión de estos elementos obliga a considerar que no se acreditó el requisito. Entendemos que es muy riguroso el criterio: para cumplir con el requisito legal es suficiente con acompañar el libro correspondiente o copia del acta respectiva. La jurisprudencia, que criticamos, ordenó el desistimiento por no haberse acompañado copias de la ratificación y, además de todos los pasos previos (edictos de convocatoria a la asamblea, del libro de registro de acciones) y con la mera copia del acta, no es suficiente.

Entendemos, como ya hemos argumentado con anterioridad, que los pasos pueden suceder a la inversa cronológicamente: es decir, primero se tiene la decisión del órgano de gobierno, que también autoriza al representante, y luego éste formaliza la petición de concurso preventivo. En este caso no se justifica la ratificación posterior.

## 8. Requisitos del pedido (art. 11 LCQ)

El artículo se refiere a los «requisitos formales» de la petición de concurso preventivo, que se enumeran en sus ocho incisos. Se trata más bien de requisitos sustanciales, que están destinados a convencer al juez de la seriedad objetiva de la solicitud.

Inc. 1) Para los deudores matriculados y las personas de existencia ideal regularmente constituidas, acreditar la inscripción en los registros respectivos. Las últimas acompañarán, además, el instrumento constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones pertinentes.

Para las demás personas jurídicas, acompañar, en su caso los instrumentos constitutivos y sus modificaciones, aun cuando no estuvieran inscriptos.

Este requisito busca la debida identificación del deudor, recaudo que debe estar presente en todo escrito judicial inicial. Entendemos que es oportuno referirnos brevemente a la categoría de «los deudores matriculados». Cuando se sancionó la ley 19551, el Derecho



Comercial se encontraba legislado por el Código de Comercio, con sus múltiples reformas posteriores, incorporaciones y leyes comerciales.

En ese entonces, el Derecho Comercial se encargaba de regular a los sujetos comerciales y su estatuto (contabilidad, publicidad —Registro Público de Comercio—, rendición de cuentas, etc.), y en el art. 33 inc.1 del Código de Comercio se hacía referencia a la obligación de la matriculación del comerciante. Actualmente el CCCN considera a la persona en forma unificada, clasificándola en personas humanas y personas jurídicas, sin diferenciar entre sujetos civiles y comerciales, y estableciendo que la obligación de llevar contabilidad recae sobre los sujetos enmarcados en el art. 320 del mismo.

Con la vigencia de un Código unificado debemos referirnos a las personas jurídicas privadas. La existencia de las mismas se comprueba a través de esta documentación que refiere el art. 11 LCQ. Así, se deberá adjuntar al escrito inicial una copia del contrato constitutivo (y modificaciones). En el caso de no disponer de ellas, se oficiará al Registro Público para suplir la omisión.

Si es una Sociedad de la Sección IV de la LGS, deberá acompañar los instrumentos constitutivos y sus modificatorias, mediante copia certificada por escribano público atento a que ninguna de las mencionadas en el art. 21 LGS se encuentren inscritas en el Registro Público.

De existir modificaciones no inscritas, conforme el art. 12 LGS, son válidas, pero inoponibles a terceros. Sin embargo, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios. Es importante señalar que la falta de inscripción no perjudica la apertura del concurso.

Inc. 4) Acompañar copia de los balances u otros estados contables exigidos al deudor por las disposiciones legales que rijan su actividad, o bien los previstos en sus estatutos o realizados voluntariamente por el concursado, correspondientes a los TRES (3) últimos ejercicios. En su caso, se deben agregar las memorias y los informes del órgano fiscalizador.

Los balances deben estar aprobados por los socios conforme mayorías requeridas por el tipo societario. No se requiere la confección de balance especial, salvo el caso de sociedades controlantes (art. 33 LGS), puesto que la ley societaria requiere de un balance consolidado (art. 62 LGS) y, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso anterior (el 3º), que exige la presentación de un Estado de Situación Patrimonial, ya que dicho documento hace las veces de ese balance especial, actualizado a la fecha de la presentación en concurso preventivo. Las personas jurídicas privadas deben acompañar los estados contables de los tres últimos ejercicios.

Pueden surgir situaciones excepcionales en relación con los estados contables: Farina (1984:83) cita el caso de una sociedad que tiene como fecha de cierre de su ejercicio económico el 31 de diciembre y decide presentarse en concurso el 15 de enero. Como el art. 234 LGS establece un plazo de 4 meses contados desde el cierre para tratar los estados contables, podrá cumplirse con este requisito concursal presentando los tres balances aprobados de los ejercicios anteriores. Así, no resulta exigible el del último ejercicio no aprobado todavía por la Asamblea, por no estar vencido el plazo de 4 meses. En nuestro criterio, sin perjuicio de que este último balance no aprobado aún podrá adjuntarse, agregado a los tres anteriores, de modo de brindar una mejor y más actual información al juzgador.

Para el caso de que exista una causa de impugnación contra los Balances aprobados, la concursada cumplirá con el requisito acompañándolos igualmente, pues la sociedad cuenta con este documento que ha sido aprobado por la Asamblea, no existiendo resolución judicial firme que haga lugar a dicha impugnación.

El recaudo del inc. 4 del art. 11 LCQ es relevante como elemento para la reconstrucción de la evolución patrimonial. El acceso a esta información aumentará las posibilidades de cumplimiento de la eventual propuesta y es demostrativo de la regularidad contable: un claro ejemplo de que se trata de un requisito sustancial del pedido de concurso preventivo.

La doctrina y jurisprudencia exigen que los balances se presenten con sus certificaciones, aun cuando la ley concursal no lo ordene expresamente. Esto es así porque los balances están destinados a brindar al juez, al síndico y a los acreedores, la «historia» del desenvolvimiento de la empresa durante el período abarcado por sus tres balances. Estos documentos, junto al Estado de Situación Patrimonial, entregan la información que falta sobre las actividades y administración de la entidad.

Entendemos que no es imprescindible que se cierre el ejercicio anticipadamente o que la sociedad acelere el proceso de aprobación del balance del último ejercicio para atender al requisito legal (art. 11 LCQ), ya que de igual modo el juez contará con la información anticipada que le proporcionará el peticionante al cumplimentar el inc. 3 del art. 11 LCQ. Y, junto a los tres balances, permitirán al magistrado representarse la evolución empresarial durante un período prudencialmente extenso (Chelita SACI c/concurso preventivo z, 64-J-303- CCC Santa Fe, Sala 1).

«Inc.6) Enumerar precisamente los libros de comercio y los de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado, en cada caso, y ponerlos a disposición del juez, junto con la documentación respectiva.»

El inciso de referencia no solo se refiere a los libros contables —diario, inventario y balance (322 CCCN)— sino también a los libros societarios que ordena el art. 73 LGS: «deberá labrarse en libro especial, con las formalidades de comercio, acta de deliberación de los órganos colegiados...». A modo de ejemplo, una Sociedad Anónima se encuentra obligada a llevar: a) Actas de Directorio; b) Actas de Asamblea; c) Registro de asistencia de Asamblea; d) Registro de acciones; e) Actas de la Comisión Fiscalizadora; f) Actas del Consejo de Vigilancia

Todos los libros obligatorios —contables y societarios— deben ser registrados y cumplirán con los requisitos del art. 323 CCCN: encuadernados, foliados e individualizados por el Registro Público mediante nota datada y firmada.

Las sociedades pueden utilizar medios mecánicos para la contabilización en reemplazo o complemento de los libros del art 61 LGS, salvo el del libro inventario y balances; y para el caso de adoptar contabilidad mecanizada se requiere que el juez deba autorizarlo.

De acuerdo con este inciso, se deben «enumerar» los libros y luego, con la resolución de apertura (art. 14 LCQ), el concursado debe presentarlos en el juzgado para que el/la secretario/a coloque nota datada a continuación del último asiento y proceda a cerrar los espacios en blanco art. 14 inc. 5 LCQ.

La sociedad, con la presentación en concurso preventivo, no cesa en el giro de sus negocios ni en la administración y es por ello que necesitará de estos libros para el registro normal de sus operaciones.

La jurisprudencia ha manifestado que

La finalidad de presentar los libros es conocer la situación patrimonial del deudor, la posibilidad de un acuerdo preventivo, a la vez que impedir modificaciones ulteriores tendientes a alterar el real y verdadero estado de las registraciones contables;

no correspondiendo dar curso a la convocatoria si el peticionante no cumple con la enunciación en cuanto a los libros obligatorios y último folio utilizado,...debiéndose diferenciar entre quienes tienen obligación legal o estatutaria de llevar libros y confeccionar balances y quienes no tienen esa obligación. Los primeros tienen que poner a disposición los libros porque la exigencia de llevarlos es obligación y no ha de posibilitárseles acceder al concurso preventivo si no llevan libros sobre su gestión de comerciantes (CCC Rafaela. *Super Nogal SRL S/Concurso Preventivo*. Zeus 57 R-47).

Y la dispensa absoluta de presentar libros, balances, estados contables solo es admisible para aquellos sujetos que carecen de toda exigencia legal de llevarlos. Podría admitirse que esta documentación no estuviera regularmente confeccionada, e igual abrirse el concurso preventivo; pero no puede permitirse acceder a este cuando el deudor no lleva ninguna clase de documentación contable, ni libros sobre la gestión del comerciante (Juzgado Ira. Instancia de Distrito CC 14 de Rosario, Z 73-R-27).

## 9. Domicilio procesal (art. 12 LCQ)

El concursado y en su caso, los administradores y los socios con responsabilidad ilimitada, deben constituir domicilio procesal en el lugar de tramitación del juicio. De no hacerlo en la primera presentación, se lo tendrá por constituido en los estrados del juzgado, para todos los efectos del concurso.

Esta norma debe leerse de manera relacionada con el inciso 6 del art. 273 LCQ que regula la subsistencia y los efectos del domicilio procesal constituido.

Para el caso de una sociedad concursada, entendemos que es un trámite personal de los socios con responsabilidad ilimitada que no puede ser cumplido en su nombre por el representante legal de la sociedad, quien usualmente al firmar la demanda concursal no tendrá la representación personal de aquellos.

La concursada, los administradores y los socios no están obligados a unificar los domicilios procesales. Como la norma se refiere a todos los administradores de la sociedad, aplicaremos en cada caso las normas reguladoras de cada tipo social referente al órgano de administración.

Parte de la doctrina entiende que la totalidad de los directores titulares y los suplentes deben hacerlo<sup>(4)</sup>. Los directores suplentes no están en ejercicio de sus funciones y no son administradores de la sociedad. La norma del art. 12 LCQ solo se refiere a quienes están administrando la sociedad al solicitar el concurso. No comprende a los directores anteriores ni posteriores durante el trámite del juicio, ni a los síndicos societarios.

El art. 12 LCQ también guarda relación con el art. 88 inc.7, que dispone en la quiebra igual obligación para el fallido o administradores de la sociedad concursada, y se reafirma con el art. 103 LCQ, al decir que subsisten los efectos del domicilio especial, aunque el fallido y sus administradores, con autorización judicial se hayan ausentado del país.

---

<sup>(4)</sup> «Río de la Plata TV SA de Teledifusión-Concurso», en ED T.61, p. 347.

## 10. Apertura del concurso (art. 14 LCQ)

La sentencia que dicta el juez declarando la apertura del concurso establece (Inc. 1) «la declaración de apertura del concurso preventivo, expresando el nombre del concursado y, en su caso, el de los socios con responsabilidad ilimitada»<sup>65</sup>.

Declarada la apertura, debe individualizarse con precisión el sujeto concursado y sus socios con responsabilidad ilimitada; en este último caso, se refiere a los socios de la colectiva, a los comanditados y a los capitalistas.

Si algún tercero se hubiera incorporado a la sociedad en virtud de un pacto no inscripto, también debe mencionarse (art. 12 LGS) debido a que las modificaciones no inscriptas regularmente siempre obligan a los socios otorgantes. Asimismo, son inoponibles a los terceros. No obstante, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada (en estos tipos societarios existen formalidades especiales a las que están sujetas las modificaciones).

En los casos de sociedades de la Sección IV, no corresponde mencionar a quienes no eran socios al momento de presentarse la sociedad en concurso, siempre que el retiro del integrante hubiera sido inscripto con anterioridad.

Compartimos que la individualización de dichos socios surgirá de diversas circunstancias, ya sea el tipo societario o la constitución irregular de la sociedad. Los nombres surgirán del contrato social acompañado de las manifestaciones del representante legal. En los casos en los que la responsabilidad ilimitada no surja del propio contrato social o exista omisión del presentante, el tribunal deberá adoptar durante el juicio las medidas pertinentes una vez que se determine el grado de responsabilidad.

La enumeración de los socios en la resolución de apertura no implica que se decrete el concurso de ellos. En todo caso, la solicitud podría peticionar separadamente.

Inc.5) La determinación de un plazo no superior a los TRES (3) días, para que el deudor presente los libros que lleve referidos a su situación económica, en el lugar que el juez fije dentro de su jurisdicción, con el objeto de que el secretario coloque nota datada a continuación del último asiento, y proceda a cerrar los espacios en blanco que existieran.

Nos remitimos a la descripción de los libros contables y societarios que hicieramos al analizar el art. 11 inc. 6 LCQ. El art. 14 inc. 5 concuerda con el art. 88 inc. 4 LCQ, donde la sentencia de quiebra obliga a la fallida a entregar los libros de comercio y demás documentación al Síndico, luego del desamparamiento. También se relaciona con el art. 39 inc. 4 LCQ que refiere al contenido del Informe General por parte del Síndico.

La intención del legislador es que el concursado presente los libros dentro del plazo estipulado, a fin de que sean intervenidos por la secretaria/o en el último folio con el objetivo de asegurar que no se puedan alterar, ni adulterar asientos y notas. De esta forma, se trata que la contabilidad refleje fielmente los movimientos económicos del deudor. La no presentación de los libros importa el desistimiento del pedido.

<sup>65</sup> Concuerda con los arts. 88 inc. 1 LCQ, sentencia declarativa de la quiebra «Individualización del fallido y, en caso de sociedad la de los socios ilimitadamente responsables», art. 11 inc. 1 y 160, en caso de extensión de la quiebra.

Inc. 6) La orden de anotar la apertura del concurso en el Registro de Concursos y en los demás, que corresponda, requiriéndose informe sobre la existencia de otros anteriores.

Inc. 7) La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor y, en su caso, los de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los registros pertinentes.

Para el caso de que el deudor sea una sociedad, debe anotarse entonces también en el Registro Público la apertura del concurso y la inhibición general.

La medida precautoria a que se refiere el inc. 7 del art. 14 LCQ es para evitar que los bienes de propiedad del concursado o de los socios con responsabilidad ilimitada salgan indebidamente de su patrimonio.

## 11. Administración del patrimonio del concursado (art. 15 y art. 16 LCQ)

Administración del concursado. El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.

Actos prohibidos. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación. (*Principio de la igualdad de trato para los acreedores*)

Actos sujetos a autorización: Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables, y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial

Nos detendremos en los efectos en relación con el concursado cuando es una sociedad, por ello hacemos referencia a los actos que exceden de la administración ordinaria de su giro:

### Actos de Administración

En las personas jurídicas privadas y en especial en las sociedades, la administración tiene como límite el objeto social (art. 11 inc. 3 LGS). La importancia reside en que este a su vez define las facultades de los administradores. Por ello, el objeto debe ser preciso, determinado, lícito y posible.

### Actos de Administración Ordinaria

Todos los actos que implican la administración ordinaria los puede realizar el administrador sin autorización, solo se exige la vigilancia del síndico concursal.

Acordamos con Graziabile (2017:469) cuando expresa que existe una verdadera intromisión pasiva del oficio concursal, lo que de ninguna manera implica administración, por lo cual la sindicatura no podrá entrometerse en la conducción empresarial. El deber de vigilancia del síndico concursal se integra con los art. 275 inc. LCQ.

### Actos de Administración Extraordinaria

En estos casos la sociedad concursada necesita previa autorización judicial para la realización de los actos enumerados —de manera enunciativa— en el art. 16 LCQ. Se trata de actos que pueden comprometer seriamente el patrimonio de la sociedad. A modo de

ejemplo mencionamos: a) especulación arriesgada; b) despido masivo de empleados; c) inversiones en otra sociedad; d) renovación de instalaciones de alto costo; e) rescisión de contratos de gran volumen importante para la sociedad: licencia/agencia/concesión; f) cierre de sucursales; g) celebración de contratos que modifiquen los sistemas de producción y/o comercialización.

Todos estos actos enunciados entran dentro de las facultades de administración, pero resulta fácil de advertir que existe una gran diferencia con aquellos otros que se refieren estrictamente a la actividad normal determinada por su objeto.

### Actos de Disposición

Comprometen la existencia de un bien dentro de un patrimonio. Los ejemplos clásicos son la constitución de garantías reales sobre bienes que integran el activo social, donaciones, renuncia de derechos, locación de fondos de comercio, emisión de obligaciones negociables, etc. Entendemos que se conceptúan por exclusión aquellos que exceden los actos de administración.

## 12. Actos Ineficaces (art. 17 LCQ)

Separación de la administración: si los administradores de la sociedad concursada infringen las restricciones y prohibiciones establecidas en el art. 16 LCQ, el juez puede separarlos de la administración y designar reemplazante. Constituye un caso típico de intervención judicial de la sociedad<sup>(6)</sup> —fuera de los supuestos y requisitos de la ley societaria— con nombramiento de un administrador judicial. Se puede aplicar cuando el administrador: a) contravenga lo establecido en el art. 25 LCQ; b) oculte bienes; c) omita información cuando el juez/síndico se la requiera; d) falsedad en la que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores. En este sentido, Cámara (1982:476) ha dicho que la separación del administrador es una medida grave que en la práctica no se da, teniendo solo efecto compulsivo, y que el juez debe ser cauto para apreciarla.

Limitación: de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez puede limitar la medida a la designación de un coadministrador, un veedor o un interventor controlador, con las facultades que disponga. Debe ser cauto especialmente con la primera medida, antes enunciada

Veedor: su función es vigilar la gestión del administrador, examinar los papeles y libros de la entidad e informar al tribunal sobre su situación económica. Es auxiliar del juez y su función es informativa sobre la administración de la sociedad.

Coadministrador: no desplaza al administrador natural, sino que debe intervenir conjuntamente con éste en todos los actos de administración.

Interventor controlador: tendremos en cuenta que si el juez del concurso designa un interventor sus funciones pueden superponerse con las que cumple el Síndico, quien —a pesar de la situación de intervención de la sociedad— continúa con sus atribuciones legales de fiscalización.

---

<sup>(6)</sup> La regulación de la LGS también es muy similar, pues el art. 113 establece que corresponde esta medida cautelar cuando el administrador realice actos u omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad, pudiéndose designar un mero veedor, un coadministrador o un administrador.

¿Quién puede pedir la designación del interventor? El síndico o los socios de la sociedad concursada (art. 18 LCQ), no siendo necesario imponer al socio peticionante que haya agotado previamente el orden interno societario los recursos del contrato social.

Los acreedores no pueden pedir la designación del interventor, porque carecerían de legitimación, pues en el proceso concursal no actúan individualmente. Salvo cuando la ley expresamente les confiere esas facultades. Podrían hacer denuncias en el expediente o al síndico respecto de los actos que caen bajo la sanción de ineficacia, para provocar así la intervención que estamos describiendo en este punto.

### **13. Socio con responsabilidad ilimitada (art. 18 LCQ)**

«Las disposiciones de los arts. 16 y 17 se aplican respecto del patrimonio de los socios con responsabilidad ilimitada de las sociedades concursadas».

Quintana Ferreyra (1985: 251) interpreta que, respecto de tales socios, solo se aplicarán las consecuencias de la ineficacia de los actos jurídicos celebrados en infracción del art. 16 LCQ. El Síndico no puede vigilar todos los actos de administración del patrimonio de dichos socios: su actividad de controlar se limita a la sociedad concursada. Se trata de una medida cautelar ante la eventualidad de quiebra indirecta de la sociedad que provoque la quiebra por extensión de sus socios ilimitadamente responsables.

### **14. Viaje al exterior (art. 25 LCQ)**

El concursado y, en su caso, los administradores y socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad concursada, no pueden viajar al exterior sin previa comunicación al juez del concurso, haciendo saber el plazo de la ausencia, el que no podrá ser superior a cuarenta (40) días corridos. En caso de ausencia por plazos mayores, deberá requerir autorización judicial.

Las limitaciones se sustentan en la necesidad de asegurar el desarrollo normal del proceso concursal y el cumplimiento del deber de información de parte de ellos. En la quiebra, el art. 103 LCQ postula que hasta el informe general no pueden ausentarse del país, sin autorización judicial concedida en cada caso, que se otorgará cuando su presencia no sea requerida para la colaboración e información al juez y síndico (art. 102 LCQ), o en casos de necesidad y urgencia evidentes.

### **15. Verificación de créditos (art. 32 LCQ)**

Por regla general, el representante de la sociedad es quien la obliga frente a terceros. En la mayoría de las sociedades es común que el representante sea el administrador, partiendo del hecho de que la ley societaria presume que todo administrador es también representante de la sociedad. Sin embargo, hay administradores que por ley no tienen representación, como es el caso de los directores de la SA que no ejercen la presidencia. A la inversa, puede haber representantes que no integren el órgano de administración, como el gerente de la SA que prevé el art. 270 LGS.

El representante para actuar no requiere un poder general, ya que está munido de dicha calidad por el instrumento que emana de la propia sociedad. Así, está habilitado a actuar frente a terceros mediante el acta constitutiva o acta de asamblea o directorio donde conste la designación. El ámbito de la representación se extiende tanto a los actos directamente comprendidos en el objeto social como a aquellos otros conexos que constituyan medios auxiliares para el desarrollo de ese objeto. El representante, cuando firma la demanda de verificación de crédito, invoca que actúa por la sociedad.

### **Los garantes de obligaciones contraídas por la sociedad concursada**

El art. 32 LCQ dispone que los garantes de las obligaciones contraídas por la sociedad deben formular al síndico concursal el pedido de verificación de su eventual crédito frente a la concursada. Entendemos que el garante que paga por el deudor principal se subroga en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías contra el deudor, a la vez que puede votar en ausencia y representación del acreedor principal. No es necesario que el garante haya pagado. Estos garantes son los fiadores, avalistas y terceros que hayan otorgado una garantía a favor de la sociedad (los directores de SA son el caso más frecuente), quienes podrán pedir verificación, pero tienen prohibición de voto.

### **Acreedores que son socios de la sociedad concursada**

El crédito de un socio frente a la sociedad puede derivar: a) de una típica relación como tercero: el socio le prestó dinero o vendió mercaderías; b) de utilidades no retiradas. Habitualmente puede generarse una cuenta corriente (operativa) entre el socio o accionista y la entidad, en la que se asientan periódicamente los débitos y créditos que reflejan la relación entre ambos. Si de dicha cuenta el socio tiene un saldo acreedor —favorable—, pedirá la verificación de esta acreencia por el mismo; c) de créditos derivados de prestaciones accesorias (art. 50 LGS).

### **Acreedores que son administradores de la sociedad concursada**

Los administradores pueden ser acreedores actuando como miembros del órgano de la sociedad por honorarios y, eventualmente, como empleados. En el caso de que haya existido una relación laboral, se deberá comprobar una relación de empleo.

## **16. Informe general (art. 39 LCQ)**

«Inc. 4) Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado, y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio».

Nos remitimos a la importancia de los libros contables y que desarrollamos al analizar los arts. 11 inc.6 LCQ y art. 14 inc. 5 LCQ.

Inc.5) La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada.



En el supuesto de una sociedad concursada, debemos distinguir si cumple con el recaudo del art. 7 LGS, es decir, la inscripción regular de la sociedad en el Registro Público. En el caso de las Sociedades de la Sección IV que no tuvieron contrato escrito se puede complementar con otras registraciones, como ser en la AFIP, en la Administración Provincial de Impuestos (API) u otros organismos tributarios.

Para el caso en que se encuentra pendiente de trámite la inscripción de una reforma estatutaria, es correcto que el Síndico concursal haga constar en el informe general el número de expediente y la fecha de iniciación.

Cuando el inc. 5 del art. 39 LCQ se refiere a los administradores, se circunscribe solo a aquéllos que existen al tiempo de la apertura del concurso y no los que se desempeñaban antes, puesto que estos ya no lo son. Sin embargo, es posible que después de la apertura se hayan designado nuevos administradores, por lo que el Síndico deberá hacer referencia a quienes lo eran al momento de apertura y quienes lo son al momento del informe general.

«Inc. 7) En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter».

En las sociedades, los aportes consisten en obligaciones de hacer o de dar en propiedad, conforme el tipo societario del que se trate (art. 38 LGS).

En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (art. 39 LGS). Si son bienes no dinerarios, deben integrarse totalmente con la constitución y, si es dinero, se integra el 25% y el saldo dentro de dos años. En los demás tipos societarios se estipula el plazo en el contrato y, si nada se dice, es exigible desde la inscripción de la sociedad. La flexibilidad de la ley en estos casos se debe a la garantía extra que tienen estas sociedades, donde los socios contraen personalmente responsabilidad solidaria e ilimitada.

Ante una sociedad concursada el síndico deberá informar: a) si el socio se encuentra en mora en cuanto a su obligación de efectuar el aporte.; b) si hubo un socio que haya cumplido fuera de término, lo cual importa responsabilidad por el aporte tardío; c) si está inscripta a favor de la sociedad la aportación de bienes registrables en los registros; d) si las valuaciones de los aportes en especie se efectuaron conforme al art. 51 LGS; teniendo en cuenta que su párrafo 3º establece que, en caso de insolvencia o quiebra, los acreedores pueden impugnar la valuación realizada en el momento de la constitución dentro de los 5 años de realizado el aporte.

La responsabilidad de los socios en la SRL: en el caso del tipo societario SRL, los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes (art. 150 LGS). Esto quiere decir que un socio que haya integrado la totalidad de las cuotas que suscribió responde, no obstante, por la totalidad que faltó integrar a los otros socios; y el art. 150 LGS dice que los socios garantizan ilimitadamente la integración del capital.

Compartimos con Zunino (2019:133) que

la garantía solidaria e ilimitada de los socios, según el párrafo 1º, lo es por la efectiva integración de los aportes (tanto en especie como dinerario) y los terceros pueden hacer valer esta garantía en caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, obrando la prescripción general de diez años. Esto último porque el nuevo texto legal deja en claro que las normas del art. 51 LGS se aplican exclusivamente al caso de sobrevaluación de aporte en especie.

Responsabilidad patrimonial de los socios por su actuación en tal carácter: entendemos que la principal obligación del socio es realizar el aporte, pero también el socio tiene «deberes» de contenido no directamente patrimonial: lealtad, colaboración, secreto sobre no negocios sociales, no concurrencia. Su violación hace pasible de exclusión de la sociedad, con responsabilidad por daños y perjuicios. Puede derivar en: a) dolo o culpa del socio<sup>(7)</sup>; b) evicción y vicios redhibitorios de aportes; c) violación del deber de lealtad para cumplir objeto social; d) actividad en competencia, según lo dispuesto en el art. 133 LGS, para las sociedades *intuitu personae*; e) responsabilidad de los accionistas en la toma de decisiones.

## 17. Propuesta del acuerdo (art. 43 LCQ)

Para el caso en que la concursada sea una sociedad, la propuesta de acuerdo la debe formular el órgano de administración y, en el expediente, la firma el representante legal o el apoderado, con facultades.

Si se trata de una Sociedad Anónima, entendemos que la propuesta requiere la aprobación o ratificación de la Asamblea General Ordinaria, teniendo en cuenta que el contenido de la misma comprometerá seguramente el futuro de la sociedad, ya que de su contenido depende que los acreedores acepten y la concursada arribe a un acuerdo concursal homologado, lo que importará el éxito del proceso.

Para el caso de que la propuesta consista en la incorporación de los acreedores quirografarios como accionistas, o en la reorganización de la sociedad deudora, o cuando importe modificar la estructura de la sociedad, en esos casos, se debe requerir la aprobación de la Asamblea General Extraordinaria.

### Propuesta de que los acreedores quirografarios se conviertan en accionistas

En esta propuesta la concursada propone a sus acreedores que se incorporen como accionistas en el mismo proceso concursal, lo cual genera que se apruebe un aumento de capital ante la capitalización de los créditos quirografarios.

Los acreedores, al transformarse en accionistas, efectúan a la sociedad sus aportes. En este caso, en el que supone el importe de sus respectivos créditos, pasan de esta manera de ser acreedor a accionista. Hay un cambio de crédito por aporte: el acreedor pasa a ser socio, extinguiéndose su crédito.

Propuesta de constitución de s.a. con los acreedores: en este caso, la propuesta pretende la constitución de una nueva sociedad, diferente de la concursada. No puede generar obligaciones para los acreedores, ni alterar su situación jurídica de acreedor a socio. Debe indicar las bases estructurales tendientes a la constitución formal de tal sociedad, su objeto y actividad futura.

Según Baro (1978: 515), el derecho falimentario presenta un panorama real especial donde el fin en sí mismo es de tal relevancia que determina que su contenido imponga la forma. Por esto, si el derecho concursal prevé como solución determinada forma societaria, ello autoriza a usarlo. La ley concursal formula una solución societaria y brinda sus propias exigencias previstas para situaciones de normalidad, por lo cual corresponde

<sup>(7)</sup> Según el Art. 54 LGS, el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o controlantes constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar.

tratar de conciliar ambas con salvaguarda de los principios fundamentales de excepción del derecho concursal.

### Reorganización de la sociedad deudora

La propuesta puede referirse a la transformación, adoptando otro tipo societarios, o puede comprender la fusión por absorción. En estos casos, se deben cumplir todos los requisitos y pasos que fija la ley societaria sobre este instituto, conforme los arts. 74, 77 y concordantes LGS. Esto tiene relación con las medidas para la ejecución del acuerdo, del art. 53 LCQ.

Los titulares del total o mayoría del paquete accionario venden sus acciones a los acreedores quirografarios, a cambio de la liberación de las garantías: en este supuesto, quienes ofrecen el pago de este modo son los accionistas, quienes deberán renunciar además a la subrogación que signifique el pago por parte de tercero. La oferta la hacen los accionistas junto con la sociedad, pues es ésta la que propone el acuerdo, dependiendo en definitiva de lo que decidan hacer aquellos, titulares de las acciones.

Tiene que estar involucrada la totalidad del paquete accionario o una cantidad que signifique la mayoría absoluta de capital y de votos computables para tomar decisiones en la asamblea general ordinaria.

### 18. Salvataje (art. 48 LGS)

Los únicos sujetos pasibles del *cramdown* —sin perjuicio de las cooperativas— son las sociedades, en particular, las que enumera la norma: a) Sociedad de Responsabilidad Limitada; b) Sociedad Comandita por Acciones; c) Sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte.

No se produce una sustitución del deudor concursado y sigue siendo el mismo sujeto de derecho: la sociedad concursada. No hay una novación subjetiva de las obligaciones derivadas del acuerdo que se celebra como consecuencia del salvataje: lo único que cambiará será el elenco de socios (accionistas o cuotistas), pero la concursada mantiene su identidad.

El tercer interesado —inscripto— que formalizó propuesta a los acreedores y primero obtiene las conformidades, en caso de homologarse el acuerdo, adquiere el «derecho a que le sea transferida la totalidad de la participación que los socios o accionistas poseen en la sociedad deudora» por un valor que no puede ser inferior al fijado por el juez en la resolución prevista por el inc.3 del art. 48 LCQ.

Nos importa a nosotros esta transferencia de cuotas o acciones que vinculan ambos sistemas legales. El tercer «ganador» adquiere así las acciones o cuotas por el valor patrimonial que el juez fija en la resolución de apertura del registro, sobre la base del informe general del síndico, las observaciones y los registros contables de la concursada. Este valor se verá disminuido para fijar el precio de adquisición en la misma proporción del sacrificio de los acreedores respecto de la percepción de sus créditos, calculados estos a valor presente. Se debe tener en cuenta que los socios, en las sociedades, son acreedores subordinados a los acreedores de la sociedad, porque tienen un derecho a percibir cuotas de liquidación; y este derecho queda subordinado en el concurso o quiebra a que exista remanente.

Administración de la sociedad concursada hasta el cambio de titularidad de la empresa: durante el término que se produce luego de la apertura del salvataje hasta la transferencia definitiva, la sociedad sigue siendo administrada por los órganos naturales. Esto se da con

un control más estricto del síndico y con intervención activa del Comité de Acreedores, en procura de preservar el patrimonio evitando actos que lo puedan afectar (J.P. Conc. 3ra de Mendoza Pedro y José Martín SA s/concurso preventivo citado por Rivera, Roimtan y Vitolo, p. 369).

## 19. Medidas para la ejecución (art. 53 LCQ)

«Si consistiese en la reorganización de la sociedad deudora o en la constitución de sociedad con los acreedores, o con alguno de ellos, el juez debe disponer las medidas conducentes a su formalización y fijar plazo para su ejecución, salvo lo dispuesto en el acuerdo...»

Nos remitimos a las diferentes propuestas del acuerdo preventivo que desarrollamos al analizar el art. 43 LCQ.

## 20. Concurso en caso de agrupamiento (art. 65 LCQ)

En nuestro derecho no encontramos una definición unánime de grupo o conjunto económico, su concepto difiere del grupo societario:

El grupo económico se concreta con la creación de un organismo económico que somete bajo su dirección unificada a un conjunto de unidades productivas, entendido este concepto como una pluralidad de personas humanas o jurídicas que condensa varias empresas que operan bajo el control y dirección de una sociedad madre o central. Otro elemento característico del grupo económico es el interés del grupo. (Junyent Bas, 2017:119).

A continuación, mencionamos algunos fenómenos de la concentración societaria.

- a) Unificación de sociedades entre sí: fusión y escisión. Las sociedades pueden unirse a través de participaciones societarias (compra de acciones – constituyendo nuevas sociedades – fusión y escisión). Se recurre a esta modalidad para favorecer condiciones de una producción o distribución masiva colocando cada vez más bienes y servicios en el mercado; se crea una unidad de decisión capaz de acrecer el poder de las células económicas afectadas.
- b) Agrupamiento o concentración de sociedades: en este caso cada sociedad mantiene su propia personalidad jurídica. Para lograrlo la sociedad recurren a dos figuras:
  - b.1) Técnicas contractuales: a) de concentración, para unir empresas que conservan formalmente su independencia económica y b) de coordinación, para integrar las empresas, sin perder su autonomía patrimonial y jurídica.
  - b.2) Técnicas societarias: a) el grupo industrial, actividades económicas idénticas o conexas, sometidas a una dirección unificada por el control de su patrimonio por la sociedad madre, la que ejerce el dominio (radical, piramidal y circular); b) el grupo financiero, el objeto no es una actividad productiva o industrial, sino solo financiera, *holdings*, es decir inversión de su capital en toma de participaciones en otras sociedades; c) el grupo personal, un grupo o concentración de

sociedades que son dirigidas por una persona o grupo dirigente. Es una cuestión menos jurídica, las distintas compañías no tienen relación entre sí, salvo que el dirigente posee control en cada una de ellas. Cada sociedad conserva su autonomía jurídica

El instituto del «concurso de agrupamiento» o conjunto económico en la terminología de la ley concursal, se vincula así con el control societario, pero debe tenerse en consideración que éste es más restringido, todo de acuerdo con los conceptos del art. 33 LGS. Es decir, el fenómeno que describe la ley concursal es más amplio que el de la ley societaria, pues el conjunto económico o empresario no se limita al control descrito por la ley 19550.

A continuación, explicamos sintéticamente el grupo societario a través del control descrito con mucha precisión en el art.33 LGS:

- a) Control Interno: una sociedad posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, de la sociedad controlada
- b) Control interno de derecho (participacional): ejercido por participaciones societarias con certeza para el quórum y mayoría absoluta en Asamblea (ordinaria), con prescindencia del ausentismo, por el cual se elige la mayoría de los directores u órgano de administración de la sociedad.
- c) Control interno de hecho (participacional): ejercido mediante participaciones societarias que dan posibilidad para el quórum y mayoría absoluta en Asamblea General (ordinaria), solo con ausentismo habitual.
- d) Control externo: cuando una sociedad ejerza influencia dominante, como consecuencia de acciones, cuotas o partes poseídas; o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.
- e) Control externo de derecho: contratos entre sociedad controlante y controlada que faculta a aquella para impartir directivas al órgano de administración de la controlada.
- f) Control externo de hecho: especiales vínculos existentes entre controlante y controlada que posibilitan el predominio sobre las decisiones del órgano de administración de la controlada.
- g) Influencia dominante (art. 33, inc.2º): situación de hecho emergente de relaciones económicas entre dos sociedades, una fuerte y una débil, por la que la primera puede imponer su voluntad; debe ser duradera y completa (no parcial, sobre algunos aspectos de la actividad de la sociedad débil). Los vínculos contractuales entre ambas tienen que afectar la gestión del órgano de administración de la sociedad controlada, preordenándola, lo que se ve con claridad en contratos de suministro, *franchising*, de concesión o de licencia con cláusulas de exclusividad. El administrador de la controlada tendrá ya determinadas las operaciones constitutivas de las actividades del objeto social o actividad principal: el administrador de la sociedad suministrante con cláusula de exclusividad tiene ya comprometida toda su producción a la sociedad suministrada; y el de la sociedad concesionaria tiene comprometida la provisión de los productos que precisa por parte del concedente.

- h) Licitud del control: se preservan a) claridad de los estados contables; b) debida integración del capital; c) funcionamiento de los órganos de fiscalización (280, 286, inc.2º LGS); fiscalización estatal permanente de las sociedades. En esa postura, el art. 173 LCQ.
- i) Efectos del control: el control o dominación es un fenómeno jurídicamente neutro, aceptado como lícito. Genera obligaciones en cuanto información interna y a través de los balances (art. 63 LGS). La imposición de la voluntad (dominio) sobre la controlada no es antijurídica en sí, en cuanto no se generen daños, por alteración de su interés social u objeto. El primer requisito de la ilicitud del control es el desvío de ese interés social.
- j) Interés social: es el «beneficio común que se realiza mediante una actividad común predeterminada en virtud del objeto social». Se tutela en el agrupamiento que los beneficios de la sociedad «débil» generados a través de la actividad enmarcada en el objeto social no se transfieran indebidamente a la controlante. Mediante su reconocimiento, se tutela al sujeto sociedad frente al abuso del órgano de administración y de gobierno. Además, se requiere —para dicha ilicitud— el daño a la sociedad controlada y/o terceros (acreedores). Esto puede reflejarse en situación de insolvencia de la sociedad, es decir cuando el administrador o controlante desvía o no «cuida» ese interés social y, mediante una mala gestión, provoca que ingrese en cesación de pagos, causando probablemente el concurso preventivo o su quiebra.

En el caso de control puede darse así el obrar abusivo para el interés social de la controlada, siendo necesario que dicho obrar le genere un daño (y es un ejemplo lo dicho, cuando le ha generado o contribuido a generar su insolvencia; p.ej. restando un bien a su patrimonio/activo u oponiéndose a la celebración de un contrato importante, injustificadamente).

Para determinar la existencia de un agrupamiento económico y aplicar entonces toda la normativa de la ley concursal, es necesario tener en cuenta diversos elementos, a través de una serie de índices que en general muestran la existencia del conjunto económico o grupo: a) paquete accionario de control de todas las sociedades en manos de las mismas personas; b) comunidad de órganos de administración, gobierno y fiscalización; c) dirección unificada; d) interdependencia económica; e) registros contables paralelos; f) identidad de domicilio y sede social; g) comunidad de bienes básicos para desarrollo de la actividad social (vehículos, maquinarias, envases, etc.); h) similitud de objetos sociales; i) asesoramiento unificado jurídico y contable

Estos elementos, analizados en su conjunto, permitirán evaluar si hay agrupamiento, además de la permanencia en el tiempo del grupo, y que los terceros conozcan que —más allá de que en el caso lo hagan individualmente con uno de sus miembros— está contratando con todo el grupo, con el respaldo que ello significa.

## **21. Extensión de la quiebra. Socios con responsabilidad ilimitada (art. 160 LCQ)**

La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o

hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.

Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.

Debemos buscar en la legislación societaria cuáles son los tipos societarios en que la responsabilidad de los socios es ilimitada. Así, recurriremos a los tipos personales que hemos desarrollado con anterioridad en este trabajo, al analizar los art. 2 y 5 LCQ.

Con la unificación del CCCN se modificó la ley societaria y se reguló una nueva clase de sociedad residual, las Sociedades de la Sección IV, a las cuales también nos hemos referido, pero que es importante volver analizarlas a la luz del art. 160 LCQ.

- a) Incidencias de los arts. 21 y 24 LGS en la Extensión de la Quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada (art. 160 LCQ): en el sistema concursal el primer caso de extensión falencial está contemplado en el art. 160 LCQ, al disponer: «Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada»<sup>(8)</sup>
- b) La noción de ilimitación de la responsabilidad de los socios hay que buscarla en la legislación societaria: la doctrina había discrepado sobre el alcance de este caso de extensión, en orden a si comprendía solo a los socios con responsabilidad ilimitada contractual u originaria (tesis restrictiva); o también a los socios con responsabilidad ilimitada derivativa o sancionatoria (tesis amplia) (Prono, 2018:792).

La extensión de la quiebra a las sociedades de la Sección IV, ha sido tema de debate en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal del año 2015 en la ciudad de Villa Giardino y en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal celebrado en el año 2018 en la ciudad de Santa Fe. Cuando analizamos la posibilidad de extender la quiebra a los miembros de estas sociedades, podemos distinguir dos grandes grupos, que han resumido de forma muy precisa los autores Eduardo Chiavassa y Sergio Ruiz (2018: 51-58).

Por un lado, Junyent Bas, Chiavassa y Barreiro, entre otros autores, afirman la imposibilidad de extender la quiebra en los términos del art. 160 LCQ por el principio general de la mancomunación (art. 825 CCCN) de la responsabilidad del art. 24 LGS. Por otro lado, Boquín y Graziabile, afirman que la quiebra de esta sociedad implica la quiebra refleja conforme el art. 160, fundándose en el hecho de la ilimitación de la responsabilidad de los socios, la cual —pese a ser mancomunada— no cambia la cuestión referida al art. 160 LCQ (Chiavassa y Ruiz, 2018:54-56).

Adherimos a la postura interpretativa de que la quiebra de una sociedad de la Sección IV no conlleva la declaración automática de quiebra prevista por el art. 160 LCQ, con la excepción respecto de los supuestos del inc. 2 y 3 del art. 24 LGS. Esta

---

<sup>(8)</sup> El art. 160 de la ley 24522 agrega: «[La quiebra de la sociedad] (...) también implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso».

posición se sustenta en que los socios de estas sociedades responden de manera mancomunada (por la parte que participa en la sociedad) y subsidiaria (según rige el art. 56), por lo que el régimen de responsabilidad que tenían ha variado sustancialmente con la reforma.

- c) Los socios con responsabilidad limitada que se hubieren retirado o excluido después de producida la cesación de pagos: entendemos que estos socios retirados o excluidos al momento de la quiebra no detentan el carácter de socio, pero serán sujetos pasibles de la extensión. El retiro del socio se produce por el ejercicio del derecho de receso (art. 245 LGS) o por la exclusión (art. 91 LGS). Para este caso, no rige el plazo máximo de retroacción de dos años que prevé el art. 116 LCQ, a fines de determinar si fue excluido o retirado después de producida la cesación de pagos.

Es importante dejar asentado que este socio no va a responder por todas las deudas sociales, sino solo por las existentes al momento en que se formalizó su retiro y se inscribió en el Registro Público.

## 22. Extensión de la quiebra por abuso de control (art. 161 inc.2 LCQ)

Toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.

La ley concursal hace referencia al control societario, que se encuentra regulado en el art. 33 LGS y al cual nos hemos referido con anterioridad al desarrollar el Concurso en caso de Agrupamiento (art. 65 LCQ).

La norma del art. 161 inc. 2 LCQ refiere al control interno, excluyéndose al control externo. Así, las diferentes hipótesis vistas de este control externo no producen la extensión de la quiebra a la controlante. La tesis siempre ha sido restrictiva.

Además del control interno, como presupuesto, deben darse dos situaciones: 1) que la controlante de manera directa o indirecta haya desviado el interés social de la controlada y 2) que exista una dirección unificada para posibilitar la extensión de la quiebra y que de ésta se derive un beneficio al interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

## 23. Disolución de la sociedad, causales aportes

Otra norma que vincula ambos ordenamientos es la que establece como causal de disolución de la sociedad la declaración de quiebra, la cual queda sin efecto en caso de avenimiento o conversión (art. 94 LGS). Es decir, declara la quiebra de la persona jurídica.



Ésta puede revertirse mediante ambos institutos, regulados propiamente por la ley 24522, y que han tenido en miras el principio de conservación de la empresa.

Para culminar, haremos una breve referencia en el título III de la quiebra, a dos normas que tienen origen en la ley societaria: a) el derecho de receso (del art. 149) que ordena el reintegro de lo que el socio recibió por tal concepto, si lo ejerció estando la sociedad en cesación de pagos. En este caso, resulta obvio que no podrá ejercerlo habiendo sido ya declarada la sentencia de quiebra de la persona; y b) el de aportes (art. 150 LCQ), que establece que la quiebra de la sociedad hace exigible los aportes no integrados de los socios, hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso.

## 24. Consideraciones finales

Tal como hemos expuesto en las primeras palabras de este trabajo, coincidimos ambos en la necesidad de sistematizar y escribir nuestras clases, con el anhelo de que sean una herramienta didáctica útil para las/los estudiantes de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL).

## Bibliografía

- ALEGRÍA, Héctor (1975). *Algunas cuestiones sobre verificación de créditos*. Ábaco–Depalma.
- BARO, Alejandro Guillermo (1978). Constitución de la sociedad por acciones. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 515.
- BOTTERI, José David y COSTE, Diego (2015). *El nuevo concepto de sociedad*. Infojus.
- CALCATERRA, Gabriela (2018). *Personas Jurídicas*. Astrea.
- CÁMARA, Héctor (1982). *El concurso preventivo y la quiebra* (Vol II). Depalma.
- CHIAVASSA, Eduardo y RUIZ, Sergio (2018). Las Sociedades simples y la extensión de la quiebra: reflejos del Código Civil y Comercial. *Tomo III del Libro de Ponencias X Congreso Argentino de Derecho Concursal VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, pp. 51–58.
- DE CÉSARIS, María Cristina (2011). *La verificación de créditos en el proceso concursal*. Colección Derecho Concursal (dirigida por Araya Bergia Granados). Tomo 4. Nova Tesis.
- FARINA, Juan (1984) *Concursos de sociedades comerciales*. Tomo 1. Zeus, p. 83.
- GRAZIABILE, Darío (2017). *Régimen Concursal Ley 24522 Actualizada y Comentada*. Tomo 1. Abeledo Perrot.
- HALPERIN, Isaac (1969). *Curso de Derecho Comercial I*. Depalma.
- HALPERIN, Isaac (1969). El concepto de sociedad en el proyecto de la ley de sociedades comerciales. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. 2 (9).
- JUNYENT BAS, Francisco (2017). *Manual de Derecho Concursal*. Advocatus.
- PRONO, Ricardo (2018). *Derecho Procesal Concursal Adaptado al Código Civil y Comercial*. 2da Edición LL.
- QUINTANA FERREYRA, Francisco (1985). *Concursos*. Tomo 1. Astrea.
- REGGIARDO, Sergio (2020). Las Sociedades de la Sección IV como sujetos concursables. En *Las Sociedades de la Sección IV en la Ley General de Sociedades*. Didot.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo (2019). *Régimen de Sociedades* (28° Edición Actualizada y ampliada). Astrea.

## Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación en las acciones de respons

María Cristina De Césaris y María Eugenia Basualdo<sup>(1)</sup>

### Resumen

Las acciones de responsabilidad de los administradores se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades —19550 t.o.— (arts. 276 a 278 **LGS**) y en la Ley de Concursos y Quiebras —24522 t.o.— (arts. 173 a 176 **LCQ**). Ahora bien, «la responsabilidad» entendida como obligación de reparar el daño causado a otro u otra (art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante **CCyC**) tiene un campo de aplicación amplio y complejo y es necesario compatibilizar las normas de las leyes especiales, en nuestro caso, la ley 19550 y la ley 24522, con el régimen instaurado por el nuevo Código.

Con esta perspectiva, y sobre la base de estas premisas, abordaremos el análisis de las acciones de responsabilidad contra representantes y administradores de sociedades previstas tanto en la legislación societaria como en la legislación concursal, sin ingresar en el análisis de las acciones de responsabilidad contra otros terceros no representantes (art. 173, segundo párrafo **LCQ**).

### Palabras claves

Acciones de Responsabilidad de administradores · Código Civil y Comercial · Derecho Societario · Derecho Concursal

### Abstract

The actions of responsibility of the administrators are regulated in the General Law of Companies — 19550 t.o.— (arts. 276 to 278 **LGS**) and in the Bankruptcy Law — 24522 t.o.— (arts. 173 to 176 **LCQ**). Now: «responsibility» understood as an obligation to repair the damage caused to another (art. 1716 of the Civil and Commercial Code of the Nation (hereinafter **CCyC**) has a wide and complex field of application and it is necessary to make the rules compatible of the special laws, in our case law 19550 and law 24522, with the regime established by the new Code.

With this perspective and based on these premises, we will approach the analysis of liability actions against representatives and administrators of companies provided for in both company legislation and bankruptcy legislation, without entering into the analysis the liability actions against other non-representative third parties (art. 173, second paragraph **LCQ**).

### Keywords

Actions of Responsibility of administrators · Civil and Commercial Code · Company Law · Bankruptcy Law

<sup>(1)</sup> María Cristina De Césaris, profesora titular ordinaria Derecho de la Insolvencia y Títulos Valores **FCJS–UNL**. María Eugenia Basualdo, profesora adjunta ordinaria Personas Jurídicas Privadas y docente Derecho de la Insolvencia y Títulos Valores **FCJS–UNL**.

## 1. Introducción

Las acciones de responsabilidad de terceros en la quiebra revisten especial interés porque la insolvencia produce de ordinario daño, consistente en la insatisfacción total o parcial de los créditos. Es sabido que el activo falencial es usual y generalmente escaso para cubrir el pasivo y mediante estas acciones se pretende, precisamente, incrementar o mejorar el activo repartible incorporando bienes o valores de terceros cuya conducta la ley reprocha. Conviene desde el inicio precisar que, si bien el art. 142 de la ley 24522 establece como principio que la declaración de quiebra no da derecho a los terceros (acreedores) «al resarcimiento de daños por aplicación de la ley», ello significa que el acreedor no puede reclamar el pago de daños y perjuicios por el hecho de la quiebra, pues la declaración de quiebra no es un hecho ilícito que genere daño resarcible, pero no impide que en el supuesto de quiebras que registran un activo insuficiente para cubrir el pasivo falencial o en aquellas donde los acreedores no son desinteresados por otros medios conclusivos (vg. Avenimiento) se activen los mecanismos de responsabilidad patrimonial de terceros previstos en la misma legislación concursal.

Las acciones de responsabilidad de los administradores se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades —19550 t.o.— (arts. 276 a 278 LGS) y en la Ley de Concursos y Quiebras — 24522 t.o. (arts. 173 a 176 LCQ). Ahora bien, «la responsabilidad» entendida como obligación de reparar el daño causado a otro u otra (art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCYC) tiene un campo de aplicación amplio y complejo y es necesario compatibilizar las normas de las leyes especiales, en nuestro caso la ley 19550 y la ley 24522, con el régimen instaurado por el nuevo Código (citamos ahora los arts. 150 y 1709, a los que nos referiremos más adelante). En efecto: hoy la responsabilidad civil está legislada en el Libro III, Título V, Capítulo I, como «Otra fuente de las obligaciones» y se han incorporado cambios significativos. Hay un nuevo escenario y, si bien la unificación del derecho privado patrimonial no fue total porque subsisten los «microsistemas jurídicos», la estructura básica del derecho de daños está en el Código Civil y Comercial, y así el concepto de antijuridicidad (art. 1717), el concepto de daño (art. 1737), la caracterización de los factores de atribución y la relación causal impactan e influyen en los microsistemas.

Hoy tenemos un sistema legal de responsabilidad que se sustenta en cuatro principios generales del derecho que fueron incorporados como tales en el Nuevo Código: la buena fe (art. 9), la prevención del daño impuesto como una obligación de seguridad a quien puede prever que un acto u omisión pueda provocar un perjuicio (arts. 1708 y 1711), el deber jurídico de no dañar (art. 1717) y el principio de reparación plena que da contenido a la función resarcitoria (art 1740)<sup>(2)</sup>. Con la sanción del Código Civil y Comercial, no quedan dudas de que los microsistemas societarios y concursales deben ser interpretados a la luz del título preliminar, tendiendo a que la solución judicial resulte una derivación razonablemente fundada del ordenamiento jurídico privado. Como explicitara el Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente de la Comisión Redactora, el Código menciona una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Por esta razón, se dispone que al momento de decidir se deben tener en cuenta

<sup>(2)</sup> Marcos, Fernando, «La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación», en *ACCYC* 2016, 17/11/2016, 189.

la Constitución, las leyes, los tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma (art. 1). Asimismo, se dispone que la ley debe ser interpretada (art. 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento. Finalmente, se establece que el deber del juez es resolver mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3).

Con esta perspectiva y a partir de estas premisas abordaremos el análisis de las acciones de responsabilidad contra representantes y administradores de sociedades previstas tanto en la legislación societaria como en la legislación concursal, sin ingresar en el análisis las acciones de responsabilidad contra otros terceros no representantes (art. 173, segundo párrafo LCQ).

## 2. Prelación normativa entre el Código Civil y Comercial y las leyes 19550 y 24522

El Código Civil y Comercial incluye en varios artículos reglas que establecen criterios para determinar el orden de prelación de sus normas cuando una situación o relación jurídica se encuentra regulada por disposiciones contenidas en leyes especiales que constituyen un «microsistema» autosuficiente, como las leyes 19550 o 24522. Así, el art. 1709 titulado «prelación normativa» dispone que se aplican: en primer lugar «las normas indisponibles de este Código y de la ley especial»; luego, la autonomía de la voluntad y, por último y en ese orden, las normas supletorias de la ley especial y las normas supletorias del Código. A su vez, el art. 150 trata de la prelación normativa en materia de «personas jurídicas privadas». Este artículo adquiere mucha importancia en el tema que estamos analizando ya que, como lo hemos anticipado, las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios están reguladas en dos «leyes especiales»: la ley 19550 y la ley 24522. El mencionado artículo 150 es absolutamente preciso al indicar que, tratándose de personas jurídicas privadas, éstas se rigen «por las normas imperativas de la ley especial, o, en su defecto, de este Código» (inciso a). Más debate ha generado el inciso a) del art. 1709 pues, como explica con claridad Marcos<sup>[3]</sup>, su redacción es confusa y contradictoria. Aun así, coincidimos con él y con la autorizada doctrina a la que remite, en que debe entenderse que siempre se aplica primero la ley especial para responsabilidad civil y luego las normas generales de cada materia. Dicho orden jerárquico entre las normas concurrentes de la legislación especial y del derecho común surge de una interpretación integrada de las palabras y fines de la ley, como indica el art. 2 CCyC, y de reglas clásicas de la hermenéutica como son las tradicionales «la ley especial prevalece sobre la ley general» y «la ley nueva general no deroga la ley anterior especial».

En definitiva, consideramos que cuando la ley especial contiene un artículo que trata en forma directa una cuestión específica no corresponde apartarse de la norma allí contenida so pretexto de una mirada integradora que desconozca un claro orden de prelación. Por el contrario, si el supuesto fáctico —o sea, «el caso»— no está contemplado en el microsistema normativo o se trata de aspectos de la responsabilidad civil que solo están regulados en el Código Civil y Comercial e integran la teoría general del derecho de daños,

[3] En el trabajo citado en la nota anterior, y su remisión a Jorge Galdos en la obra colectiva «Código Civil y Comercial de la Nación, comentado», dirigida por Ricardo Lorenzetti, T. VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

corresponde remitirse al ordenamiento común para resolver la cuestión planteada. Ello se ajusta a los parámetros señalados en el Título preliminar del Código Civil y Comercial ya mencionados y al orden de prelación establecido en los arts. 150 y 1709 del mismo.

### 3. Acciones Societarias de Responsabilidad de los Administradores

Partimos de la base de que el sistema general de responsabilidad de los administradores está contenido fundamentalmente en la Ley General de Sociedades. Si bien el derecho argentino distingue entre la responsabilidad de los administradores cuando la sociedad está *in bonis*, de la responsabilidad de los administradores cuando la sociedad ha caído en quiebra, en tanto que la responsabilidad está regulada básicamente en la ley de sociedades, ésta debe ser nuestro punto de partida<sup>(4)</sup>.

En la ley societaria encontramos la norma general de responsabilidad en el art. 59 LGS, que establece que el administrador y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios<sup>(5)</sup>.

El profesor y jurista Miguel Araya observa que «la ley no distingue entre el deber de lealtad y el deber de diligencia, o sí quedan englobados en este art. 59 LSC, como si estos dos deberes fueran de estructura idéntica»<sup>(6)</sup>. El deber de diligencia refiere a todos los actos tendientes a la gestión empresarial; el deber de lealtad es un deber de distinta estructura y el agravio al mismo es axiológicamente más grave que el deber de diligencia y por ello frente al mismo se debería actuar con mayor rigor. Dice el autor que no «puede meterse en el mismo saco la regulación de los actos de gestión indebida que los de apropiación indebida».

La exposición de motivos de la ley 19550 indica que el art. 59 se refiere a la diligencia que debe poner el administrador en el desempeño de su cometido, solución que se extiende a los representantes, imponiéndoles la responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios causados. Fija un estándar de conducta, una pauta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar la responsabilidad.

Las reflexiones de Halperin no han perdido actualidad, cuando expresa «que con este criterio de apreciación la ley ha fijado un cartabón o estándar jurídico para apreciar la debida diligencia» de los administradores, sin embargo señala que «este cartabón establece un criterio objetivo de comparación pero no una responsabilidad objetiva» (Halperin, 1998:547-548)<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Araya, Miguel. «Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales» en LL2009-A-1151.

<sup>(5)</sup> Bregamos por el uso de un lenguaje no sexista e igualitario, tal como fuera señalado por la Convención Nacional Constituyente en el año 1994 «cuando el lenguaje común universal lo masculino como patrón para abarcar toda la realidad, expresa a través de la lengua el estado de discriminación de la mujer. Derecho Inalienable el poder nombrar y ser nombrado y nombrada con respeto a la propia identidad.» En consecuencia, la redacción debería referirse «deben obrar con lealtad con diligencia de una persona de negocios». Entendemos que desde el enfoque de derechos se reconoce la necesidad y la exigencia de expresarse de manera igualitaria y no discriminatoria respondiendo a la equidad e igualdad entre los géneros y se hace imperiosa la necesidad de utilizar un lenguaje no sexista como mecanismo coherente para trabajar por la igualdad entre mujeres y hombres. Al respecto véase la *Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario* de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, año 2019.

<sup>(6)</sup> Araya, Miguel, en el trabajo mencionado en la nota 4.

<sup>(7)</sup> Halperin, Isaac (1998). *Sociedades Anónimas, Edición actualizada y ampliada por Julio Otaegui*, Depalma, pp. 547-548.

La legislación societaria se complementa con los arts. 1723, 1724 y 1725 CCCN, y por ello la diligencia debida por parte de los administradores o representantes societarios se vincula con la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, como también con el deber jurídico genérico de proceder con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Es que para poder valorar la conducta del administrador a quien se le imputa responsabilidad conforme el criterio objetivo que fija el art. 59 LGS, es menester determinar cuál era la conducta debida.

Así, la doctrina nacional colige que la aplicación del criterio subjetivo y la apreciación de la culpa en abstracto, para poder evaluar adecuadamente la diligencia específica exigida al administrador, requiere de una valoración en concreto<sup>(6)</sup>.

En el caso de las sociedades anónimas, se consagran otros supuestos adicionales que surgen del arts. 274 LGS. Así, al mal desempeño del cargo según el criterio del art. 59 se agregan como supuestos de responsabilidad la violación de la ley, el estatuto y el reglamento y la obligación de responder ilimitada y solidariamente por cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

El art. 274 LGS, también se aplica a los gerentes de la SRL por remisión expresa del art. 157 LGS. La doctrina ha deliberado en torno al concepto de «culpa grave», partiendo que el Código Civil no clasificó la culpa en grados, ni tampoco lo hace el actual Código Civil y Comercial. Volveremos sobre este punto cuando analicemos el factor de atribución de las acciones de responsabilidad concursal.

En lo referente al factor de atribución, la responsabilidad de los administradores es fundamentalmente y en principio subjetiva, lo que implica que para que pueda atribuírsele responsabilidad para la reparación del daño, se les debe imputar a estos culpa o dolo, además de acreditar los extremos de antijuricidad, daño y relación de causalidad adecuada (art. 59 y 274 LGS). Ha de tenerse presente que la opción por la responsabilidad subjetiva también surge del art. 160 CCYC que, referido a las personas jurídicas privadas en general, establece que «los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros por los daños causados por su culpa en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, por acción u omisión».

Cabe aclarar no obstante que, si bien adherimos a la tesis subjetiva, y por ello también compartimos que los administradores asumen, en principio, obligaciones de medios y no de resultado, dado que se comprometen a gestionar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios los asuntos de la sociedad, no todas las obligaciones a cargo de aquellos tienen esa calidad porque la LGS les impone determinadas obligaciones de conducta que implican el deber de obtener un determinado resultado, en tanto refieren a funciones descriptas o impuestas por ley. En las obligaciones de resultado el deudor se compromete a lograr un objetivo determinado, un «opus» y por ende ese efecto concreto y específico es exigible.

La calificación de la conducta esperada —o sea de la prestación prometida— como obligación de resultado, tiene trascendencia en orden a la prueba de las causales de eximición de responsabilidad pues el art. 1723 del Nuevo Código Civil y Comercial establece que cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que

---

<sup>(6)</sup> Otaegui, Julio (1979). *Administración Societaria*, Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 133; Nissen, Ricardo (2010). *Ley de Sociedades Comerciales*, Astrea, T1 pp. 653-659.

el deudor debe obtener un resultado determinado, «su responsabilidad es objetiva». Nos preguntamos: ¿significa ello que los administradores para liberarse tendrán que probar la concurrencia de una causal de inimputabilidad, caso fortuito o causa ajena (art. 1722 ccyc)? Consideramos que la respuesta no puede desatender el escenario donde se despliega la función de los administradores y el riesgo de la actividad empresarial,

Seguidamente la ley societaria enumera las herramientas para hacer efectiva la responsabilidad: 1) la acción social ejercida por la sociedad, con resolución previa de la asamblea (art. 276 LGS); 2) la acción social ejercida individualmente por aquellos accionistas que se opusieron a la extinción de la responsabilidad (art. 276 LGS), y 3) las acciones individuales para el caso que, determinada la responsabilidad por la asamblea, la sociedad no la ejerza (art. 277 LGS), y 4) la llamada acción individual, en favor de los accionistas y terceros por los daños causados (art. 279 LGS). Coincidimos en que «son mecanismos de reparación de dicha responsabilidad al otorgar diferentes acciones para los distintos damnificados por el accionar del órgano de administración»<sup>(9)</sup>.

#### 4. Acción Concursal de Responsabilidad del administrador societario

En el ordenamiento concursal están previstas tres acciones de responsabilidad, que no son excluyentes entre sí y tampoco con las otras acciones de recomposición patrimonial reguladas en la sección III del capítulo II del título II de la ley 24522. La primera de ellas, en el primer párrafo del art. 173 regula la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. La segunda, en el segundo párrafo del mismo artículo que tiene como legitimados pasivos a los terceros propiamente dichos, o sea aquellos sujetos que no integran los órganos sociales y no forman parte de la estructura formal de la sociedad y, por último, en el art. 175 se refiere a acciones «originariamente societarias» que son adquiridas por el concurso. Concretamente a la llamada acción social de responsabilidad, cuya titularidad pertenece a la sociedad (art. 276 LGS) y a los socios (arts. 276 *in fine* y 277 LGS) y que en supuesto de quiebra tiene al síndico como sujeto activo (art. 175 LCQ y 278 LGS).

Nos referiremos en este trabajo a la acción típicamente concursal de responsabilidad de representantes de una persona, física o jurídica, contemplada en el primer párrafo del art. 173. La doctrina señala como sujetos alcanzados por este articulado a: «los mandatarios, el interventor judicial, el administrador judicial de la empresa en concurso preventivo que reemplaza al concursado o a sus órganos de administración, los tutores o curadores que administran el patrimonio de sus pupilos, los padres que administran bienes de las sociedades personas, los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada y los directores de las sociedades anónimas»<sup>(10)</sup>. Para sintetizar, decimos que los sujetos a los que la ley atribuye responsabilidad son «terceros» que tienen vinculación legal, funcional o contractual con la persona fallida, genéricamente llamados representantes, es decir personas que tengan facultades de disposición o administración de bienes ajenos.

---

<sup>(9)</sup> Calcaterra, Gabriela (2018). *Directora Personas Jurídicas*, Astrea, p.344.

<sup>(10)</sup> Roitman, Horacio (2011) en la obra colectiva *Concursos y quiebras Estudios en Homenaje al Dr. Ricardo Prono*, Rubinzal Culzoni, p.430.

La ley menciona como conductas antijurídicas provocar (autoría), facilitar (complicidad), permitir (omisión) o agravar la insolvencia. Recordemos que a partir de que la sociedad deviene insolvente, los intereses de los acreedores son prioritarios y los intereses de los socios son relegados, pierden importancia, de allí que la ley considere reprochable no solamente causar el daño sino empeorar, agudizar o aumentar el mismo mediante actos u omisiones. Recordemos también que ni en la ley concursal ni en la ley societaria hay una enunciación sistemática de deberes específicos, y tampoco en el Código Civil y Comercial (ver art. 1717). Sin perjuicio de ello más adelante mencionaremos algunos casos de conductas dolosas aprehendidos en el art. 173, que son analizados por Heredia en reciente trabajo<sup>(11)</sup>.

La responsabilidad recae sobre el administrador individualmente o solidariamente si actúan más de uno, nunca sobre el órgano de administración; asimismo «la ley atribuye responsabilidad a quienes tienen una vinculación funcional (administradores), contractual (mandatarios) o legal (representantes) y que por dicha ligazón jurídica han ejercido poder de disposición o administración sobre los bienes del deudor»<sup>(12)</sup>. Quedan excluidos de esta figura los órganos de fiscalización de la sociedad: síndicos, integrantes de la comisión fiscalizadora y los miembros del consejo de vigilancia<sup>(13)</sup>.

La jurisprudencia reciente expresa que:

mientras que la acción de responsabilidad articulada en el marco concursal regulada en el art. 173 de la ley 24522 procura reparar los perjuicios ocasionados por la conducta de los administradores que hubiera producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial de la deudora o su insolvencia aun cuando no se configure un uso abusivo de las formas societarias, y focaliza exclusivamente en el dolo; el art. 274 de la Ley de Sociedades impone la obligación solidaria e ilimitada de los directores hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño del cargo según el criterio recogido por el art. 59 del mismo cuerpo legal<sup>(14)</sup>.

El fallo citado nos introduce en el tema de factor de atribución requerido por la ley 24522. En el sistema de responsabilidad de terceros estructurado en el estatuto concursal se exige una conducta «dolosa». El «dolo» como único factor de atribución, ha sido justificado y defendido por la más autorizada doctrina<sup>(15)</sup> pero también ha recibido críticas de otros reconocidos académicos, llegándose a calificarlo como «una alternativa de irresponsabilización que no se condice con el moderno Derecho de Daños»<sup>(16)</sup>. Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la posibilidad de imputación con base en

---

<sup>(11)</sup> Heredia, Pablo (2019). «El dolo como factor de atribución de la responsabilidad concursal» en **RDPC** 2019-3-327, Rubinzal Culzoni Editores.

<sup>(12)</sup> Rivera, Julio (2003) *Instituciones de Derecho Concursal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 320.

<sup>(13)</sup> Los que sí responderán bajo el régimen societario, tal como lo señala la doctrina nacional (Araya, Rivera, Roitman, entre otros).

<sup>(14)</sup> Belac SA c. Curet, Sebastián Y Otros s/ ordinario **CNACom.**, Sala D. fecha 03/10/2019. Cita Online: AR/JUR/56362/2019

<sup>(15)</sup> Por ejemplo, Roitman, Horacio (1996). «Responsabilidad de Terceros en la Quiebra» en **RDPC** N° 11, p. 39, Rubinzal Culzoni Editores.

<sup>(16)</sup> Junyent Bas, Francisco (2001). «Responsabilidad de Administradores y Terceros en la Quiebra», p. 45, Rubinzal Culzoni Editores; del mismo autor en coautoría con Carlos Molina Sandoval «Responsabilidad de Terceros en la Quiebra» en **JA** 2001-IV-1091.



el dolo «eventual» fue analizada por la doctrina<sup>(17)</sup> y también se argumentó en favor de la flexibilización de la prueba del factor de atribución y una exégesis integradora de la acepción del dolo civil a partir de los tres significados asignados en el Código Velezano (arts. 521, 931 y 1072) para facilitar las acciones destinadas a recomponer la masa falimentaria a favor de los acreedores<sup>(18)</sup>.

Hoy ese «valladar» puede considerarse superado a partir del nuevo concepto de «dolo» contenido en el art. 1724 del Código Civil y Comercial: «el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos». Niel Puig señala cuáles son las enormes ventajas que proporciona la actual redacción: 1) se amplía el campo de aplicación a todo derecho, acto o situación jurídica, sea por acción u omisión, con apoyo además, en los arts. 9, 1708 y 1716, entre otros; 2) se simplifica la prueba, ya que no es lo mismo demostrar la intencionalidad que probar la indiferencia por un interés ajeno; y 3) se unifican las consecuencias en las dos situaciones: intencionalidad de producir el daño e indiferencia de los intereses aj indiferencia de los intereses ajenos<sup>(19)</sup>.

Como ya lo señaláramos en el punto 2, deben integrarse los regímenes especiales con el régimen de responsabilidad que el Código regula en el Libro III, título V, capítulo I. Así no basta demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias, sino que, para que se configure su responsabilidad, debe ser probada la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es antijuridicidad (hecho del agente, positivo o negativo y violación del derecho ajeno), perjuicio efectivo, es decir, daño; relación de causalidad adecuada, y factores o criterios de atribución de responsabilidad.

La responsabilidad concursal del representante de la sociedad deudora exige conducta dolosa (art. 173). «El dolo en la conducta reprochada en el art. 173 LCQ, se configura por la producción de un daño, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la prueba de los factores de atribución y de eximentes, así como las facultades judiciales al respecto, y las demás circunstancias y consecuencias de la acción dolosa se juzgará conforme a lo establecido en los arts. 1716 y ss del Código Civil y Comercial»<sup>(20)</sup>.

En el trabajo mencionado en la nota 10, el doctor Pablo Heredia destaca como supuestos de conductas dolosas de los administradores: a) incumplimiento de deberes funcionales que derivan de la ley o del estatuto y que, en tanto conducta antinormativa, es un ilícito en sentido objetivo. Afirma que basta que el incumplimiento se realice a sabiendas para entender dolosamente perseguidas las consecuencias necesarias de la infracción (dolo eventual) y ejemplifica que el abandono de los negocios sociales y la falta de presentación en concurso en tiempo oportuno son infracciones a deberes fiduciarios de los administradores que pueden generar responsabilidad; b) desaparición de bienes de la persona jurídica administrada, puede reputarse como una presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo pues el elemento subjetivo es a todas luces la intención de dañar a los acreedores

---

<sup>(17)</sup> Ver Truffat, Daniel (2009) en su trabajo sobre las posibilidades del «dolo eventual» como factor de atribución de la publicación del 70 aniversario del IADC «Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los concursos», Legis, en p. 434 y sigs.

<sup>(18)</sup> Boquin, Gabriela en página 253 del libro publicado por IADC en 2009, citado en nota 16.

<sup>(19)</sup> Niel Puig, Luis (2015). «El dolo y el nuevo código Civil y Comercial» en JA 2015-II-1073.

<sup>(20)</sup> Rouillon, Adolfo (2015). *Régimen de Concursos y Quiebras* 17ma. Edición actualizada y ampliada, Astrea, p.307.

disminuyendo la masa de liquidación, esto es la garantía patrimonial que les corresponde; c) los actos de disposición que proyectaron consecuencias patrimoniales gravosas, como las enajenaciones a precio sensiblemente inferior al valor de mercado (ver art. 79 inc. 5 LCQ), las renunciaciones de derechos de crédito, los pagos anticipados o de deudas inexigibles, etc.; y d) la distracción de bienes de la persona jurídica administrada en beneficio propio del administrador, situación que califica como de abuso de bienes sociales<sup>(21)</sup>.

En el punto 3 al referirnos a los factores de atribución mencionados en el art. 274 LGS adelantamos que abundaríamos sobre la «culpa grave». Expusimos allí que Vélez Sarsfield no aceptó la graduación de culpas y habló de la noción de culpa con un sentido unitario, sin distinguir la culpa grave de la leve o levísima. Y si bien hoy el nuevo Código tampoco distingue (art. 1724), alude en distintas disposiciones a la culpa grave (arts. 1771 «acusación calumniosa», 1819 «titularidad de los títulos valores», 1867 «adquisición de títulos en bolsa o caja de valores») como lo hace la ley de sociedades en el citado artículo 274 y la misma ley de concursos en el art. 99. Considera Heredia que en materia de responsabilidad civil no es posible ni necesario establecer una distinción analíticamente precisa entre dolo y culpa grave, pues la mala intención (dolo) y la temeraria desconsideración (culpa grave) se cruzan y provocan el mismo resultado. Si la imprudencia y la negligencia es grosera, no es creíble que su autor no haya deseado al obrar causar el daño producido. Y concluye que como el dolo no es susceptible de pruebas directas, la culpa grave o lata constituye una presunción vehemente del dolo, la más grave y concluyente de todas, y por eso, puede asimilarse al dolo, salvo prueba en contrario de la buena fe.

De compartirse esta interpretación, se produce un ensanchamiento del campo de operatividad de las acciones concursales de responsabilidad sin riesgo de objeción constitucional. Pero, además, y ampliando lo dicho en el punto 2 en relación al art. 59 LGS, ha de tenerse presente que el patrón de conducta de los administradores sociales no es el general del «buen padre de familia» sino un modelo de conducta especial de tipo profesional: el «buen hombre de negocios» al que le es requerible que actúe como un empresario diligente y ordenado, que hace prevalecer los intereses sociales sobre los personales y debe omitir cualquier comportamiento lesivo al interés social (arg. art. 1725 CCyC). El art. 159 del nuevo Código Civil y Comercial abona esta conclusión pues luego de establecer, al igual que el art. 59 de la LGS que los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia, explicita que no pueden favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica, y si los tuvieran por sí o por interpósita persona, deberán abstenerse de intervenir, hacerlo saber e implementar medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses.

## 5. Acción de Responsabilidad Societaria en el concurso

Ya hemos dicho que en la ley de concursos y quiebras está previsto el ejercicio de la acción social de responsabilidad societaria. En efecto: el art. 175 no regula una acción específicamente concursal, sino que modifica algunos aspectos de una acción típicamente societaria que hubiera correspondido promover a la sociedad o al socio para reparar perjuicios

---

<sup>(21)</sup> Heredia, Pablo en el trabajo mencionado en nota 11.

causados por los administradores a la sociedad ahora fallida. Por ello, la acción social de responsabilidad societaria tiene un doble tratamiento en la LGS y en la LCQ:

- a) El art. 278 LGS establece que «en caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente»
- b) El art. 175 LCQ que expresa que «El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico».

Para el caso de que las acciones de responsabilidad societaria se encuentren iniciadas con anterioridad, o sea cuando la sociedad estaba *in bonis*, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico tiene la potestad de optar en ser parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o permanecer fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.

La legitimación para promover la acción social corresponde en primer lugar a la sociedad y luego a los socios, pero en el caso de quiebra, la legitimación activa se desplaza al síndico de la quiebra, o en su caso, por los acreedores individualmente (art. 278 LGS)

La acción social de responsabilidad de los administradores puede ser ejercida en la quiebra. Es más, es usual que así suceda y que el síndico opte por acumular la acción social y concursal de responsabilidad cuando la misma es ejercida contra los ex administradores en la quiebra. Estas acciones pueden ser acumuladas porque pueden provenir de los mismos hechos, tramitan en el mismo proceso y con el mismo trámite, y persiguen el mismo resultado: la indemnización del perjuicio causado, con el beneficio de duplicación de los factores de atribución (dolo y culpa).

En autos «Belac SA c. Curet, Sebastián Y Otros s/ ordinario» (3/10/19), la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el fallo de primera instancia que hacía lugar a la acción social de responsabilidad sustentada en el art. 278 de la ley 19550 pues los codemandados no solo no contaron con la autorización de la asamblea para conducirse del modo en que lo hicieron, sino que el préstamo que en nombre de su representada dieron no solo exorbitó su objeto social sino que, para colmo, fue ruinoso: por ese entonces el ente se hallaba transitando una difícil situación económica —que luego desembocó en falencia— que, como lo puntualizó el señor juez a quo, aquellos no pudieron desconocer, y les hizo incurrir en la responsabilidad prevista por los arts. 274 y 59 de la ley 19550.

## 6. Conclusiones

El esquema de responsabilidad de los administradores del Código Civil y Comercial de la Nación ha tomado como base el sistema de responsabilidad de la Ley General de Sociedades. Cuando se alude a la responsabilidad en materia societaria por aplicación del art. 150 CCCN se debe recurrir en primer término a las normas imperativas de la ley especial, es decir, a los arts. 59 y 274 LGS. Cuando se promueven acciones concursales de responsabilidad también se aplican en primer lugar las normas de la legislación falimentaria (arts. 173 y sigs. LCQ). Tanto las acciones previstas en la ley de sociedades como las acciones reguladas en la ley de concursos y quiebras son acciones de responsabilidad por daños.

Ambos ordenamientos contienen normas especiales que prevalecen sobre las normas del régimen general de la responsabilidad civil contenido en el Nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, a la vez que se vinculan, las normas sobre la teoría general de la responsabilidad civil integran el marco normativo y proyectan su influencia. Esto se da tanto para complementar la regulación societaria y concursal en aspectos no previstos como para interpretar conceptos contenidos en esos microsistemas conforme los nuevos paradigmas.

## Bibliografía

- ARAYA, Miguel Carlos (2009). *Responsabilidad de administradores de sociedades comerciales*. LL2009-A, 1151
- BOQUIN, Gabriela (2009) Acciones de Responsabilidad de los administradores. *Revista 70 aniversario del IADC La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y Concursos*. Legis.
- CALCATERRA, Gabriela (2018) *Directora Personas Jurídicas*. Astrea.
- HALPERIN, Isaac. *Sociedades Anónimas*. Edición actualizada y ampliada.
- HEREDIA, Pablo (2019). El dolo como factor de atribución de la responsabilidad concursal. *RDPC*. 3 (327). Rubinzal Culzoni Editores.
- GALDOS, Jorge (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*. Dirigido por Ricardo Lorenzetti, T. VIII, Rubinzal Culzoni.
- MARCOS, Fernando (2016). La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación. *RCCYC* 2016, 17/11/2016, p. 189.
- NIEL PUIG, L. (2015). El dolo y el nuevo código Civil y Comercial. *JA* 2015-II-1073.
- NISSSEN, Ricardo (2010). *Ley de Sociedades Comerciales*. Astrea.
- OTAEGUI, Julio (1979). *Administración Societaria*. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- RIVERA, Julio (2003). *Instituciones de Derecho Concursal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores.
- ROITMAN, Horacio (1996). Responsabilidad de Terceros en la Quiebra. *RDPC*, 11. Rubinzal Culzoni Editores.
- ROITMAN, Horacio *et. al.* (2011). *Concursos y quiebras Estudios en Homenaje al Dr. Ricardo Prono*. Rubinzal Culzoni.
- ROUILLON, Adolfo (2015). *Régimen de Concursos y Quiebras* (17ma. Edición actualizada y ampliada). Astrea.
- VERÓN, Alberto (2020). Anotaciones sobre la responsabilidad societaria y concursal de los directores. A propósito del fallo «Belac SA c. Curet». *LL* 02/09/2020, 1.



## La quiebra y la extinción de los contratos: algunas reflexiones sobre la incidencia del Código Civil y Comercial

Angel Luis Moia<sup>(1)</sup>

### Resumen

A pesar de que el Código Civil y Comercial se gestó bajo la premisa de no modificar estatutos especiales de derecho privado, un rápido recorrido por sus normas da cuenta de una gran cantidad de disposiciones que inciden, entre otras, en la ley concursal. En particular nos avocamos al análisis de las modificaciones sobre quiebra como causal extintiva de los contratos.

Se pasa revista a las previsiones específicas y sus asimetrías con respecto a la legislación específica. A su vez se individualizan algunas otras manifestaciones de replanteo en las reglas de tratamiento de la insolvencia contenidas en la normativa común.

### Palabras claves

Código Civil y Comercial · Contratos · Quiebra · Insolvencia · Ley de quiebras

### Abstract

Despite the fact that the Civil and Commercial Code was created under the premise of not reforming special private law statutes, a quick tour of its rules reveals a large number of provisions that affect, among others, bankruptcy law. In particular, we focus on the analysis of bankruptcy modifications as a cause for termination of contracts.

The specific provisions and their asymmetries with respect to the specific legislation are reviewed. In turn, some other manifestations of rethinking are identified in the insolvency treatment rules contained in the common regulations.

### Keywords

Civil and Commercial Code · Contracts · Bankruptcy · Insolvency · Bankruptcy act

## 1. El tema

Según el cometido que el Dec. 191/11 encomendó a la Comisión formada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci, «esta tendría a su cargo el estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo» (art. 1). La misma Comisión, al fundar sus reformas explicitó que se limitó esencialmente a la tarea de la unificación, modificando solo algunos artículos de leyes

<sup>(1)</sup> Juez Civil y Comercial n° 9 de la ciudad de Paraná, Profesor de Derecho Comercial III, Derecho Civil I (Parte General) y Derecho Civil II (Obligaciones) FCJS-UNL.

especiales, como fue el caso de la ley 19550, ahora denominada Ley General de Sociedades, y ratificando la especialidad de diversas normas, como la ley de concursos.

Sin perjuicio de ello, basta con recorrer el articulado del código para encontrarse con un sinnúmero de normas que modifican, ya sea directa o indirectamente a la legislación concursal. Esto ha planteado diversos interrogantes que van abriendo camino en los debates doctrinarios. Desde la posible concursabilidad de los consorcios de propiedad horizontal, tema abordado en el reciente IX Congreso Argentino de Derecho Concursal<sup>(2)</sup>, hasta la incidencia del redimensionamiento del dolo como elemento de los ilícitos y sus consecuencias en las acciones de responsabilidad concursal<sup>(3)</sup>.

Han pasado ya cinco años de vigencia del código y continúan las tensiones en la aplicación conjunta de ambas normas.

Estas líneas apuntan a un análisis de las proyecciones que la declaración de quiebra genera para algunos contratos en curso de ejecución, partiendo de las soluciones que ha diseñado el reformador y su contraste con las previsiones de la normativa concursal.

Lejos de agotar algún planteo, buscamos suscitar el debate sobre las posibles implicancias que la reforma tuvo —y por cierto tendrá— en el quehacer concursal. Bajo la apariencia de una simple continuidad de las reglas ya contempladas legalmente, se introdujeron diversas y profundas reformas. Hemos escogido tres que, a nuestro juicio, sirven como muestra de la necesidad de un detenido análisis del nuevo texto y de la necesidad de repensar el derecho concursal.

## 2. La parte especial de los contratos y la quiebra

El nuevo diseño de la dinámica contractual, que parte del fraccionamiento de los tipos según se trate de contratos paritarios, de consumo o sometidos a cláusulas generales predispuestas, debe proyectarse en cada una de las figuras previstas por el Código. La unificación de los regímenes civil y comercial ha impuesto la compatibilización de figuras contractuales, así como ha servido de justificativo para la incorporación de otras nuevas, que en su mayoría gozaban de tipicidad social.

En cada caso se ha establecido una regulación mínima, previendo las vicisitudes de cada especie. En particular, el legislador ha consagrado a la quiebra de alguno de los contratantes como causal extintiva, a la par que en la ley especial se regulan los efectos de la falencia sobre los contratos (arts. 143 a 146 y 159 en general y del art. 147 a 158 en particular)

### 2.1. La quiebra como causal extintiva del contrato

La quiebra es considerada como causal de extinción en los siguientes casos:

- a) En la cuenta corriente bancaria, tanto sea la quiebra del cuentacorrentista como del banco con el que este opera (art. 1.404 incs. b y c).

---

<sup>(2)</sup> IX Congreso Argentino de Derecho Concursal—VII Congreso Iberoamericano de la insolvencia. Crisis y Derecho, Tomo I, Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria, Córdoba, Fespresa, 2015, donde se encuentra un nutrido número de ponencias sobre el particular.

<sup>(3)</sup> A tenor de ejemplo puede consultarse Boquín, Gabriela (2015). *Las acciones de responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia y la normativa del Código Civil y Comercial*, **RCCyC**, agosto, pp. 185 y ss.

- b) En la cuenta corriente común, cualquiera sea la parte que se declare fallida (art. 1441 inc. a).
- c) En el contrato asociativo de agrupación de colaboración la quiebra de cualquiera de los miembros produce la extinción, salvo que el contrato prevea una solución diversa o esta sea decidida por unanimidad de los restantes (art. 1461 inc. d).
- d) En la unión transitoria, la quiebra puede producir la extinción del acuerdo en tanto las partes no se pongan de acuerdo en el modo de hacerse cargo de las prestaciones contraídas con terceros (arg. art. 1469 a contrario).
- e) En el consorcio de cooperación la quiebra opera como causal extintiva solo cuando las partes subsistentes no pueden continuar con el contrato, ya sea fáctica o jurídicamente (arg. art. 1478 a contrario).

A su vez, es igualmente considerada como causal de cesación del fiduciario en el fideicomiso (art. 1678 inc. c), afecta la oponibilidad de la cesión de créditos en tanto la notificación se produzca con posterioridad «la sentencia declarativa de la quiebra» (art. 1623) y el fiador no puede invocar el beneficio de excusión cuando «se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra».

En todos estos casos, se sigue el criterio general de la ley de concursos según el cual la sentencia de quiebra produce sus efectos desde su misma declaración (arg. art. 106 LC), sin perjuicio de sus posteriores vicisitudes.

## 2.2. Algunas previsiones particulares

Más allá de los supuestos antes descriptos, encontramos en el Código algunas hipótesis particulares que introducen una distinción relevante. El art. 1494, relativo a las causales de extinción del contrato de agencia, prevé la finalización de este por «quiebra firme de cualquiera de las partes» (inc. c). Como puede notarse, la declaración de falencia se encuentra calificada por su firmeza, a diferencia del resto de los casos.

El art. 1478 antes referido, contiene una enumeración de las causales de extinción que desborda los tipos concursales previstos en nuestra legislación. En su párrafo final se dice: «la muerte, incapacidad, disolución, liquidación, **concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra** de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente»<sup>(4)</sup>. A su vez, para el caso del fideicomiso financiero, el art. 1692 exige que el contrato respectivo contenga «las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero».

Se trata de tres disposiciones que representan un apartamiento expreso de las reglas antes fijadas por el legislador y que suscitan varios interrogantes sobre su interpretación.

### A) El contrato de agencia y la exigencia de la firmeza de la quiebra para considerarlo extinguido

Apartándose de la generalidad de las previsiones sobre contratos, el legislador ha optado por calificar la situación de falencia que importa la extinción del contrato de agencia. A diferencia del resto de los contratos antes señalados, donde la sola declaración importa

---

<sup>(4)</sup> El destacado nos pertenece.



la extinción del contrato, en este caso se ha buscado establecer una distinción al exigir el requisito de definitividad de esta.

En otras palabras, aquí el solo dictado de la sentencia de quiebra (arg. art. 106 LC) no implicaría la finalización del contrato hasta tanto no quede firme. Es decir que, en caso de resultar recurrida la sentencia (arg. arts. 94 a 101 LC), el contrato no se extinguiría hasta tanto se resuelva el planteo.

El art. 147 LC establece un criterio diverso. Bajo la denominación de «contratos con prestación personal del fallido, de ejecución continuada y normativos», la ley establece la resolución de este tipo de convenciones por la declaración de quiebra. Expresamente se incluye en este marco a la agencia. Explica Roitman que la solución apuntada se funda en la íntima relación que existe entre esta figura y el mandato, caracterizado por ser *intuitu personae*, lo que condiciona su continuidad<sup>(5)</sup>. Por su parte, Heredia plantea como variante que la esencia misma del contrato resulta incompatible con la finalidad del concurso liquidativo. En tanto la declaración de falencia por regla extingue al sujeto no tendría razón de ser el mantener vigente un contrato del tipo<sup>(6)</sup>.

Ahora bien, la nueva ley común consagra una solución opuesta para este caso singular, con proyecciones contratos afines. La solución extintiva del art. 1494 CCYC resulta aplicable por remisión directa para el contrato de distribución (art. 1509).

Esto abre una importante variante en el caso de la agencia y la distribución como medios de comercialización, donde cobran actualidad las reglas generales sobre los contratos preexistentes contenidas en la ley concursal. Al no extinguirse automáticamente el contrato (arts. 143 y ss), conforme las previsiones concursales, si el debate sobre la consolidación de la falencia se prolonga, indudablemente se suscitará un litigio sobre la suerte del contrato y su temporalidad. Debate que habrá de encausarse por la vía del art. 144 LC, si es que se mantiene la solución del Código. Supuesto este de relativa relevancia dada la extinción inmediata de la actividad de la fallida.

Distinto es el supuesto en el que se disponga la continuación de la actividad de la fallida (arg. art. 191 y ccdtes. LC). En este escenario, si el contrato no se ha extinguido con el solo dictado de la sentencia de quiebra, tendría sentido cuestionarse sobre su continuación, debiendo el síndico expedirse sobre el mencionado contrato (arg. art. 191 inc. 5 LC). Recién en este caso, si el dictamen sindical resultara adverso, el contrato se extinguiría.

Como puede verse, las proyecciones de la reforma no resultan menores ni abstractas.

#### B) La cesación de pagos en sí misma, ¿reviste entidad autónoma al margen de su declaración judicial?

Es doctrina recibida en nuestro derecho que la quiebra económica no produce efectos jurídicos sin su declaración judicial. El acceso a los efectos de excepción que el ordenamiento reconoce al estado de cesación de pagos exige una exteriorización ordenada, que se canalice dentro de un proceso judicial determinado.

El art. 1478 CCYC le reconoce virtualidad a la *cesación de pagos* de alguno de los contratantes, a la par del concurso preventivo y de la quiebra. En tanto tal estado sea acreditado, el resto de las partes del contrato de consorcio de cooperación pueden alegar la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplir con la prestación.

<sup>(5)</sup> Roitman, Horacio (2005). *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*. Rubinzal Culzoni, p. 335.

<sup>(6)</sup> Heredia, Pablo (2005). *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, T 5. Ábaco, p. 262.

Se trata de un contrato plurilateral, categoría que no tenía en la legislación anterior una acabada reglamentación, al igual que en la lógica de nuestra cultura jurídica. Según el art. 1470 CCYC «hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados».

El antecedente inmediato del contrato de cooperación fue la ley 26005<sup>(7)</sup>. El art. 10 inc. 5 de la misma tenía un texto sensiblemente diverso del actual 1478 CCYC. Este disponía que:

la disolución, liquidación, concurso preventivo, estado falencial o quiebra de uno de los miembros consorciados, no se extenderá a los demás; como tampoco los efectos de la muerte, incapacidad o estado falencial de un miembro que sea persona física, siguiendo los restantes la actividad del Consorcio, salvo que ello resultare imposible fáctica o jurídicamente.

Como puede verse, aquella norma empleaba como recurso la sinonimia. En la primera referencia hablaba de *estado falencial o quiebra*, para luego referirse únicamente al *estado falencial*. En sentido estricto, la falencia refiere a la quiebra, lo que resultaba congruente con el cometido de la figura y su dinámica.

En la norma vigente, el legislador ha modificado los supuestos de hecho. En lugar de consignar al estado falencial, ha individualizado al supuesto objetivo que justifica tanto al concurso preventivo como a la quiebra, la cesación de pagos, separándolo de sus expresiones judiciales.

La técnica legislativa empleada resulta, al menos, cuestionable, en tanto al tratar conceptos técnicos no resulta aconsejable su uso indiscriminado, ni es recomendable el uso de sinónimos<sup>(8)</sup>. Menos aun cuando el esquema general del código ha apuntado a flexibilizar el presupuesto objetivo tradicional de la materia concursal, adecuando nuevas herramientas para su saneamiento.

Sobre este último punto enseña Ricardo Prono que:

hay que tener presente que el propio texto de la ley concursal, 24522, contempla algunos casos que se apartan del presupuesto mencionado. Son los siguientes: i) La declaración de concurso en el extranjero (art. 4, LCQ), que es causal, *per se*, para la apertura del concurso en el país; ii) La apertura del concurso de un agrupamiento económico, pues el art. 66, LCQ, dispone que es suficiente que uno de los integrantes se encuentre en cesación de pagos, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo; iii) El concurso del garante (art. 68, LCQ), cuando tramite en conjunto con el de su garantizado, supuesto en el cual también se aplica la disposición del art. 66, LCQ; iv) El acuerdo preventivo extrajudicial, que tiene como presupuesto objetivo a las dificultades económicas o financieras de carácter general (art. 69, LCQ); y, v) Los casos de quiebra por extensión previstos en los arts. 160 y 161, LCQ, en los que tampoco opera como *conditio iuris* el presupuesto económico de la insolvencia.<sup>(9)</sup>

<sup>(7)</sup> B.O. 12/1/05.

<sup>(8)</sup> AA.VV. (1986) *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*. Bosch, pp. 88 y ss.

<sup>(9)</sup> Prono, Ricardo (2015). *Algunas reformas del Código Civil y Comercial en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso*, LL ejemplar del 23/12/15, p. 1.

En este contexto, y siguiendo las pautas interpretativas del art. 2 CCYC, creemos que debe entenderse el mantenimiento de la sinonimia antes descripta<sup>(10)</sup>. De otro modo el sistema concursal presentaría discordancias graves. A su vez, no creemos que ningún sujeto reconozca su estado de cesación de pagos al margen de la instrumentación de una solución reorganizativa o, directamente, liquidativa. Un reconocimiento tal importa un hecho revelador que habilita el pedido de quiebra (art. 79 inc. 1 LC). Se trata de uno de los hechos reveladores de mayor peso convictivo según lo ha reconocido pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia.

C) La convencionalidad de las reglas de tratamiento de la insolvencia en el caso del fideicomiso financiero.

Tradicionalmente ha campeado en nuestra materia el orden público. Verificada la cesación de pagos, el deudor tenía una serie acotada de variantes para superarla delineadas por el legislador. Ya sea por la opción preventiva, ya por la vía directamente liquidativa o la más reciente incorporación del acuerdo preventivo extrajudicial, se trata de tipos legales preestablecidos por los que se debe transitar.

Como consecuencia de ello, no hay margen para las previsiones convencionales, reforzándose con su prohibición expresa en determinados puntos de la ley concursal (vgr. arts. 154 y 194 in fine LC). En algunos pocos casos, la ley permite la disponibilidad de las soluciones legales (vgr. arts. 71 y 273 inc. 2 LC).

Contrariando esta tradición encontramos distintas previsiones en el Código unificado que flexibilizan los tipos legales. Un ejemplo es el fideicomiso, donde el marco de soluciones debe ser construido por el magistrado interviniente, pero tomando como parámetro la ley concursal, conforme lo manda el art. 1687 CCYC<sup>(11)</sup>.

El vigente art. 1692 introduce una notable innovación. Al identificar el contenido del contrato de fideicomiso financiero exige que:

además de las exigencias de contenido generales previstas en el artículo 1667, el contrato de fideicomiso financiero debe contener los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero.

Su antecedente inmediato, el art. 20 de la ley 24441 disponía «el contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda»<sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> En su anotación a esta norma, algunos autores lisa y llanamente han identificado solo dos especies concursales, el concurso preventivo y la quiebra, así Aicega, María y Gómez Leo, Osvaldo en Alterini, Jorge (Dir.) [2015]. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T VII, La Ley, pp. 426/7.

<sup>(11)</sup> Sobre el particular se recomienda la consulta de Prono, Ricardo (2015). *Algunas reformas del...op. cit.*; Molina Sandoval, Carlos. *La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código* (Columna de opinión), La Ley, 2015-D (diario del 8/7/2015, p. 1).

<sup>(12)</sup> El art. 4 requería que el contrato contuviese «a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes; b) La determinación del modo en que otros bienes podrán

Del contraste de ambos textos surge con claridad que la norma vigente exige que los contratantes incorporen previsiones expresas para la adopción de decisiones para resolver el caso de «insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado».

Nuevamente el legislador ha usado terminología diversa en casos semejantes. Mientras que para el fideicomiso común la vía habilitante de la solución concursal es la «insuficiencia», etapa más temprana dentro del ámbito de las dificultades patrimoniales, en el caso del fideicomiso financiero pareciera que permite que se transite el camino del agravamiento de la situación económica hasta contemplar el presupuesto objetivo de la insolvencia, sin más.

Lo novedoso de la cuestión es que el tratamiento de la cuestión queda librado a la toma de decisiones conforme previsiones contractuales. La solución de la insuficiencia o de la insolvencia, entonces no necesariamente deberá atravesar las sendas legalmente previstas, sino que se podría establecer un derrotero singular, aplicable al caso según el diseño y la voluntad de los beneficiarios.

A su vez nos preguntamos cuál será el margen de autonomía con el que cuenten los beneficiarios para configurar las previsiones para la situación de insolvencia, ¿podrán integrarse estas previsiones con la ley de concursos? En su caso, y a falta de cláusulas específicas, ¿qué solución se aplicará?

### 3. Conclusiones

Las proyecciones de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial exceden largamente la unificación de determinados institutos o el remozamiento de otros. La inicial preservación de las leyes especiales —como es el caso de la ley de quiebras— se ha revelado como un principio que sufrió diversas excepciones.

En el presente hemos tratado únicamente una serie acotada de casos que reputan una reorientación de las soluciones que se venían dando. Significan, en algunos supuestos, un emergente del redimensionamiento del derecho concursal, afianzando nuevos escenarios para su actuación.

Nos encontramos en una coyuntura histórica en nuestra legislación. El legislador, figura difusa que conjuga la intervención de más de cien juristas —especialistas en cada temática abordada— que trabajaron bajo la coordinación e integración de una comisión central, ha alterado la estructura misma del régimen de derecho privado. En consecuencia, no se puede seguir «leyendo» las normas como si esto no hubiera sucedido.

Se han filtrado nuevos paradigmas que exigen del operador del derecho una adecuación de sus prácticas, a la vez que se han introducido asimetrías en la coordinación de las distintas partes que terminaron integrando el código en su versión definitiva. Deberá el intérprete discernir qué es lo que se plantea en cada caso para aplicarlo en la solución concreta.

---

ser incorporados al fideicomiso; c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad; d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare».

María Cristina WALKER  
La empresa en el Código Civil y  
Comercial de la Nación

María Victoria DARSAUT  
y Matías Ignacio ROSTÁN  
La incorporación del abuso de  
posición dominante en el Código Civil  
y Comercial de la Nación y sus  
efectos en el Derecho de Defensa de  
la Competencia argentino

María Silvia GÓMEZ BAUSELA  
Herramientas jurídicas previstas en  
el CCCN para las Sociedades de  
Familia. Autonomía de la Voluntad y  
la Causa Fin para prevención de  
conflictos

Rubén ROMANO  
La regulación del nombre de las  
personas jurídicas en el Artículo 151  
del CCCN. Análisis de los requisitos  
y de los problemas de interpretación  
y de aplicación

Miguel PIEDECASAS  
El Código Civil y Comercial y el  
Contrato de Seguro

Javier R. PRONO  
y María Eugenia BASUALDO  
Efectos del Código Civil y Comercial  
en temas societarios vinculados con  
la ley concursal

María Cristina DE CESARIS  
y María Eugenia BASUALDO  
Incidencias del Código Civil y  
Comercial de la Nación en las  
acciones de responsabilidad  
societaria y concursal de los  
administradores

Angel Luis MOIA  
La quiebra y la extinción de los  
contratos: algunas reflexiones sobre  
la incidencia del Código Civil y  
Comercial



UNL • FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

edicionesUNL 