



ACTAS
III ENCUENTRO DE INSTITUTOS
DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

12, 13, 14 y 15 de noviembre de 2019

LA EMPRESA:
VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL
SUS CONTRIBUCIONES AL
CRECIMIENTO GLOBAL



ISBN: 978-987-1123-91-9



**ACTAS
III ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

12, 13, 14 y 15 de noviembre de 2019.

**“LA EMPRESA:
VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL
SUS CONTRIBUCIONES AL
CRECIMIENTO GLOBAL”**

Córdoba (Argentina)

ISBN 978-987-1123-91-9



Acta de sesiones del III Encuentro de Institutos : la empresa : visión jurídica y social : sus contribuciones al crecimiento global ; compilado por Marcela Aspell ; editado por Marcela

Aspell ; editor literario Christian Sommer. - 1a edición especial - Córdoba : Academia Nacional

de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2019.

CD-ROM, PDF

Edición para Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

ISBN 978-987-1123-91-9

1. Empresas. 2. Derecho. I. Aspell, Marcela, comp. II. Aspell, Marcela, ed. III. Sommer, Christian, ed. Lit.

CDD 340



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

**ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

COMISIÓN DIRECTIVA

PRESIDENTE.

DR. ARMANDO S. ANDRUET (H).

VICEPRESIDENTE.

DRA MARCELA ASPELL.

SECRETARIO.

DR. JUAN MANUEL APARICIO.

TESORERO.

DR. GABRIEL B. VENTURA.

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

DR. JUAN CARLOS PALMERO.

REVISOR DE CUENTAS.

DR. EFRAIN HUGO RICHARD

**ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

ACADÉMICOS DE NÚMERO

RICARDO HARO (31-8-84).....SILLÓN RAMÓN FERREYRA
EFRAÍN HUGO RICHARD (31-8-84).....SILLÓN MARIANO FRAGUEIRO
JUAN CARLOS PALMERO (28-9-84).....SILLÓN JUAN ANTONIO DE SARÁCHAGA
JULIO I. ALTAMIRA GIGENA (11-8-89).....SILLÓN DEÁN GREGORIO FUNES
JUAN MANUEL APARICIO (11-8-89).....SILLÓN RAFAEL GARCÍA
ERNESTO REY CARO (11-8-89).....SILLÓN SALVADOR MARÍA DEL CARRIL
HORACIO ROITMAN (10-9-97).....SILLÓN JUAN DEL CAMPILLO
RAMÓN DANIEL PIZARRO (2-12-97).....SILLÓN MANUEL D. PIZARRO
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (14-9-99).....SILLÓN JOAQUÍN V. GONZÁLEZ
EDUARDO IGNACIO FANZOLATO (6-10-99).....SILLÓN HENOCH D. AGUIAR
MANUEL AUGUSTO FERRER (2-11-99).....SILLÓN ARTURO M. BAS
RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA (23-11-99).....SILLÓN NICOLÁS AVELLANEDA
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT (15-5-2001).....SILLÓN FÉLIX SARRÍA
ARMANDO S. ANDRUET (H) (26-6-2001) (*).....SILLÓN ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ
MANUEL CORNET (5-4-2005).....SILLÓN PEDRO LEÓN
DOMINGO JUAN SESÍN (26-9-2006).....SILLÓN SEBASTIÁN SOLER
RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA (28-11-2006)... ..SILLÓN JUAN BIALET MASSÉ
JOSÉ I. CAFFERATA NORES (7-10-2008)SILLÓN RAÚL ORGAZ
CARLOS JULIO LASCANO (7-10-2008)SILLÓN CORNELIO MORENO GACITÚA
GABRIEL B. VENTURA (7-10-2008) SILLÓN JERÓNIMO CORTÉS
GUILLERMO BARRERA BUTELER (27-8-2013)..... SILLÓN JUAN BAUTISTA ALBERDI
MARCELA ASPELL (15-10-2013)SILLÓN VICTORINO RODRÍGUEZ
MARÍA INÉS BERGOGLIO (19-08-2014).....SILLÓN ALFREDO POVIÑA
GUILLERMO P. TINTI (16-08-2016) SILLÓN JOSÉ OLEGARIO MACHADO

JOSÉ F. MÁRQUEZ (16-08-2016)SILLÓN LISANDRO SEGOVIA

JOSÉ D. CESANO (16-08-2016) SILLÓN SANTIAGO DERQUI

ADRIANA S. DREYZIN DE KLOR (16-08-2016).SILLÓN SOFANOR NOVILLO CORVALÁN

ACADÉMICOS HONORARIOS

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS (1989)

PRESIDENTES HONORARIOS

JUAN CARLOS PALMERO (2016)

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA (2019)

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS

JORGE MOSSET ITURRASPE - SANTA FE - 12-10-76.
ROBERTO JOSÉ DROMI - MENDOZA - 30-7-82.
ALEJANDRO G. BARO - MENDOZA - 28-10-83.
RENÉ H. BALESTRA - ROSARIO - 16-4-84.
ADOLFO A. CRITTO - BUENOS AIRES - 16-4-84.
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS - ROSARIO - 25-7-86.
ALDO GUARINO ARIAS - SAN RAFAEL (MENDOZA) - 6-5-88.
HÉCTOR ANGEL BENÉLBAZ - MENDOZA - 27-5-88.
HORACIO DANIEL PIOMBO - LA PLATA - 12-5-89.
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - MENDOZA - 14-6-89.
FRANCISCO I. GILETTA - SAN FRANCISCO (CÓRDOBA) - 3-9-93.
RODOLFO L. VIGO - SANTA FE - 3-9-93.
MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI - ROSARIO - 4-7-94.
PEDRO J. BERTOLINO - MERCEDES (BUENOS AIRES) - 22-8-94.
JOSÉ RAÚL HEREDIA - COMODORO RIVADAVIA (CHUBUT) - 5-9-95.
HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE - BUENOS AIRES - 6-10-98.
MIGUEL C. ARAYA - ROSARIO - 3-10-2000.
JUAN J. CASIELLO - ROSARIO - 3-10-2000.
RICARDO LUIS LORENZETTI - RAFAELA - 3-10-2000
OSCAR HUGO VÉNICA - SAN FRANCISCO (CÓRDOBA) - 5-9-2000.
JORGE WALTER PEYRANO - ROSARIO - 24-6-2003.
PASCUAL EDUARDO ALFERILLO - SAN JUAN - 24-6-2003.
ROLANDO OSCAR GUADAGNA - RÍO CUARTO (CÓRDOBA) - 12-8-2003.
MARCELO LÓPEZ MESA - TRELEW - 4-10-2003.
JUAN CARLOS VEIGA - TUCUMÁN - 25-11-2003.
CARLOS PÁEZ DE LA TORRE - TUCUMÁN - 25-11-2003.
RICARDO ALBERTO MUÑOZ - RÍO CUARTO (CÓRDOBA) - 25-11-2003.
ROBERTO G. LOUTAYF RANEA - SALTA - 25-11-2003.
ALBERTO SÁNCHEZ - SAN JUAN - 25-11-2003.
MARIO MIDÓN - CORRIENTES - 5-10-2004
CARLOS PETTORUTI - LA PLATA - 12-7-2005
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE - MENDOZA - 12-7-2005
JOSÉ DANIEL CESANO - NEUQUÉN - 7-11-2006
LIDIA NOEMÍ NICOLAU - ROSARIO (SANTA FE) - 19-06-2007
JUAN MARÍA FARINA - ROSARIO (SANTA FE) - 24-7-2007
IGNACIO COLOMBRES GARMENDIA - TUCUMÁN - 21-8-2007
MARIA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER - RESISTENCIA (CHACO) - 21-8-2007
MIRTA GLADIS SOTELO DE ANDREAU - CORRIENTES - 21-8-2007
ADOLFO ALVARADO VELLOSO - SANTA FE - 10-3-2009
JORGE SARMIENTO GARCÍA - MENDOZA - 31-3-2009
JUAN MALCOLM DOBSON - ROSARIO - 23-11-2010
RAÚL EDUARDO BERTRÉS - VILLA MERCEDES - 26-4-2011
JUAN MARÍA OLCESE - VILLA MARÍA - 5-6-2012
BENJAMÍN MOISÁ - TUCUMÁN - 5-6-2012
EDGARDO LÓPEZ HERRERA - TUCUMÁN - 5-6-2012

OSCAR ALVARO CUADROS - SAN JUAN - 7-8-2012
HUGO A. ACCIARRI - BAHÍA BLANCA - 19-3-2013
EDGARDO I. SAUX - SANTA FE - 23-4-2013
SERGIO M. DÍAZ RICCI - TUCUMÁN - 8-10-2013
LIDIA M.R. GARRIDO CORDOBERA - CORRIENTES - 1-4-2014
RENATO RABBI- BALDI CABANILLAS - SALTA - 1-4-2014
FRANCISCO A.M. FERRER - SANTA FE - 1-4-2014
MARIO CLAUDIO PERRACHIONE - SAN FRANCISCO - 1-4-2014
GUSTAVO CARRANZA LATRUBESSE - CHUBUT - 29-7-2014
VÍCTOR BAZAN - SAN JUAN - 23-9-2014
HÉCTOR NEGRI - BUENOS AIRES - 18-11-2014
ALEJANDRO D. ANDRADA - ROSARIO- 8-5-2018
HORACIO D. ROSATTI - SANTA FE - 18-6-2019
ROBERTO P. SOBRE CASAS - TUCUMÁN - 20-8-2019

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

- HÉCTOR FIX ZAMUDIO - MÉXICO - 16-12-75.
RAFAEL ENTRENA CUESTA - ESPAÑA - 15-12-80.
ERNESTO GARZÓN VALDÉS - ALEMANIA - 28-9-84.
LUCIANO JOSÉ PAREJO ALFONSO - ESPAÑA - 19-3-86.
ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO - ESPAÑA - 4-7-86.
PIERANGELO CATALANO - ITALIA - 4-7-86.
MANUEL ARAGÓN REYES - ESPAÑA - 25-7-86.
JOSÉ LUIS CEA EGAÑA - CHILE - 15-12-87.
EDUARDO SOTO KLOSS - CHILE - 15-12-87.
ALEJANDRO GUZMÁN BRITO - CHILE - 15-12-87.
JOSÉ AFONSO DA SILVA - BRASIL - 10-6-88.
DIEGO VALADÉS - MÉXICO - 18-4-89.
WINFRIED BÖHM - ALEMANIA - 12-5-89.
JUAN FERRANDO BADÍA - ESPAÑA - 9-6-89.
ECKARD REHBINDER - ALEMANIA - 14-6-89.
JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ - ESPAÑA - 5-10-90.
KARSTEN SCHMIDT - ALEMANIA - 20-12-90.
ANTONIO ANSELMO MARTINO - ITALIA - 14-10-91.
CELSO A. BANDEIRA DE MELO - BRASIL - 18-5-92.
ALLAN R. BREWER-CARIAS - VENEZUELA - 18-5-92.
JEAN-MARC TRIGEAUD - FRANCIA - 29-6-92.
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO - ESPAÑA - 5-9-95.
ANTONIO MANUEL MORALES - ESPAÑA - 2-9-97.
SANDRO SCHIPANI - ITALIA - 7-4-98.
EFRÉN BORRAJO DACRUZ - ESPAÑA - 30-6-98.
PAOLO GROSSI - ITALIA - 30-6-98.
JOSÉ MASSAGUER - ESPAÑA - 4-8-98.
FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA - ESPAÑA - 6-10-98.
JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD - ESPAÑA - 6-10-98.
JOSÉ GUARDIA CANELA - ESPAÑA - 6-10-98.
JOSÉ LLORCA ORTEGA - ESPAÑA - 6-10-98.
JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SANTIAGO - ESPAÑA - 6-10-98.
JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ - ESPAÑA - 6-10-98.
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ - VENEZUELA - 6-10-98.
RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN - COSTA RICA - 6-10-98.
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE - PERÚ - 8-6-99.
FERNANDO VIDAL RAMÍREZ - PERÚ - 18-4-2000.
CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS - PERÚ - 18-4-2000.
PEDRO SILVA RUIZ - PUERTO RICO - 24-10-2000.
GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA - URUGUAY - 24-10-2000.
JAIME LLUIS Y NAVAS - ESPAÑA - 4-9-2001
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO - ESPAÑA - 4-9-2001
SERGIO MARTÍNEZ BAEZA - CHILE - 12-03-2002

JORGE ANTONIO GIAMMATTEI AVILÉS - EL SALVADOR - 31-6-2003.
RICARDO ALONSO GARCÍA - ESPAÑA - 12-8-2003.
PETER HÄBERLE - ALEMANIA - 5-10-2004
DANIEL D. ZOVATTO - COSTA RICA - 5-10-2004
MICHEL ROSENFELD - ESTADOS UNIDOS - 17-5-2005
PAULO BONAVIDES - BRASIL - 17-5-2005
PAOLO COMANDUCCI - ITALIA - 17-5-2005
ALEJANDRO VENEGAS FRANCO - COLOMBIA - 19-6-2007
ARTURO CAUMONT - URUGUAY - 19-6-2007
MARCO GERARDO MONROY CABRA - COLOMBIA - 23-10-2007
GUIDO ALPA - ITALIA - 11-03-2008
GIUSEPPE VERGOTTINI - ITALIA - 25-11-2008
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA - ITALIA - 10-3-2009
WALDEMAR HUMMER - AUSTRIA - 28-7-2009
RAFAEL DOMINGO OSLÉ - ESPAÑA - 11-8-2009
CARLOS AUGUSTO RAMOS NÚÑEZ - PERÚ - 15-12-2009
RAMIRO MORENO BALDIVIESO - BOLIVIA - 15-12-2009
JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI - PARAGUAY - 15-12-2009
CARLOS I. JARAMILLO JARAMILLO - COLOMBIA - 15-6-2010
ERNESTO JINESTA LOBO - COSTA RICA - 23-11-2010
ROMAN DUQUE CORREDOR - VENEZUELA - 23-11-2010
KARLOS NAVARRO MEDAL - NICARAGUA - 23-11-2010
IVÁN ESCOBAR FORNOS - NICARAGUA - 5-4-2011
MARCELO FIGUEIREDO - BRASIL - 5-6-2012
ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ - CHILE - 3-7-2012
LEONORDO PÉREZ GALLARDO - CUBA - 7-8-2012
RONALD CÁRDENAS KRENZ - PERÚ - 6-8-2013
MARIO CASTILLO FREYRE - PERÚ - 6-8-2013
JUAN A. ESPINOZA ESPINOZA - PERÚ - 6-8-2013
ANTONIO COLOMER VIADEL - ESPAÑA - 1-4-2014
RAFAEL NAVARRO VALLS - ESPAÑA - 1-7-2014
VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO - ESPAÑA - 1-7-2014
DOMINGO BELLO JANEIRO - ESPAÑA - 1-7-2014
JAVIER MARTÍNEZ TORRON - ESPAÑA - 1-7-2014
DANIEL-SEDAR SENGHOR - SENEGAL - 1-7-2014
ALEJANDRO GARRO - USA - 7-4-2015
HUGUES FULCHIRON - FRANCIA - 7-4-2015
JAMES GARDNER - USA - 2-6-2015
MARGARITA LUNA RAMOS - MÉXICO - 2-6-2015
CARLOS AYALA CORAO - VENEZUELA - 3-5-2016
MIGUEL HERRERO DE MIÑON - ESPAÑA - 16-6-2017
RICARDO OLIVERA GARCÍA - URUGUAY - 3-7-2018
BERND SHUNEMANN - ALEMANIA - 18-6-2019
FERNANDO A. BECONI ORTIZ - URUGUAY - 6-8-2019
ALICIA FERRER MONTENEGRO - URUGUAY - 6-8-2019

**ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**III ENCUENTRO DE INSTITUTOS
DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA**

**“LA EMPRESA:
VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL.
SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO
GLOBAL”**

COMISION EJECUTIVA

**DR. EFRAIN HUGO RICHARD.
DRA MARCELA ASPELL
DIRECTORES**

**DRA MARIA INES BERGOGLIO.
COORDINADORA GENERAL**

COMISION DE REFERATO

**DR. JUAN CARLOS PALMERO
DR. JUAN MANUEL APARICIO
DR GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER
DR. CARLOS JULIO LASCANO
DRA. SILVVIA ADRIANA DREYZIN DE KLOR**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTOS

INSTITUTO DE LA EMPRESA

Director: Académico de Número, Doctor Efraín Hugo Richard

Vice Director: Académico de Número, Doctor José Fernando Márquez.

Secretaria: Dra. Luisa I. Borgarello

INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO JUDICIAL

Director Académico de Número, Doctor Armando S. Andruet (h).

Secretario: Ab. Jorge Barbará

INSTITUTO DEL NOTARIADO Y DE DERECHO REGISTRAL

Director: Académico de Número, Doctor Gabriel B. Ventura.

Secretario: Doctora Raquel Virginia Moyano.

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico de Número, Doctor Juan Manuel Aparicio.

Vice Director: Académico de Número, Doctor Manuel Cornet.

Secretaria: María Cristina Plovanich

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES "DOCTOR JORGE DE LA RÚA"

Director Académico de Número, Doctor Carlos Julio Lascano.

Vice Director Académico de Número, Doctor José Daniel Cesano.

Secretaria: Dra Carolina Prado

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Director: Académico de Número, Doctor Ernesto Rey Caro.

Secretaria: Dra. Cristina Rodríguez de Taborda

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

Director Académico de Número, Doctora Zlata Drnas de Clement.

Secretaria: Dra. María Alejandra Sticca

INSTITUTO DEL FEDERALISMO

Director: Académico de Número, Doctor Antonio María Hernández.

Vice Director: Académico de Número, Doctor Guillermo Eduardo Barrera Buteler.

Secretaria: Dra. Paulina Chiacchiera

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO, "ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ"

Director: Académico de Número, Doctor José Daniel Cesano.

Secretario: Dr. Diego Peretti Avila

Sede Santiago del Estero: Dr. Pablo Lucatelli

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS IDEAS POLÍTICAS "ROBERTO I. PEÑA"

Director: Académico de Número, Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Secretario: Académico de Número Doctora Marcela Aspell

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director Académico de Número, Doctor José I. Cafferatta Nores.

Secretaria: Ab. Daniela Bianciotti

INSTITUTOS REGIONALES

INSTITUTOS DE LA REGIÓN CUYO

Director Pascual Alferillo.

Vice Director: Aldo Guarino

Sedes: Mendoza. Dra. Mariel Molina

San Juan. Dr. Juan Carlos Pandiella

San Luis. Ab. María E. Bonna

Villa Mercedes. Dr. Gustavo Bertres

San Rafael. Ab. Pablo Peñasco

INSTITUTOS DE LA REGIÓN CENTRO

Director Dr. Edgardo I. Saux.

Vice Director: Dr. Alejandro Andrada

Sedes: Rosario: Secretario: Dr. Carlos Hernández

Santa Fe.

Paraná.

San Francisco Córdoba

INSTITUTOS DE LA REGIÓN NORDESTE

Directora Dra. Mirta Gladys Sotelo de Andreau.

Sedes: Corrientes. Secretaria Verónica Torres de Breard.

Resistencia.

Formosa.

Posadas.

INSTITUTOS DE LA REGIÓN NOROESTE

Director Dr. Juan Carlos Veiga.

Vice Director: Dr. Roberto Loutayf Ranea

Sedes: Tucumán. Secretario: Rodrigo Padilla

Jujuy: Javier Arias Cau

**“LA EMPRESA:
VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL
SUS CONTRIBUCIONES AL
CRECIMIENTO GLOBAL”**

Índice

Reflexión propedéutica	
Armando S. Andruet (h)	18
Presentación	
Efraín Hugo Richard	22
CONFERENCIAS CENTRALES	
La infrapatrimonilización empresarial	
Fernando Beconi Ortiz.....	28
Autofinanciamiento por enriquecimiento	
Cuestión axial del régimen societario	
Ricardo Olivera García.....	40
La empresa, su viabilidad y conservación	
en caso de ser declarada en concurso. Una	
Mirada desde el derecho uruguayo	
Alicia Ferrer Montenegro	60
La empresa. Visión jurídica y social.	
Sus contribuciones al crecimiento global	
Hugo Krajnc.....	83
El derecho penal en el dilema trágico	
Bernd Schünemann.....	89
PONENCIAS DE INSTITUTOS	
Instituto de la Empresa	98
Instituto de Filosofía y Derecho Judicial	223
Instituto en Región Centro	278

Instituto en Región Nordeste	320
Instituto del Notariado y Derecho Registral	408
Instituto en Región Noroeste	439
Instituto de Derecho Civil	487
Instituto en Región Cuyo	525
Instituto de Ciencias Penales	579
Instituto de Derecho Internacional Público Y Derecho de la Integración	643
Instituto de derecho Ambiental y los Recursos Naturales	696
Instituto de Federalismo	760
Instituto de Derecho Comparado	803
Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas	854

REFLEXION PROPEDEUTICA

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el año 1941 en que ella fuera aprobada en sus estatutos por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, tuvo como objetivo principal, no solo el ser productora y difusora de la ciencia del derecho en el sentido más amplio que cabe brindarle a la expresión pedagógicamente hablando, tal como sugiere la letra del art. 3 inc. 1 de sus Estatutos. Sino también, el poder hacerlo a lo extenso del vasto territorio de la República Argentina. Con los años, la tesis se fue consolidando de tal manera, que nuestro antiguo Presidente Pedro J. Frías, llegó a señalar en palabras memorables¹, por lo que han significado para todos los que luego de él, hemos atendido la conducción de la Corporación, que es la Academia de Derecho de Córdoba, la Academia Federal de Derecho.

Ello hoy, lo volvemos a mostrar con la sencillez de los hechos.

Nuestra Academia vincula norte y sur, este y oeste de la República, mediante la labor activa y proficua que sus cuatro Institutos Regionales: Centro, Cuyo, Nordeste y Noroeste ejecutan como labor científica; integrados esos Institutos por los mayores juristas del interior del país y aquellos otros profesores y abogados más jóvenes, dispuestos siempre a estudiar con sus mayores. Todos ellos, y cada uno de los Institutos desde el lugar que les corresponde, intentando hacer una sinapsis científica del derecho para una mejor institucionalidad de la República, una mejor vida a los ciudadanos y un mejor proyecto para las generaciones futuras.

Esa formulación es ambiciosa para cualquier Institución cuando se la quiere llevar adelante; por ello, cuando es finalmente materializada, no puede ser ocultada, ni presentada en manera tímida y con cierta resignación de haberse hecho; sino todo lo contrario, esto es: haciendo saber lo complejo que ha sido y las dificultades que ha habido que sortear, y que hay que continuar superando para sostener la meta alcanzada.

Creemos, que cuando son estos logros los que hay que presentar, que no hablan de una persona, sino de todo un colectivo académico de diferentes geografías de nuestro país, de diversas extracciones científicas y diversidades doctrinarias, es que deben presentarse los mismos con la debida estridencia. Y ello es lo que esta Academia Nacional de Derecho ha realizado. Pues dicha conquista, se coloca de manifiesto de nuevo en esta ocasión, presentando el proyecto común de la mirada de casi un centenar de juristas: Académicos de Número algunos, Académicos Correspondientes otros, y también de quienes sin estar en ninguna de las dos categorías anteriores, producen y discuten con los ya citados, tesis jurídicas, científicas o prácticas en el valioso espacio de los Institutos que esta

¹ Cfr. Luque Colombes, C. (1998) *Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho y Cs.Ss. de Córdoba (1941-1991)*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Cs.Ss. de Córdoba, pág. 13.

Academia tiene *ad intra* y *ad extra* de ella. Ese es, y no otro el valor auténticamente republicano que este Encuentro tiene.

Hacia dentro, nos referimos a los Institutos de la Academia Nacional y que son presididos cada uno de ellos por un Académico de Número. De ellos, han sido los Institutos: Federalismo, Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Derecho Civil, Ciencias Penales, de la Empresa, Filosofía del Derecho y Derecho Judicial, Derecho Comparado, Derecho Procesal, Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Derecho Ambiental y Recursos Naturales y Notariado y Derecho Registral, los que durante los días en que se celebra esta III Jornada, mediante la exposición de sus Directores y algunos de sus miembros integrantes, nos permitirán conocer acerca de sus opiniones, reflexiones y discusiones que en torno a la Empresa, han considerado pertinente de participarnos.

De igual manera, los cuatro Directores de los Institutos Regionales y Académicos Correspondientes, junto con integrantes de los Institutos del Centro, Cuyo, Nordeste y Noroeste, harán lo propio y de esa forma, nuestro federalismo académico se volverá a representar con entidad suficiente, puesto que la mirada será cumplida desde el mismo lugar en que la Empresa se encuentra con sus fortalezas y debilidades, sus inserciones y sus desatenciones.

A más de ello, no podemos dejar de señalar que nos acompañaran como invitados especiales, pero que durante el transitar de los días, pasarán a ser integrantes de la Corporación Académica puesto que se habrán de incorporar como Académicos Correspondientes en el extranjero, y por quienes habremos de poder también conocer acerca de una mirada que desde países vecinos como es Uruguay y Paraguay o de otro continente, como es Alemania; sus reflexiones acerca de la perspectiva que desde dichos lugares se puede tener de la Empresa igualmente. En función de ello, es que no dudamos, que los aportes de los Profesores extranjeros serán por demás oportunos. A ello hay que agregar, dos miradas específicas que se han sumado de personas no Académicas ni tampoco integrantes de Institutos, pero que nos ayudarán a reconocer las tensiones entre el desarrollo institucional de la ciencia en la provincia de Córdoba y el mundo de la Empresa, como también las propias solicitudes de la Empresa, desde el mismo palpitar empresarial.

Gracias entonces, a todos los que en su medida han cooperado con su trabajo académico para alcanzar esta recopilación que ahora está a la vista, de la totalidad de las ponencias que se habrán de leer o comentar, pero cuyo texto escrito original y ciertamente más extenso al presentado queda en este registro digital.

Todo ello, le coloca una magnitud y volumen a este III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y que hemos dado en convocar bajo el título de 'LA EMPRESA: VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL. SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL'; y que a nosotros mismos nos ha sorprendido con mucha alegría, que fuera tan bien recibido el tema de su centralidad por la totalidad de juristas, profesores y abogados que conforman la Academia extendida.

Huelga señalar, que detrás de una Empresa siempre hay no solo quienes habrán de obtener utilidades que fortalecerán con ellas la misma consolidación del capital empresarial, sino también un colectivo de personas que son quienes hacen el trabajo y en cada una de ellas y por la nombrada práctica de trabajar; se produce la maravillosa realización del ser humano, que es dignificarse con la labor que cumple y con ella, extiende la promoción del mismo bien común a toda la sociedad.

Pues la Empresa no es solo una unidad de negocio empresarial, sino que es antes que ello, un núcleo donde se concentra una potencialidad generativa de bien común y por ello, la misión siempre de la reflexión de la ciencia del derecho es la de pensar en términos de la mejor humanización de la vida social de las personas; y ello impone lo que hemos intentado alcanzar, mirar la Empresa como un poliedro, en donde cada una de las múltiples caras que contiene la figura geométrica pueda ser apreciada con perspectivas diferentes; pero ninguna desatiende que la figura es la que es y que la razón de ella es siempre de beneficios para quienes trabajan, para quienes son sus accionistas y para toda la sociedad que pueda alcanzar mejor óptimos, mediante el emplazamiento de la misma.

Solo la escucha atenta, con reflexión y crítica que podamos hacer de las diferentes contribuciones que están contenidas en el presente volumen, nos podrá dar la respuesta si ello se ha alcanzado y de serlo, poder estimarse en qué medida. Sin duda que la lectura de los trabajos de casi un centenar de colaboradores es por demás auspicioso para dicho resultado; pero las nuevas cuestiones que el intercambio que se habrá de presentar entre miradas convergentes o divergentes sobre alguna de las caras del poliedro, ayudará a todos a que podamos focalizar nuestro análisis para un mejor resultado.

Por todo ello también debo agradecer por adelantado, la disposición a la discusión de las tesis, puesto que solo cuando ello se produce el diálogo que sigue, es verdaderamente edificante. Recuerdo para evitar confusión, que 'discusión' proviene del verbo *discutere*, que significa sacudir algo y separarlo en distintos fragmentos para poder examinarlo. Justamente Godofredo Leibniz marcaba que el análisis racional no es otra cosa, que separar las partes para comprenderlas y luego volverlas a unir. Allí también, lo que luego conoceremos como las reglas para la dirección de la mente de Descartes.

Hemos convocado a este III Encuentro a ese resultado: discutir las caras del poliedro Empresa, para luego potenciar el bien común y el bien institucional de la República. No nos interesa en el sentido preciso entonces el 'debate', pues dicha palabra en su etimología al menos, nos remonta al verbo '*battuere*' que significa golpear y ello la aproxima entonces al combate y nunca una lucha, es síntoma de racionalidad madura. Somos cultores en esta Corporación, de las discusiones, apreciamos el transitar el logos con los demás, esto es haciendo la práctica del diálogo con habitualidad.

Habremos entonces, compartido días de discusión, con la satisfacción que es para un mejor estar de todos nosotros y siempre en la profunda convicción, que sin derecho no hay sociedad que pueda progresar, pero también reconociendo que dicha sociedad debe saber reconocer el lugar digno para cada uno.

Por último, y con la sola expresión de la gratitud por el esfuerzo no solo a todos quienes han escrito para este III Encuentro, sino especialmente para quien ha sido Co-Director del mismo, nuestro Académico de Número Efraín Hugo Richard y la restante Co-Directora y Vicepresidenta de la Academia Marcela Aspell, quien cargó con la responsabilidad de la presente edición. Todo ello, con la Coordinación General de la Académica de Número María I. Bergoglio. Finalmente dejo a la lectura de todos, el resultado de un esfuerzo mancomunado de muchas más personas, Académicos algunos y colaboradores administrativos y externos otros. Sin ellos, tampoco habría sido posible.

Armando Segundo Andruet (h)
Académico Presidente

PRESENTACIÓN

Se me ha encomendado una breve introducción a este libro electrónico, compuesto por trabajos y comunicaciones vinculado a la convocatoria de esta Academia al III Encuentro de sus Institutos para afrontar un multifacético tema "LA EMPRESA VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL. SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL".

Desde el índice, -donde se registran los trabajos presentados-, como de las intervenciones previstas en el Programa para estos días, se advertirá la multidisciplina y los variados enfoques a la problemática de la invitación, que impiden que en breves líneas haga una referencia específica a los mismos.

La temática, elegida entre varias propuestas por las Autoridades de la Academia, respondió a advertir el desafío de afrontar los problemas sociales y económicos que necesita una población más numerosa, más comunicada, más incentivada y a veces no suficientemente comprometida. Ello impone no sólo iniciativa, voluntad, capacidad, sino planificación -individual y general-, creatividad, investigación, ligado al propósito de extensión de los beneficios del progreso logrado, y que las soluciones sean eficientes. No existe compromiso ideológico, sino estar insertos en la realidad que puede requerir no sólo de iniciativas privadas sino también públicas, particularmente en educar para emprender, para organizar, para planificar...

La Academia enfrenta ese desafío, desde su limitado ámbito de lo jurídico y social -sin desentenderse de otros aspectos-. Institucionalmente convocó a sus 14 Institutos y a cuatro eminentes juristas extranjeros a tres jornadas de reflexión sobre un tema medular, para que nos brindaran sus particulares visiones y contribuciones. En este libro electrónico adelantamos los trabajos que se nos hicieran llegar con anticipación. Las conferencias, las contribuciones de cada instituto en las tres jornadas de debates sin duda entregarán otros elementos, pero lo que aquí acercamos contiene ya el germen. El presente es vertiginoso, introduciendo nuevas problemáticas a la humanidad, y avizoro un futuro acelerando cambios, que no siempre generan el resultado que añoramos y acentúan un problema preocupante: la desigualdad, que 21 años atrás resaltaba al cerrar el III Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho en esta misma Ciudad, en la primavera de 1998.

Debemos afrontar esos cambios y los desafíos que entrañan, que siempre generan rispideces. "El hombre no vive en un espacio vacío y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo, y con ello el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas"².

² De *Antropología Jurídica* del Prof. Dr. Otto Friedrich Bolinow, de Tübingia, p. 85 (91), Revista Universitas, diciembre de 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.

Con el pensamiento precedente reconocemos las dificultades que debe afrontar todo investigador, aun cuando vuelva la vista hacia atrás, buceando en principios generales del derecho, para retomarlos y reformularlos. En tema de la visión jurídica, la cuestión no es siempre nuevas normas sino poner en claro cuál es el objetivo de esas normas. Pensamos siempre en fomentar la libertad pero bajo responsabilidad de no dañar, ni a la comunidad ni al medio ambiente, acompañados por una actitud facilitadora del Estado, también atenta a fijar las reglas. El método de construir el sistema jurídico a través de las relaciones de cambio, tanto en su génesis autónoma como en el cumplimiento heterónomo (a través del sistema judicial) está en crisis. Frente a su fracaso, o por lo menos frente a su cuestionamiento, aparece lentamente el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o de terceros determinados. Ello es en particular en torno a las relaciones de organización, de los contratos para generar centros de imputación, de emprendimientos y facilitarlos, como también impedir ciertas conductas nefastas ante las crisis. Se advierte en este método el analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad³, según su funcionalidad, y analizar el conjunto normativo.

Para ese futuro vertiginoso se advierte -en esas relaciones de organización- la necesidad de planificación, de asegurar su viabilidad económica y social, su eficiencia, intentando rapidez en las acciones de reorganización para asegurar "sus contribuciones al crecimiento global". Somos observadores de la realidad compleja -como requería Joaquín Garriguez a los comercialistas-, y en la misión de itinerantes profesores, tratamos de mantener la vocación en el derecho como instrumento de ese crecimiento, metodológicamente planteando el examen de la realidad y las necesidades de la comunidad.

La posmodernidad utilizó el método de la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principio de la modernidad como señala Albert Sobouk⁴, presentando al derecho desde ese discurso. El derecho aparece como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía -en realidad el economicismo- y sirviéndole al derecho, la exaltación de las individualidades aparece en reemplazo de la socialización de los derechos. Se evita la reflexión epistemológica tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto, de sus incidencias en lo social o en un proceso. El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, conforme critica Reinhart Koselleck⁵, sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

Con criterio paleocapitalista se pone al capital en el centro de la escena, postergando lo productivo, sin advertir que lo financiero es accesorio a esto, que el capital no produce riqueza por si mismo, y que sólo se justifica cuando

³ Conf. LORENZETTI, Ricardo "Las normas fundamentales del derecho privado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, p. 153.

⁴ En "La Francia de Napoleón" -Ed. Crítica de Barcelona, año 1992, p. 13.

⁵ En "Historia Magistra Vitae", ed. Zukunft, Frankfurt 1979.

acompaña lo empresarial ayudando a desarrollar su ideación y tomando sólo una parte de la ganancia. De no respetar ese principio lo financiero sólo lograra extraordinarias utilidades en forma efímera antes de un colapso total. Ya se han advertido algunos signos de esa autoliquidación con la liquidación de sociedades gestadas y desarrolladas en el "primer mundo", con sofisticados sistemas de control y auditorías, y con la proliferación de seudos negocios en zonas de bajo o nula tributación.

Para devolver el equilibrio es necesaria otra mística: la de la vocación por el derecho como instrumento de paz social y equilibrio económico. Claro que para esto hay que tener en claro que orden social se requiere para nuestra comunidad. Y definido ello saber que técnicas jurídicas deben emplearse para asegurarlo.

Nos especializamos en la crisis de empresas o sociedades, pero siempre hemos intentado afrontar todas las crisis, y ello luce claramente en los libros del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y Ciencias Sociales, que organizáramos en Córdoba en 1998. Las crisis que genera las limitaciones educativas, alimentarias o sanitarias, las crisis de falta de desarrollo colectivo generan nuestra preocupación. Ocurren a nuestro alrededor, pero apenas levantamos la vista advertimos que estamos inmersos en una crisis global que trasciende Sudamérica. Advertimos los desafíos de la humanidad y sus necesidades, intentando un desarrollo socio económico sostenido para permitir la convivencia y la gobernabilidad. Convivencia y gobernabilidad que es difícil sin un adecuado sistema de administración de justicia con eficiencia para asegurar inmediatos y coherentes reparos y, particularmente avizorar la colaboración del Derecho con ese progreso en lo ya avanzado siglo, para que el hombre logre en comunidad sus máximas realizaciones espirituales y materiales en paz.

*De allí la importancia de esta convocatoria, con una visión amplia, jurídica y social, de la que no escapa lo económico, para el desarrollo global desde múltiples ángulos del poliedro de la organización social. Desde que es jurídicamente "empresa" y su funcionalidad, como las reales contribuciones para el desarrollo deseable. Siguiendo una acepción del Diccionario de la Real Academia, nuestra empresa multidisciplinaria es una "acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo". ¿Conseguir una dinámica grupal para una planificación social sustentable? ¡Vaya si tenemos dificultades!

Los problemas que enfrentamos se verán en los debates, y en intercambios en pasillos y en intervalos, pues es a veces allí donde se forjan las ideas más audaces, las teorías que se han de desarrollar en los próximos tiempos. Esa decisión institucional, apoyados por todos los Miembros de Número e integrantes de los 14 Institutos, la "unidad de organización" capitaneados por Marcela Aspell y la mirada experta de María Inés Bergoglio, y el esfuerzo del Secretario Técnico Christian Sommer, en este "intento o designio de hacer algo" que venimos repitiendo. Nuestro agradecimiento a las

instituciones y colegas que han colaborado con nosotros para el desarrollo exitoso y posible de las Jornadas.

La Academia en sí misma es una empresa, no sólo como “lugar en que se realizan estas actividades”. Nos apartamos –sin abandonarlo- del significado más común que es la “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”, para intentar colaborar con esas acciones –que se verán desarrolladas en muchos de los trabajos, introduciéndonos en el intento de aportar con visión jurídica y/o social a integrar mirar sistemáticamente aquel orden del orden social pretendido, que es el rol del derecho, conforme recordaba repetidamente el inolvidable Pedro J. Frías. Es nuestro “Intento o designio de hacer algo”, de tratar de conducir al progreso en libertad, pero bajo responsabilidad, y hemos asumido ese riesgo, como corresponde.

Este III Encuentro es para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el cumplimiento de sus Estatutos, conforme el artículo 3º inc. a) de la Ordenanza de creación, que le fijó como fin “Estudiar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas, sociales y económicas”, que luce en el art. 1º inc. a) de sus Estatutos, y el tema de debate importa satisfacer lo que la Universidad Nacional de Córdoba le impuso en aquella Ordenanza de creación del 22 de agosto de 1941. Adviértase la señalización de la economía que siempre se introduce necesariamente con lo jurídico y social. En, su fundación, el discurso del primer Presidente Dr. Sofanor Novillo Corvalán afirmó que la Academia debe llevar “una actividad más desplegada que lleve servicios a la comunidad y no los constriña a núcleos técnicos”, lo que se viene ejercitando pública y reiterada, directamente y a través de sus Institutos, que ratifica este Encuentro, conforme lo señala magistralmente el Presidente de la Academia en la “Reflexión propedéutica” que precede a esta presentación.

Estamos en eso. Alentados por las dos reuniones anteriores se consideró necesario que esta temática que hoy nos convoca fuera entrevista desde Córdoba como meridiano austral y mediterráneo de una América pujante, pero a la vez sufriente en el doloroso despertar y crecimiento que genera la globalización económica y de comunicaciones, con sus contrastes de innovaciones tecnológicas y sectorización social, dentro de la planetización económica que genera la marginalidad y la negación al hombre de hasta derechos de primera generación, mezclado con el aliento mediático del consumismo, en la convicción que el derecho representa una técnica para el desarrollo humano, pues lo importante son las personas humanas, y sí no hay crecimiento si no existe desarrollo social, los logros no pueden medirse sólo desde el punto de vista económico si no se visualiza un resultado en el mejoramiento de las condiciones de vida. Para usar la técnica jurídica debe tenerse una clara visión de los objetivos de las mismas como posibilitadoras del orden apetecido, con una férrea valoración de los principios técnicos para alcanzarlos y un adecuado manejo de los remedios jurídicos, las sanciones, asumiendo el derecho como un sistema de vida y convivencia.

No tendría energía para sostener mi vocación a estas alturas, sino mantuviera mi convicción en el sistema jurídico como posibilitador de un cambio social en paz.

Estos encuentros generan una especial sinergia, por la dinámica grupal, donde a la par de acuerdos y profundizaciones se generan disensos. Y en ese disenso se crea el derecho, se ajusta la interpretación, se integra en el sistema jurídico de cada país, se atiende la realidad compleja.

Bienvenidos, gracias por las contribuciones que permiten esta publicación con la que les recibimos y ahora estas Jornadas son, como este Libro, de ustedes disertantes, panelistas y asistentes, en esta Córdoba hoy colorida por sus jacarandas y santas ritas en esta cálida primavera.

Efraín Hugo RICHARD
Codirector



CONFERENCIAS CENTRALES

LA INFRAPATRIMONIALIZACION EMPRESARIAL

Fernando Andrés Beconi Ortiz

Sumario

- 1.1 *Las Sociedades en la legislación paraguaya*
- 1.2 *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*
 - 1.3 *Actos de Administración.*
 - 1.4 *Actos societarios: alcances.*
- 2. *La Crisis y el patrimonio. Sociedad que opera en condiciones de insolvencia*
 - 2.1 *Capacidad patrimonial societaria e infrapatrimonialización.*
 - 2.2 *La denominada infracapitalización y la infrapatrimonialización*
 - 2.3 *Capital insuficiente.*
 - 2.4 *La problemática del capital social y la responsabilidad limitada.*
 - 3. *Infracapitalización*
 - 3.1 *La responsabilidad de los administradores.*
 - 3.2 *Actividad ilícita y concurso de la sociedad.*
 - 3.3 *La responsabilidad en la quiebra.*
 - 3.4 *Acción individual de responsabilidad.*
 - 4. *Bibliografía*

La Empresa concebida como la actividad organizada, que reúne los elementos conocidos como el sujeto empresario, un mercado, una metodología de trabajo, instrumentos materiales, derechos intelectuales, líneas de comercialización, derechos de explotación de la más amplia gama de variantes, un territorio determinado o determinable, entre muchos otros elementos, desde siempre ha buscado los medios para satisfacer la seguridad de los límites de responsabilidad del empresario, al mismo tiempo de dar suficiente garantía al consumidor, acreedor contractual o extracontractual, así como a cualquier persona con quien se relacione la empresa por cualquier medio para responder por la eventual responsabilidad que pueda ser generada por el producto, servicio, provisión, o cualquier situación generada en el marco de la realización de las actividades de la empresa dentro de un mercado.

Desde las figuras jurídicas más antiguas, tales como la separación de la fortuna de tierra y la fortuna de mar, nacida en el seno de la actividad marítima mercantil, y que ha sido tal vez una de las primeras estructuras de separación y limitación de responsabilidad del empresario, hasta llegar a estructuras societarios altamente complejas en su organización, integración de socios y de patrimonio, así como de su localización geográfica u hoy día virtual, bajo la legislación de una determinada soberanía que las rige, cada día genera una mayor dinámica de condicionamientos que obligan a las ciencias jurídicas a

revisar la consideración sobre el instituto de la responsabilidad limitada del empresario en el marco del desarrollo de su actividad productiva.

1.1 LAS SOCIEDADES EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA

El derecho positivo paraguayo ha iniciado con el código de comercio de fines del siglo XIX la historia jurídica societaria paraguaya, mediante el reconocimiento de estructuras societarias algunas sobrevivientes en nuestros días y otras extinguidas, habiéndose introducido en el año 1941 la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y con posterioridad unificándose el derecho civil y comercial en un solo cuerpo normativo en virtud al Código Civil del año 1985, que entra en vigencia en el año 1987, modificada substancialmente el año 1994, en el marco de la constitución de Sociedades Anónimas.

Hemos visto en los últimos años una abundante introducción de modificaciones en materia societaria, constituyéndose la Ley del Mercado de Capitales en un instrumento normativo societario complementario, así como las últimas modificaciones que afectaron recientemente a la Sociedad Anónima, hasta llegar al proyecto de Ley de Sociedades Anónimas Simplificadas, conocidas en algunos países como Empresas por Acciones Simplificadas, hoy en estudio en nuestro Congreso o Poder Legislativo.

1.1. 1.2 LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Todo ello sin perjuicio de la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.), prevista en la Ley del Comerciante del año 1983, que ha generado un marco de limitación de responsabilidad puesto a disposición del empresario como alternativa para limitar su responsabilidad sin constituir una sociedad.

1.2. 1.3 ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.

El Art. 974 del Código Civil Paraguayo dispone: “... A falta de cláusula expresa, la amplitud de los poderes de administración se determina por la naturaleza y fin de la sociedad. La administración de la sociedad se reputa un mandato general que comprende los negocios ordinarios de ella con todas sus consecuencias. Son negocios ordinarios aquellos que no requieren poderes especiales.”

El ejercicio de la gestión empresarial, se desarrollará en función a la política establecida por los socios, recibida por el directorio y ejecutada por este órgano de gobierno. La estructura empresarial, cuanto más amplia, requiere una mayor cantidad de divisiones y jefaturas, colaboradores de rango técnico, y personas que se encargan de ejecutar las instrucciones recibidas por el superior inmediato, en cumplimiento de la gestión encomendada. Por ello, la ejecución del acto de administración empresarial, se halla ceñida a la determinación de cual constituye el objetivo general, y cuáles son las tareas específicas para lograr el referido objetivo general, trazado, planificado y proyectado. Todo ello puede hallar un límite legal, en el límite del requerimiento de poderes especiales,

como punto de referencia hasta el cual puede ejercerse el acto de comercio dentro de los límites pertinentes de acción.

Siempre se halla presente la capacidad del socio para el control de la gestión de la empresa, sin importar el tipo de sociedad en cuestión, pero dentro de las limitaciones que impidan el entorpecimiento del desarrollo de los negocios propios del establecimiento mercantil. El artículo 979 del Código Civil establece al respecto que: *“La cláusula convencional que prohíba a los socios inmiscuirse en la administración, no impedirá a cualquiera de ellos examinar los negocios, pudiendo a dicho fin exigir que se presenten los libros, documentos y papeles y formular las reclamaciones que juzgare convenientes.”*

1.3. 1.4 ACTOS SOCIETARIOS: ALCANCES.

Con relación al alcance de los actos societarios el artículo 974 del Código Civil Paraguayo dispone: *“...En defecto de limitación expresa, lo que hiciere cualquiera de los socios en nombre de la sociedad obligará a ésta; pero cada socio tendrá derecho a oponerse a los actos de los restantes mientras no hubieren producido sus efectos. Todo socio puede exigir que los demás contribuyan a los gastos necesarios para la conservación de los bienes sociales. Los administradores son solidariamente responsables ante la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley y el contrato social. Sin embargo, la responsabilidad no se extenderá a aquellos que demostraren estar exentos de culpa”*.

Tenemos que establecer la “demarcación territorial” de las disposiciones generales y las particulares que se formulan en el capítulo que rige a las sociedades en la legislación del Paraguay.

La capacidad de gestión de los socios, expresada precedentemente, encuentra que la limitación del accionar de la sociedad se reconoce en el tipo de sociedad en cuestión. Si nos referimos a una Sociedad Anónima, la Ley establece con claridad que la misma requiere un Directorio para su funcionamiento, así como en el caso de las sociedades en comandita, el socio colectivo o comanditado es quien ejerce la administración, excluyéndose a los socios comanditarios, quienes no ostentan esta competencia, cargándose la responsabilidad ilimitada y solidaria al socio comanditario que eventualmente ejerza un acto de administración, perdiendo su cualidad de ser responsable hasta el límite de sus aportes, como lo reconoce la norma.

2. LA CRISIS Y EL PATRIMONIO. SOCIEDAD QUE OPERA EN CONDICIONES DE INSOLVENCIA

2.1. CAPACIDAD PATRIMONIAL SOCIETARIA E INFRAPATRIMONIALIZACIÓN

El patrimonio de la sociedad debe ser suficientemente capaz de soportar las obligaciones que el giro de la sociedad trae aparejado.

La Ley en el Paraguay, no contempla un valor mínimo para la constitución y nacimiento de una sociedad en general, salvo el caso de las sociedades con objeto específico y que por la naturaleza de sus negocios requieran sumas determinadas de capital social.

Así tenemos el caso de las entidades Bancarias y Financieras, que para poder obtener su respectiva licencia concedida por el Banco Central del Paraguay, deben contar con un capital mínimo aproximado de diez y cinco millones de dólares respectivamente, así como el caso de las demás entidades fiscalizadas por el Banco Central y que desarrollan sus negocios en torno al mundo financiero, entre ellas tenemos a las casas de cambio, a los almacenes de depósito, quienes emiten títulos de crédito negociables (representativos de la propiedad de bienes depositados), así como las empresas Fiduciarias, que para su constitución deben contar con el capital mínimo de una entidad financiera, o eventualmente éstas o los bancos pueden desarrollar negocios fiduciarios, gracias a su estructura y solvencia.

Además del caso de las empresas de seguridad privada y las transportadoras de caudales, que, por el tipo de giro y riesgo creado, requieren un capital singularmente elevado para obtener la licencia correspondiente.

Y también podemos citar a las empresas industriales que para acogerse a determinados beneficios fiscales deben efectuar inversiones de un valor elevado.

Más allá de los casos señalados, en los cuales se puede colegir que la finalidad de la Ley, es la tutela de los intereses del acreedor contratante, o eventualmente del acreedor que se ha constituido en tal por un vínculo extracontractual, y por supuesto, que se ha producido en forma ajena a la intención de las partes.

2.2. LA DENOMINADA INFRACAPITALIZACIÓN Y LA INFRAPATRIMONIALIZACIÓN

Si bien es cierto que se han desarrollado diversas investigaciones sobre la eventual responsabilidad por la infracapitalización de una sociedad, es más razonable hablar de una “infrapatrimonialización” de la misma, puesto que al establecerse como norma la ausencia de un valor mínimo de capital social, para la generalidad de las actividades empresariales, sucede que el aporte de socios para la futura capitalización, así como la obtención de préstamos, la captación de inversiones por medio de la emisión de bonos, ya sea en el mercado de capitales o en forma privada, permiten a la sociedad que ésta cuente con los recursos necesarios para el desarrollo de sus negocios, que pueden requerir capitales muy por encima del capital social establecido estatutariamente.

En consecuencia, la generalidad de los casos de concursos de acreedores o eventuales quiebras de empresas, nos lleva a encontrarnos con un patrimonio, independientemente al valor del capital, muy por debajo de las cantidades exigidas por el grupo de acreedores, que debe presumirse, salvo prueba en contrario que aporte el deudor, que ha sido producto de una irresponsable asunción de deudas efectuadas por el referido deudor. Esta circunstancia trae aparejada una cantidad de responsabilidades no sólo civiles, sino también penales, y en particular no está demás referirnos a un delito establecido en el Artículo 178 del Código Penal, que nos habla de la Conducta conducente a la quiebra, que dice en su primer apartado:

1° El que:

1. fundara o ampliara una empresa con una base de capital claramente insuficiente, según las exigencias de una administración económica prudente, y teniendo en cuenta, especialmente, la finalidad de la empresa y de los medios necesarios para el logro de ella; estableciéndose con una claridad absolutamente complementaria a la cuestión societaria propiamente dicha, que la cantidad de capital aportado a la sociedad es un elemento extraordinariamente importante para los efectos de la cobertura de las responsabilidades asumibles por la sociedad. No puede por ende desconocerse la obligación que tienen los socios de incorporar el flujo de capital suficiente, independientemente al instituto del “capital social” para el ejercicio de la actividad comercial. Es por ello que traemos a colación la normativa penal, de la cual emerge una condición que en materia civil y mercantil no se halla tan claramente expuesta.

Continúa el referido artículo estableciendo que, quien:

2. adquiriera a crédito mercancías o valores, y vendiera, removiera o cediera estos mismos o las cosas fabricadas con ellos, considerablemente por debajo de su valor; o

3. obligado por ley a llevar libros de comercio, administrara una empresa sin procurarse mediante su correcto llevado u otros medios, el conocimiento sobre su estado patrimonial real, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° El hecho es punible solamente cuando:

1. el autor o la empresa fundada o ampliada por él, haya caído en cesación de pago o cuando se haya declarado la quiebra; estableciéndose aquí la “conditio sine qua non” de que para la configuración del ilícito debe producirse el cese del cumplimiento de las obligaciones del deudor.

También el artículo 179 del Código Penal, nos habla de la Conducta indebida en situaciones de crisis, estableciéndose que:

1° El que en caso de insolvencia o iliquidez inminente o acontecida:

1. gastara o se obligara a pagar sumas exageradas mediante negocios a pérdida o especulativos, juegos o apuestas, o negocios de diferencia respecto a mercancías o valores;

2. disminuyera su patrimonio mediante otros negocios jurídicos respecto a la parte que, en caso de declaración de quiebra, pertenecería a la masa;

3. *removiera u ocultara partes de su patrimonio que, en caso de quiebra pertenecería a la masa;*
 4. *simulara derechos de otros o reconociere derechos simulados;*
 5. *antes del término del plazo legal para la guarda removiera, ocultara, destruyera o dañara libros u otros papeles de comercio que un comerciante legalmente debe llevar o guardar;*
 6. *en contra de la ley,*
 - a) *elaborara o modificara balances de tal manera que esto dificulte conocer su estado patrimonial real; o*
 - b) *omitiera elaborar el balance de su patrimonio o el inventario en el plazo establecido.*
 7. *en el tráfico mercantil utilizara resúmenes falsos o distorsionados del estado real de sus negocios o patrimonio⁶, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*
- 2° *El que en los casos del inciso 1°:*
1. *negligentemente desconociera su insolvencia o iliquidez inminente o acontecida; o*
 2. *realizara con negligencia grave las conductas descritas en los numerales 1, 2 o 7, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.*
- 3° *En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 178.*
- Artículo 180.- Casos graves 1°** *Cuando en los casos del artículo 178 inciso 1°, el autor:*
1. *actuara con la intención de enriquecerse; o*
 2. *a sabiendas, pusiera a muchas personas en peligro de indigencia o de pérdida de los valores patrimoniales que le haya confiado, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.*

2.3. CAPITAL INSUFICIENTE

En el derecho positivo paraguayo, el socio debe suscribir por entero el capital social, por tanto la posterior integración, que en el caso de las sociedades cerradas no tiene un tiempo legalmente establecido, y en el caso de las sociedades abiertas cuenta con un determinado plazo, nos trae una problemática en el primero de los citados (sociedades cerradas), que a la hora de acceder a los activos de las sociedades, en muchos casos nos hace encontrar con un patrimonio, en el mejor de los casos insuficiente, sino totalmente inexistente.

En estas condiciones el capital suscripto, conforme nuestra Ley, en su totalidad, nos genera la garantía de contar con la responsabilidad solidaria e ilimitada de los suscribientes, en contra de cuyo patrimonio pueden ejercerse los reclamos correspondientes. Ahora bien, la cuestión puede ir complicándose, cuando se han transferido acciones (o derechos sobre éstas), que permitirían identificar una cadena de aportantes de capital que se han relacionado desde el inicio de la

⁶ El caso de las declaraciones juradas patrimoniales presentadas ante las entidades crediticias, es casi una constante de la comisión de este hecho punible, que trae aparejada indudablemente la responsabilidad civil y patrimonial conjunta a la penal, puesto que las empresas en el afán de calificar como sujetos de crédito, presentan una composición de activos normalmente abultada, así como una composición de pasivo reducida, llevando al acreedor a tomar la decisión de aprobar las solicitudes de crédito.

constitución de la sociedad, y hasta el momento de producirse el reclamo por parte del acreedor.

Si a esto agregamos la capacidad de las personas jurídicas tanto nacionales como extranjeras de constituir sociedades en el Paraguay, la complejidad se eleva en forma exponencial, puesto que la capacidad patrimonial de las mismas, principalmente en el caso de las sociedades extranjeras no es generalmente trazable con facilidad, atento que las mismas normalmente desarrollan diversas actividades mercantiles en más de dos países, con la composición de activos y pasivos no siempre identificados en forma clara en una determinada contabilidad o en un determinado balance, siendo necesario en un mundo ideal, la consolidación de la totalidad de activos y pasivos de una empresa transnacional en un sólo balance.

El capital constituye el patrimonio fundacional de una sociedad para permitirle el cumplimiento del objeto social. La noción de infracapitalización está todavía sometida a discusión por su dificultosa apreciación en un sistema jurídico de sociedades de capital fijo. Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia, por no tener un patrimonio o las disponibilidades patrimoniales para atender las obligaciones exigibles.⁷

Lo sustancial es que la sociedad se encuentre debidamente patrimonializada para regular su funcionamiento y para cumplir con el objeto social y no caer en la causal sustancial de disolución como es la imposibilidad sobreviniente de lograrlo. Estando ese precepto íntimamente ligado a la infracapitalización sustancial, lo importante no es el capital social, sino el patrimonio social (conjunto de derechos y obligaciones) para lograr la empresa.⁸

2.4. LA PROBLEMÁTICA DEL CAPITAL SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

La responsabilidad de los socios en los casos de infracapitalización se asienta sobre dos pilares fundamentales, cuales son:

1. El tratamiento de la responsabilidad limitada como una prerrogativa⁹ que requiere – por así decirlo – de una garantía o contravalor, o cuanto menos que genera responsabilidades por su "abuso".

Cabe decir, que a la limitación de la responsabilidad debe corresponderse con un capital social adecuado, sin que baste el régimen de publicidad para la protección de terceros.

2. La exigibilidad de una relación entre el capital social (o, mejor aún, los "medios propios", lo que entendemos como patrimonio neto) y el objeto social (o la actividad concretamente realizada por la sociedad)¹⁰.

⁷ RICHARD, Efrain Hugo. *Insolvencia societaria*. Ed. Lexis Nexis. Bs. As. pág. 140.

⁸ RICHARD, Efrain Hugo, *ob. cit.* pág. 141

⁹ PAZ-ARES, Cándido, "Sobre la infracapitalización" *cit.*, habla del "carácter privilegiado de la limitación de la responsabilidad", pág. 1588.

¹⁰ MENDEZ, Juan, *Summa Societaria*, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. pág. 1400.

Existe una premisa importante que debe ser destacada: la limitación en la responsabilidad de los socios en los tipos societarios llamados "de capital" es una característica propia – más precisamente "típica" valga la redundancia – de éstos, que reconoce su origen en la voluntad del legislador, motivo por el cual la ampliación de esta responsabilidad por cualquier medio – sea por vía de la extensión de responsabilidad, solidaridad o inoponibilidad de la persona jurídica a determinados terceros – reviste un carácter excepcional.

Esto nos lleva a decir que tales responsabilidades sólo pueden establecerse – en líneas generales – en protección de principios jurídicos de mayor importancia que aquel tenido en cuenta por el legislador – en el curso de los últimos siglos – para limitar la responsabilidad de los socios.

La necesidad de un capital congruente o, al menos, no manifiestamente inadecuado -como contrapeso de la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades de capital- para conseguir el objeto social o realizar la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad, fue una preocupación constante del legislador en la historia¹¹.

3. INFRACAPITALIZACIÓN

Se introduce la noción de infracapitalización material, sustancial o funcional vinculadas a las obligaciones de los administradores sociales para continuar o disolver la sociedad. La sociedad responde con todo su patrimonio y este se acrecienta o disminuye de acuerdo con el éxito o no éxito de la actividad empresarial.¹²

3.1 LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades en insolvencia, eventualmente del o de los controlantes, ensayamos una posición¹³; El administrador societario que contrata en estado de cesación de pagos con terceros, obteniendo una prestación que incorpora al patrimonio social en plena conciencia de que ésta no podrá cumplir sus obligaciones, actúa dolosamente y por lo tanto asume responsabilidad. Ésta es nuestra opinión, que reiteramos para dar un nuevo avance en torno a la actividad societaria en insolvencia.

En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material o subcapitalización–, que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos, por los acreedores sociales, posteriores a esa situación. En esa situación se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores.¹⁴

¹¹MENDEZ, Juan, ob. Cit. pág. 1406

¹² COLOBRES, Gervacio, cit pág. 134

¹³ RICHARD, Efraín H., "Responsabilidad del administrador de sociedad insolvente", cit., pág. 887 y ss.; "Responsabilidad de administradores societarios", cit., pág. 31.

¹⁴ RICHARD, Efraín H., "Insolvencia societaria". Ed. Lexis Nexis. Bs. As. pág. 291.

3.2 ACTIVIDAD ILÍCITA Y CONCURSO DE LA SOCIEDAD

Si una sociedad actúa prolongadamente en insolvencia, con conocimiento de los administradores o que debió ser conocida estos, quedaría atrapada por la sanción por actividad ilícita y el uso antifuncional de esa persona jurídica podría expandirse a todos los socios, imponiendo que solo se liberen quienes acrediten buena fe¹⁵.

El conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad es atribuido tanto a los socios, así como a los miembros de los órganos de gobierno de la misma. Ahora bien, la responsabilidad que pueda ser imputada a los Directores, Síndicos, Administradores, Gerentes, y eventualmente a los accionistas que puedan haber participado en la toma de decisiones que exponga a los acreedores de la sociedad deberá ser cuidadosamente estudiada en función a la capacidad decisoria de cada uno de los citados, así como a las condiciones fácticas del desarrollo de las actividades de la empresa.

3.3 LA RESPONSABILIDAD EN LA QUIEBRA

Analizando la crisis de las sociedades, se puede advertir dos etapas de producción de daños, vinculado a la responsabilidad de administradores y también de socios:

- a) El generado por actuar hallándose en cesación de pagos, entendiéndose que la mera presentación tempestiva del concurso no genera responsabilidad por vincularse a un riesgo empresarial.
- b) El generado a los acreedores en virtud del acuerdo que se gesta e impone, cuando a través de este se enriquece a los socios o accionistas.

La contratación a sabiendas de perjudicar al tercero por el estado patrimonial de la sociedad que se representa implica dolo¹⁶.

3.4 ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

Llegamos así a un punto central: ¿será responsable el administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? ¿Deberá someter la situación a consideración de los socios?

La sociedad es un sujeto de derecho – persona jurídica – que el sistema jurídico pone a disposición (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurídica de gestar personas jurídicas. Se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores¹⁷.

¹⁵ RICHARD, Efraín H., ob. Cit. pág. 293.

¹⁶ RICHARD, Efraín H., ob. Cit. pág. 294

¹⁷ SPOLIDORO, Marco S., "El capital social", cit., pág. 99.

Los administradores societarios deben asumir su rol en la funcionalidad societaria, bajo riesgo de generar algún daño. No se pretende ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario, pero podrá imputárseles responsabilidad si no aseguran la autosuficiencia de la sociedad, generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; o la viabilidad de la empresa. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre-concursales o extraconcursales¹⁸.

Centramos la cuestión: los administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, pese a la pérdida del capital social; y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores¹⁹.

Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales. Los acreedores sociales que acrediten haber sufrido daño por el impago o la quita en el acuerdo homologado o por el accionar de administradores de sociedades que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos pueden promover acciones individuales de responsabilidad.²⁰

¹⁸ RICHARD, Efraín H. - QUINTANA FERREYRA, Francisco, "La conservación...", cit., p. 1373; RICHARD, Efraín H., "La conservación de la empresa", cit., pág. 107 y ss.

¹⁹ RICHARD, Efraín H., "Insolvencia societaria y responsabilidad", cit., pág. 380 y ss., y Las relaciones de organización..., cit., pág. 481.

²⁰ RICHARD, Efraín H., ob. Cit. pág. 297.

4. BIBLIOGRAFÍA

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "Código Civil de la República del Paraguay - Comentado". En coautoría con otros especialistas de la disciplina civil y comercial. Año 2.009. Editorial La Ley (Thompson-Reuters).

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "Derecho Mercantil - Parte General". Coordinación y Coautoría con Profesores de la Cátedra de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Publicada por La Ley Paraguaya. Año 2.009.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "El Derecho de la Competencia en la República del Paraguay", Boletín Institucional N° 27, de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Febrero 2017.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "Atipicidad Societaria. La sociedad de un solo Socio". Revista Jurídica C.E.D.U.C., publicada por la Universidad Católica. Nuestra Señora de la Asunción, Edición N°: 12. Año 2.003.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "El Derecho de Sociedades en el Mercosur - Propuesta de creación de la Sociedad Anónima del Mercosur". Obra registrada 2011.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "El capital social y el capital social emitido. Ley 3228/2007. Consideraciones sobre el uso del término "capital social emitido". Obra registrada 2012.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "La Sociedad Unipersonal en el Paraguay necesidad de Actualización de la legislación paraguaya". Publicada por La Ley Paraguaya: Anales de Legislación Paraguaya. 2012.

BECONI ORTIZ, Fernando Andrés, "El Arbitraje Internacional". Publicada en la Revista de la Corte Suprema de Justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas Ponencias y Conclusiones. Año 2017.

RICHARD, Efraín Hugo. Summa Societaria. Ed. Abeledo Perrot. 2012.

RICHARD, ESCUTI, ROMERO, Manual de derecho societario. Ed. Astrea. Bs. As. 1982.

COLOMBRES, Curso de Derecho societario. Ed. Abeledo-Perrot, 1964.

FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Ed. Astrea, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. Bs. As. 1994

SPOLIDORO, Marco S., "El capital social".

PAZ-ARES, Cándido, "Sobre la infracapitalización".

AUTOFINANCIAMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO. CUESTIÓN AXIAL DEL RÉGIMEN SOCIETARIO

Ricardo Olivera García

INTRODUCCIÓN

La cuestión del derecho al dividendo del socio o accionista, y del derecho de la sociedad a preservar su sustentabilidad, a través de una correcta estructura de financiamiento, ha sido a través de los tiempos una de los temas más polémicos del derecho societario.

Cuando la sociedad comercial logra sacudir el cepo contractualista que pretendió imponerle el Código napoleónico y se perfila como un ente jurídico diferenciado, con vida e interés propios, cobra especial relevancia el objetivo de lograr un adecuado balance entre el eventual interés personal de los socios o accionistas de recibir periódicamente los beneficios que la sociedad vaya generando y el interés de la propia sociedad en maximizar su propio valor, en beneficio no sólo de los propios accionistas sino también de los acreedores, de sus trabajadores, de todos quienes entran en relaciones jurídicas con la misma, y del propio entorno socio-económico en el cual actúa.

Esta nueva realidad ha determinado, a lo largo de los tiempos, la imposición de restricciones y cortapisas al derecho al dividendo, pasando a desarrollar el tema del derecho -y aun de la obligación- de la propia sociedad de autofinanciarse con sus propias utilidades, como forma de lograr la mejor estructura de financiamiento para su operativa.

En la región, el tema del autofinanciamiento impone un recuerdo y homenaje a los trabajos pioneros en la materia que, hace más de 50 años, realizara el profesor Carlos Odriozola, los cuales representan material de referencia ineludible en este tema. En el año 1964, en un artículo publicado en *Jurisprudencia Argentina*, el Profesor Odriozola abordaba este tema bajo el nombre de "autofinanciamiento de las empresas"²¹. Poco tiempo después, volvía sobre el tema en una disertación sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales (poco tiempo después, la ley argentina N° 19.550), publicada en el primer número de la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*²².

²¹ ODRIOZOLA, C., "Algunas consideraciones sobre el autofinanciamiento de las empresas", *J.A.* 1964-1-33.

²² ODRIOZOLA, C., "Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales. Su análisis", *RDCO*, año 1, N° 1-6 (1968), p. 601 y ss.

Antes y después de estos trabajos señeros, el tema del derecho al dividendo y al reparto periódico de las utilidades sociales, así como de sus límites, fue abordado por Sussini, en su tesis doctoral sobre el dividendo de las sociedades anónimas²³; por Richard, al referirse a los derechos patrimoniales de los accionistas²⁴; por Sasot Betes, en su obra clásica sobre el tema²⁵; y por toda la mayor parte de la doctrina que se ha planteado la problemática vinculada a este tema²⁶. Por lo tanto, creo que la cuestión del derecho al dividendo y del autofinanciamiento societario es un tema de siempre²⁷.

²³ SUSSINI (h), M., *Los dividendos de las sociedades anónimas*, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 39 y ss.

²⁴ RICHARD, E.H., *Derechos patrimoniales de los accionistas (la acción en la teoría de los títulos valores)*, Córdoba: Lerner, 1970, p. 129 y ss.

²⁵ SASOT BETES, M.A. - SASOT, M.P., *Sociedades anónimas. Los dividendos*, Buenos Aires: Ábaco, 1985, p. 233 y ss.

²⁶ SIBURU, J., *Comentario del Código de Comercio argentino*, Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1923, t. V, p. 54 y ss.; RIVAROLA, M., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires: El Ateneo, 1942, p. 468 y ss.; GARO, F., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires: Ediar, 1954, t. II, p. 149 y ss.; ZAVALA RODRÍGUEZ, C.J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires: Depalma, 1959, t. I, p. 443 y ss.; HALPERIN, I., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 352 y ss.; HALPERIN, I. - BUTTY, E., *Curso de derecho comercial*, vol. I, 4ª ed., Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 313 y ss.; ZALDÍVAR, E. - MANOVIL, R. - RAGAZZI, G. - ROVIRA, A. - SAN MILLÁN, C., *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1980, t. I, p. 378; NISSEN, R., *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires: Ábaco, t. 2, p. 85 y ss.; RICHARD, E.H. - MUIÑO, O.M., *Derecho societario*, Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 278 y ss.; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario*, t. 5, p. 87 y ss.; MOLINA SANDOVAL, "Principios básicos del régimen de distribución de utilidades", J.A. 2004-IV-3; RODRÍGUEZ DE LA FUENTE, H., "Dividendos anticipados - Legitimidad (Responsabilidad de accionistas y administradores)", J.A. 1997-IV-737; ROITMAN, H., "Dividendos provisionales", RDCO, año 11, N° 61-66 (1978), p. 1461 y ss.; ROVIRA, A., "El derecho al reparto anual de las utilidades y las restricciones impuestas por los acreedores sociales", II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, Comisión IV, p. 475; GRISPO, J., "El problema de las reservas en la ley de sociedades", L.L. 2004-F-1281; VERÓN, A.V., *Sociedades comerciales*, Buenos Aires: Astrea, 1998, t. 1, p. 690 y ss.; VÍTOLO, D.R., *Sociedades comerciales*, Sana Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, t. II, p. 88 y ss.; ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, 2ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2011, t. II, p. 534 y ss., entre muchos otros. En la doctrina nacional: RIPPE, S., "Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores", *Jurisprudencia Argentina*, número especial, 1997, p. 28; OLIVERA GARCÍA, R., "El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos", en *Estudios de Derecho Societario*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 337; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., "El derecho del accionista al dividendo y el derecho de la sociedad a afectar utilidades", *Anuario de Derecho Comercial*, t. 11, Montevideo: FCU, 2006, p. 57; PÉREZ-RAMOS BOLOGNA, G., "Derechos de los accionistas a participar en las ganancias de la sociedad anónima", AA.VV., *Derecho Societario. Ferro Astray in memoriam*, Montevideo: BdeF, 2007, p. 277; MILLER, A., "La esencialidad del derecho al dividendo y sus limitaciones legales", *Revista de Derecho Comercial*, 3ª época, N° 5, Montevideo: FCU, 2012, p. 65; RODRIGUEZ MASCARDI, T. - FERRER MONTENEGRO, A., "Utilidades vs. reservas. Una tensión recurrente en el funcionamiento de las sociedades", AA.VV., *Impulso y desarrollo: El Derecho Comercial como organismo vivo*, Montevideo: FCU, 2017, p. 235.

²⁷ Incluso, la propia encíclica Mater e Magistra del Papa Juan XXIII hace referencia a la influencia del autofinanciamiento en los incrementos productivos de las medianas y grandes empresas. En su punto 75 la misma expresa: "hoy en muchos Estados las estructuras económicas nacionales permiten realizar no pocas veces a las empresas de grandes o medianas proporciones rápidos e

¿QUÉ ES EL AUTOFINANCIAMIENTO?

Como hemos afirmado en otra oportunidad, el autofinanciamiento o financiamiento interno consiste en la obtención de recursos financieros para el desarrollo de la actividad empresarial que provienen de la operativa misma de la sociedad. Se contrapone al financiamiento externo realizado con recursos provenientes de terceros, sea a través del otorgamiento de crédito (pasivos) sea a través de aportes de capital²⁸.

El autofinanciamiento supone que es la propia sociedad, a partir de su operativa, la que genera los recursos necesarios para su financiamiento.

En este sentido, la doctrina²⁹ ha realizado una distinción entre dos formas de autofinanciación:

- a) Autofinanciación por enriquecimiento, que incluye la retención de dividendos a través de la constitución de reservas o de la capitalización de utilidades; y
- b) Autofinanciación por mantenimiento, que incluye las amortizaciones o depreciaciones, las provisiones y provisiones, con cargo a los resultados de la sociedad, que tienen por objeto impedir el deterioro del patrimonio.

Si bien podemos no coincidir plenamente con la terminología utilizada de “enriquecimiento” y “mantenimiento”, no puede negarse la importante utilidad de esta distinción conceptual. La misma permite diferenciar aquellas formas de autofinanciamiento que inciden en la propia determinación de la utilidad social (autofinanciamiento por mantenimiento) de aquellas otras que inciden en la distribución de la utilidad ya devengada entre los socios o accionistas (autofinanciamiento por enriquecimiento).

En todo estado contable de fuente y aplicación de fondos ambas formas de autofinanciamiento resultan necesariamente recogidas³⁰. En los mismos será posible determinar los recursos financieros originados por fuentes externas a la sociedad de aquellos otros de generación interna, con los cuales la sociedad se autofinancia.

ingentes aumentos productivos, a través del autofinanciamiento, que renueva y completa su equipo industrial”.

²⁸ Vé. OLIVERA GARCÍA, R., “El autofinanciamiento de las sociedades anónimas”, Anuario de Derecho Comercial, t. 4, Montevideo: FCU, 1989, p. 39 y ss.; también en *Estudios de Derecho Societario*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 345 y ss.

²⁹ SUÁREZ SUÁREZ, A., *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, Madrid: Pirámide, 1987, p. 312

³⁰ Vé. FOWLER NEWTON, E., *Contabilidad Superior*, 6ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2010, t. II, p. 1469 y ss. ALONSO PÉREZ, A. - POUSA SOTO, R., *Manual de contabilidad práctica para juristas*, Barcelona: Bosch, 2017, p. 386 y ss.

Al autofinanciamiento por mantenimiento gran parte de la doctrina lo ha denominado “constitución de reservas ocultas”, asignándole una nota de falta de claridad o transparencia, cuando no de ilicitud³¹. Este punto, sobre el que desgraciadamente no tendremos ocasión de extendernos, muy lejos está de representar un comportamiento contrario a derecho. Las depreciaciones, provisiones y provisiones contables, que componen sustancialmente este concepto³², suponen cargos a los resultados de la sociedad que reducen la utilidad contable. Las mismas constituyen prácticas contables lícitas y prudentes que reflejan la pérdida del valor de los activos sociales o anticipan una pérdida futura³³. Son manifestaciones técnicas de la prudencia empresarial, práctica tan importante en la vida social.

Nos concentraremos, en cambio, en analizar la otra forma de autofinanciamiento (por enriquecimiento), la cual se encuentra vinculada a la decisión de no distribuir las utilidades sociales como dividendo, aplicando las mismas a financiar la operativa social.

EL AUTOFINANCIAMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO ES UN TEMA VINCULADO AL CONCEPTO Y LÍMITES DEL DERECHO AL DIVIDENDO

El derecho a participar en los beneficios de la sociedad es, sin lugar a dudas, el más importante de los derechos de los socios. La participación en las ganancias y el soportar las pérdidas son elementos que integran la causa típica de las sociedades comerciales. Incluso podría afirmarse que es una manifestación del derecho de propiedad, en la medida que el mismo alcanza no solamente a los bienes, sino también a los derechos de contenido patrimonial³⁴.

En esta materia, si bien los mayores desarrollos han sido realizados en torno al régimen de las sociedades anónimas, los mismos resultan de aplicación respecto a todos los tipos sociales.

Es tradicional la cita del Maestro Vivante³⁵ para quien el derecho a exigir el dividendo se halla subordinado a dos condiciones: una suspensiva, que resulte del balance aprobado por la asamblea; y otra resolutive, que la asamblea no modifique el estatuto suspendiendo su pago para constituir un fondo de

³¹ FARINA, J.M., *Tratado de Sociedades Comerciales*, Rosario: Zeus, 1980, Parte general, p. 545; GRISPO, “El problema de las reservas”, cit., p. 1281; ZALDÍVAR – MANOVIL – RAGAZZI – ROVIRA – SAN MILLÁN, *Cuadernos de derecho societario*, cit., p. 380.

³² Vé. SUÁREZ SUÁREZ, *Decisiones óptimas de inversión*, cit., ps. 312-313.

³³ Vé. WESTON, J.F. – BRIGHAM, E., *Finanzas en Administración*, trad. esp., México: Nueva Editorial Interamericana, 1977, p. 764 y ss.; también OLIVERA GARCÍA, “El autofinanciamiento de las sociedades anónimas”, cit., p. 374 y ss.

³⁴ Vé. OLIVERA GARCÍA, R., “El perverso régimen de aumento real de capital o el caso del concertista zopenco”, *Rev. Derecho y Tribunales* (Montevideo), N° 2 (2006), p. 65 y ss.

³⁵ VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano: Dott. Francesco Vallardi, 1912, vol. II, p. 440.

reserva. Esto ha permitido a Guido Rossi³⁶ distinguir entre: derecho abstracto al dividendo, derecho al reparto periódico de utilidades y derecho concreto al dividendo o crédito por dividendo.

Estrictamente, para que los socios tengan derecho a recibir recursos sociales a título de dividendos resulta necesario entonces, no solamente que existan utilidades sociales sino que, además, el órgano social competente haya resuelto su distribución. La sociedad es un sujeto de derecho diferente a la persona de sus socios, con un patrimonio independiente. Para que el socio se transforme en acreedor de la sociedad resulta necesaria la resolución social que transforme la utilidad devengada en un derecho de crédito.

En tal sentido, nos plantea reparos la afirmación de Vivante cuando expresa que la resolución de asamblea es una condición "resolutiva" de la exigibilidad del dividendo. Esto supondría sostener que el derecho de crédito del socio o accionista surge por la sola generación de la utilidad social y se mantiene vigente hasta tanto el órgano social competente (asamblea) no disponga su no distribución. Esto claramente no es así: la existencia de utilidad social no resulta suficiente para hacer nacer a favor del socio un derecho de crédito. Éste sólo habrá de nacer cuando exista la decisión social de distribuir dicha utilidad como dividendo.

El tema del derecho al dividendo y el derecho al reparto integral, en forma periódica, de las utilidades sociales ha dado lugar a posiciones doctrinarias encontradas entre quienes entienden que no existe un derecho al reparto periódico de utilidades y quienes sostienen que el derecho al dividendo supone el reparto anual de las mismas. También se han planteado posturas intermedias que buscan establecer los límites dentro de los cuales la retención de utilidades resulta posible³⁷.

En la doctrina argentina, el Halperin mantuvo tradicionalmente un criterio muy restrictivo respecto al establecimiento de límites a la distribución de las utilidades. En postura sostenida, tanto antes³⁸ como después³⁹ de la aprobación de la ley argentina N° 19.550 (cuya comisión de redacción presidió), expresaba que: en ausencia de una cláusula estatutaria expresa, la asamblea de accionistas carecía de facultades para suprimir la distribución ni para crear reservas irrevocables.

Sin embargo, la rigidez de este concepto resulta contradicha por la propia letra de las leyes societarias, tanto argentina como uruguaya. Nuestra Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 (art. 93) -con norma equivalente tomada de la

³⁶ ROSSI, G., *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano: Giuffré, 1957, ps. 131-133.

³⁷ Para un desarrollo completo de las posiciones doctrinarias sobre este tema, véase: ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, cit., ps. 138-139.

³⁸ HALPERIN, I., *Manual de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires: Depalma, 1971, p. 170.

³⁹ HALPERIN, *Sociedades Anónimas*, cit., p. 354.

ley argentina (art. 70)- impone la afectación de utilidades para constituir una reserva legal y prevé la posibilidad de constitución de otras reservas (voluntarias) cuando las mismas sean razonables, respondan a una prudente administración y sean adoptadas por una mayoría especial. La creación de estas reservas voluntarias no requiere previsión estatutaria, siendo necesaria su aprobación por la mayoría del capital social⁴⁰.

Como destaca Jesús Rubio⁴¹, la distinción entre los conceptos de derecho al dividendo y derecho al reparto periódico de las utilidades involucra la pugna de intereses que naturalmente se plantea en las sociedades anónimas. De un lado, el de los accionistas a procurar al máximo la finalidad esencial que les ha impulsado a entrar en la sociedad (reparto del lucro) y, de otro lado, el de la propia sociedad, tal como lo conciben sus órganos legales, a la productividad y conservación de la empresa. Se trata precisamente de la oposición tantas veces subrayada entre política de altos dividendos y política de autofinanciación⁴².

Desde el punto de vista técnico, la sociedad tiene diferentes opciones de afectación de las utilidades sociales devengadas.

- a) Distribución de las mismas como dividendo.
- b) Mantenimiento de las utilidades como resultados acumulados (cuenta nueva).
- c) Constitución de una reserva voluntaria.
- d) Capitalización de la utilidad.

⁴⁰ En la ley argentina cuando las reservas voluntarias excedan el capital y las reservas legales se requiere mayoría absoluta de las acciones con derecho de voto en las sociedades por acciones (art. 244) y, en el caso de las limitadas, igual mayoría que para la modificación del contrato (art. 70).

⁴¹ RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964, ps. 290-291.

⁴² Con respecto a la diversidad de intereses y a la oposición entre los diferentes grupos de accionistas, Vé. GARRIGUES, J., "Nuevos hechos, nuevo derecho de la Sociedad anónima", en *Hacia un nuevo Derecho mercantil*, Madrid: Tecnos, 1971, p. 57 y ss. En esta obra, el profesor GARRIGUES cita un pasaje del libro de José de la Vega, publicado en Ámsterdam en 1688, bajo el título "Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito", describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo. En esta obra, José de la Vega distingue tres tipos diferentes de accionistas: los príncipes de la renta, los mercaderes y los jugadores.; príncipes de la renta serían aquellos accionistas interesados en obtener de las acciones la renta que las mismas producen, sin importarles el valor que tales acciones tengan, ni su posibilidad de comercialización. Los mercaderes serían aquellos accionistas que compran acciones con el ánimo de revenderlos a mayor precio, obteniendo un lucro por la diferencia. Finalmente, los jugadores serían aquellos accionistas que realizan con las acciones juegos de bolsa, comprándolas a crédito y volviéndolas a vender, en operaciones diferenciales.

Las tres últimas opciones constituyen escenarios de autofinanciamiento, en los cuales la utilidad social no resulta distribuida, sino que es aplicada a financiar el funcionamiento de la sociedad.

La capitalización de utilidades ha sido también llamada “pago de dividendos en acciones”. Pago de dividendos en acciones es un oxímoron, ya que constituye intrínsecamente el comportamiento más opuesto al pago de un dividendo. El mismo supone la afectación irrevocable de las utilidades como integración de capital, emitiendo y distribuyendo la sociedad las acciones liberadas que representan el aumento.

La mayoría de la doctrina ha aceptado el pago de dividendos en acciones⁴³. Sin embargo, una cosa implica sostener que el pago de dividendos en acciones es un comportamiento social lícito y otra, bien diferente, decir que se trata conceptualmente de un dividendo.

En el pago de dividendo en acciones no existe transferencia alguna de riqueza de la sociedad al accionista. Con la emisión de las acciones liberadas emitidas por la sociedad, ésta simplemente aumenta el número de títulos representativos de un mismo patrimonio social. Por esa razón, el dividendo en acciones no es conceptualmente un dividendo. Es el no pago de dividendos; es la decisión más extrema de autofinanciamiento societario⁴⁴.

LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS COMO UNA DE LAS DECISIONES FUNDAMENTALES DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA

El tema del derecho a la distribución del dividendo y del autofinanciamiento societario nos sumerge necesariamente en el mundo de las finanzas de empresas, que estudian las maneras de utilización más adecuada de los recursos financieros, como forma de lograr la maximización del valor de la empresa⁴⁵.

La asignación de los recursos financieros supone la adopción por las sociedades de tres grandes decisiones financieras: decisiones de inversión; decisiones de financiamiento; y decisiones de dividendos⁴⁶.

⁴³ MALAGARRIGA, C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires: TEA, 1958, t. I, p. 555; HALPERIN, *Sociedades anónimas*, cit., p. 367; ALEGRÍA, H., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires: Forum, 1962, p. 255; SASOT BETES - SASOT, *Sociedades anónimas. Los dividendos*, cit., p. 170; ZALDÍVAR - MANÓVIL - RAGAZZI - ROVIRA - SAN MILLÁN, *Cuadernos de derecho societario*, cit., t. I, p. 386.

⁴⁴ En esta línea, véase: PINEDO, A., “Derecho al dividendo y dividendo en acciones”, J.A., 30-8-65, p. 1.

⁴⁵ La definición de este concepto se encuentra íntimamente vinculada al concepto de interés social, tal como veremos más adelante.

⁴⁶ Vé. PASCALE, R., *Decisiones financieras*, 6ª ed., Buenos Aires: Prentice Hall - Pearson Education, 2009, p. 11 y ss.

Las *decisiones de inversión* implican decidir sobre la aplicación de los recursos financieros disponibles, a los efectos de cumplir el objeto social. Esto incluye tanto las decisiones de comprar bienes de activo fijo, como las de ampliar el capital de trabajo o de realizar una colocación en el mercado financiero. Supone no solamente el análisis de cada inversión en forma aislada sino además el de su relación con las demás inversiones de la empresa. Se trata de decidir sobre el “portafolio de inversiones” de la sociedad.

Las *decisiones de financiamiento* suponen establecer cuáles son las combinaciones óptimas de las diferentes fuentes de financiamiento con que cuenta la sociedad, tomando en consideración el costo de las mismas y el riesgo insumido: financiarse con pasivos de corto o de largo plazo; hacerlo en moneda nacional o extranjera; ampliar o no el capital social; acudir o no a los mercados de oferta pública de valores.

Las *decisiones de dividendos* implican balancear la forma y oportunidad en que la sociedad habrá de retribuir a los socios o accionistas por el capital social aportado, a expensas de la privación de recursos financieros para la sociedad.

Estas decisiones financieras no se adoptan en forma independiente o aislada, sino que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí. La optimización de algunas de las decisiones financieras se realiza, muchas veces, en detrimento de la optimización de las restantes.

Este balance dinámico entre las decisiones financieras determina que resulta necesario definir, en cada momento, cuál habrá de ser la política residual. Es frecuente que la política de dividendos resulte muchas veces residual respecto a las restantes políticas (inversión y financiamiento) debido a que la misma es la que menor incidencia tiene en el valor de la empresa.

La toma de decisiones financieras es una típica función de administración, en la medida que supone el cumplimiento del objeto social. En consecuencia, la misma corresponde en principio al órgano de administración. Sin embargo, existen excepciones:

- a) En las sociedades anónimas, cualquier decisión de administración puede ser sometida a la asamblea de accionistas por el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos (art. 342).
- b) En materia de inversiones, se requiere decisión de asamblea para mantener la autocartera (art. 314), así como para invertir en el capital de otras sociedades o de grupos de interés económico (art. 356). Muchas normas estatutarias exigen también decisión de asamblea para la compra o venta de bienes inmuebles o para la venta del establecimiento comercial.

c) En materia de financiamiento, se requiere decisión de asamblea para la emisión de obligaciones negociables y para el aumento de capital (art. 343), tanto real como nominal.

d) En materia de dividendos, la decisión de distribución requiere, en todos los casos, resolución de asamblea (art. 342).

Sin embargo, como marca con acierto Colombres⁴⁷, estas resoluciones de asamblea constituyen actos de administración, en la medida que tienden al cumplimiento del objeto social.

Esto surge además claramente de la ley al regular, por ejemplo, la constitución de reservas voluntarias, contracara de la distribución de dividendos (art. 93). La constitución de estas reservas –potestad reservada a la asamblea- debe ser razonable y responder a “una prudente administración”.

Como hemos sostenido en otra oportunidad⁴⁸, la consecuencia necesaria de que las decisiones de dividendos adoptadas por las asambleas sociales representen ejercicio de una función de administración y no de gobierno es que, al adoptar las mismas, los accionistas –soportes del órgano- se encuentren alcanzados por los mismos deberes fiduciarios de lealtad y diligencia que la ley impone a los integrantes del órgano de administración de la sociedad (art. 83).

UN TEMA PREVIO: EL CONCEPTO DE UTILIDAD

El autofinanciamiento nos convoca además a definir el concepto de utilidad. La distribución de un dividendo tiene como presupuesto necesario la existencia de utilidades sociales; de modo que, ante la inexistencia de utilidades sociales, habrá de faltar uno de los presupuestos esenciales para la existencia de un dividendo.

Muchas veces, la demanda de autofinanciamiento tiene su causa en la existencia de un escenario en el cual, desde el punto de vista económico, no existen auténticas utilidades sociales.

La doctrina ha menospreciado muchas veces el tema de la utilidad social. Se limita muchas veces a asumir que se trata de un insumo proveniente mágicamente de la confección técnica de los estados contables.

⁴⁷ COLOMBRES, G., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 108.

⁴⁸ OLIVERA GARCÍA, R., “Responsabilidad del administrador societario”, AA.VV., *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia* (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley, 2015, tomo II, ps. 929-930; también en “Los grupos de sociedades en el derecho uruguayo”, Ferro Astray-Olivera García, *Grupos de sociedades*, Montevideo: La Ley, 2014, ps. 262-263.

*El concepto de utilidad social ha sido largamente debatido tanto en el ámbito del Derecho como de la Economía. La determinación de cuándo existe utilidad social, distribuible entre los accionistas como dividendo, se encuentra íntimamente vinculado al sutil equilibrio entre accionistas y acreedores para disponer de los bienes de la sociedad*⁴⁹.

El concepto de utilidad marca el límite de los recursos financieros disponibles por los socios o accionistas sin vulnerar la garantía de los acreedores. La utilidad y su contrapartida –el capital social- representan el fiel de la balanza entre los derechos de accionistas y acreedores sobre los bienes de la sociedad.

La utilidad contable proviene de la determinación del resultado neto, producto de comparar ingresos y gastos sociales, a lo largo de la vida de la sociedad. Su división en ejercicios representa una división convencional, realizada a los efectos de su medición y de la adopción de decisiones administrativas o financieras. Por lo tanto, es imprecisa la ley cuando dice que las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 98). La utilidad es un flujo constante de ingresos y gastos, devengados a lo largo de toda la vida de la sociedad. Su división en ejercicios sociales constituye solamente una división arbitraria en el tiempo, a los efectos de su medición. Cuando existen pérdidas de ejercicios anteriores no existe, estrictamente, utilidad o ésta es inferior.

A diferencia de la ley argentina, que habla de utilidades deben ser “realizadas” y “líquidas” (art. 68) –siguiendo el Código de Comercio que hablaba de utilidades líquidas y comprobadas (art. 418)- nuestra ley societaria se refiere a “utilidades netas” (art. 98). La expresión de “utilidades líquidas” siempre nos ha causado preocupación. La contabilidad se construye, en el mundo entero, bajo el criterio de lo devengado. Los ingresos y gastos son computados en el momento del acto o de la convención generadora de obligaciones y no en el momento del cobro o del pago. Por lo tanto, la cuestión de la “liquidez” de la utilidad constituye un concepto ajeno a la técnica contable.

Alguna doctrina⁵⁰ ha sostenido que no resultarían computables las utilidades derivadas de negocios sujetos a condición suspensiva o resolutoria. Esta afirmación no parece aceptable. Estrictamente, todo negocio sinalagmático en curso de cumplimiento se encuentra sujeto a condición resolutoria.

Las utilidades nunca son ni dejan de ser líquidas. La sociedad tiene una utilidad producto del resultado neto de sus ingresos y gastos, y tiene una liquidez, producto del saldo deudor de su capital de trabajo (activo corriente – pasivo

⁴⁹ OLIVERA GARCÍA, R., “No todo lo que brilla es oro: el derecho al dividendo y el compromiso con la estabilidad social”, AA.VV. X Congreso Argentino de Derecho Societario - VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, Córdoba, 2007, tomo II.

⁵⁰ MOLINA SANDOVAL, C., “Principios básicos del régimen de distribución de utilidades”, J.A., 2004-IV-3.

corriente). ¿Podemos acaso pensar que se ha querido decir que para distribuir un dividendo la sociedad debe contar con liquidez suficiente para ello? ¿Sería contrario a la ley que la sociedad se endeudase para pagar un dividendo? Esta

cuestión se encuentra íntimamente vinculada al desarrollo de la política de financiamiento y de dividendos que haya adoptado la sociedad y resulta absolutamente imposible adelantar criterios definitivos al respecto.

Por ejemplo, la Ley de Sociedades del Estado de California propone sustituir el concepto de capital y de utilidades como límite a la distribución de dividendos por el concepto de *balance sheet test* y el *equity insolvency test*. Vinculan, en consecuencia, el concepto de utilidad distribuable y la potestad de la sociedad de desarrollar su política de distribución de dividendos con la capacidad de ésta de mantener su solvencia y la capacidad de hacer frente a las obligaciones sociales⁵¹.

Resulta altamente discutible que el concepto de utilidad social pueda ser extraído del contenido de los estados contables preparados por la sociedad. La información contable tiene una finalidad de información sobre la situación y el desarrollo de la actividad social; no pretende establecer la utilidad social ni la posibilidad de su distribución.

El concepto de utilidad social se encuentra vinculado a la necesaria preservación del capital social y a la adecuada protección de los acreedores.

CONCEPTO DE UTILIDAD Y CONCEPTO DE CAPITAL

El concepto de utilidad tiene su contrapartida en el concepto de capital social, como cifra de retención impuesta a la sociedad, en beneficio de los acreedores.

La generalización en el siglo XIX de la sociedad anónima como forma jurídica de la empresa y la consolidación del beneficio de limitación de responsabilidad hicieron aparecer en el derecho el concepto de capital, como forma de establecer un límite a la facultad de los accionistas para distribuir activos sociales y proteger a los acreedores⁵². Se trata de un concepto relativamente nuevo en la vida del derecho mercantil, que estaba muy poco desarrollado en el régimen de nuestro Código de Comercio.

⁵¹ El requisito del *equity insolvency test* tiene sus orígenes en el derecho americano en el caso Wood v. Dummer de 1824 (Vé. FREY, A.H. - CHOPER, J.H. - LEECH, N.E. - MORRIS, C.R., *Cases and Materials on Corporations*, 2ª ed., Boston-Toronto: Little, Brown & Co., 1977, p. 794).

⁵² *Como nos recuerda ASCARELLI, el concepto de capital en las sociedades anónimas y limitadas es una institución creada por el legislador como contrapartida a la exoneración de responsabilidad de los socios y para facilitar el crédito comercial de la compañía (Studi in tema di società, Milano: Giuffrè, 1952, p. 13).*

El concepto de capital aparece como contrapartida de la idea de limitación de responsabilidad⁵³, como forma de establecer una cifra de retención sobre los activos sociales, fuera de la potestad de decisión de los accionistas, en beneficio de los acreedores. Esta función de garantía es la más importante y antigua que cumple el capital social. Como expresan *Mannings y Hanks*⁵⁴, el concepto de capital actúa como el fiel de la balanza entre los derechos de los socios y acreedores, permitiendo a aquéllos la distribución como dividendos de todos aquellos recursos patrimoniales que exceden del capital.

La función de garantía del capital es aceptada por la doctrina en forma unánime⁵⁵. Algunos autores, incluso, utilizan atractivas figuras para describir esta función. *Thaller*⁵⁶ expresa que el capital es una línea de retención trazada en el activo. *Vivante*⁵⁷, comparando la función que el capital cumple frente al patrimonio, hace el símil con un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. *Garrigues*⁵⁸, por su parte, sostiene

⁵³ Expresa MANÓVIL, citando a Detlev Vagts que, alrededor del 1300 la ciudad de Siena dispuso que los socios de las sociedades en ella constituida responderían sólo en forma mancomunada y proporcional a su participación, lo cual tuvo por efecto que los comerciantes de las restantes ciudades se negaran a seguir comerciando con los de Siena, generando así la decadencia económica de esta ciudad ("Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio", AA.VV., *Derecho Empresarial Actual*, Buenos Aires: Depalma, 1996, ps. 601 y ss.).

⁵⁴ MANNINGS, B. - HANKS, J.J., *Legal Capital*, 3ª ed., New York: Foundation Press, 1990, ps. 5 y ss.

⁵⁵ CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, Torino: UTET, vol. 2, 1988, ps. 8-9; SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova: CEDAM, 1959; "Concetto e composizione del capitale sociale", *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. LIV, ps. 48 y ss.; PORTALE, G.B., "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1970, ps. 66-67; BENATTI, L., *Il capitale minimo nella disciplina degli intermediari finanziari*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 35; ROJO, A., "Consideraciones sobre la función de garantía del capital de la sociedad anónima en el derecho español", *RDCO.*, año 31, N° 181, ps. 21 y ss.; GUYON, Y., *Droit des Affaires*, París: Economica, 1990, ps. 105-107; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1994, t. I, ps. 303-304; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1973, p. 40; MASSAGUER, J., "El capital nominal", *Revista General de Derecho*, 1990, ps. 5549 y ss.; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, ps. 1587 y ss.; ZALDÍVAR - MANÓVIL - RAGAZZI - ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, cit., vol. III, p. 141; FARINA, *Tratado de Sociedades Comerciales*, cit., t. II-B, ps. 94-95; ARAYA, M., "Repensar la noción de capital social", AA.VV., *Derecho Empresarial Actual*, Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 40; FERRO ASTRAY, J., "El capital social en las sociedades anónimas", AA.VV. *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Colonia, 1997, p. 3; RIPPE, S., "Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores", cit., p. 28; OLIVERA GARCÍA, R., "La obsolescencia del concepto de capital social", *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 1996, t. 7, p. 25.

⁵⁶ THALLER, E., "De l'augmentation du capital par transformation en actives, soit du passif, soit des reserves de la société", *Annuaire de Droit Commercial*, Paris, 1907, p. 177.

⁵⁷ VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, cit., vol. II, p. 208.

que la cifra de capital representa un dique que va conteniendo las aguas (elementos del activo) hasta que el activo supera el nivel del dique. A partir de este instante, el agua que exceda irá a beneficiar a los accionistas bajo la forma de dividendo.

Si bien históricamente el concepto de capital fue definido en forma estática, tomando el valor de los aportes realizados por los accionistas, la doctrina ha evolucionado hacia la determinación de un concepto de capital que contemple la situación de una empresa en marcha. La doctrina⁵⁹ hace referencia a la existencia de un concepto de capital real, definido como la porción del patrimonio neto del cual la sociedad no puede disponer.

La sociedad anónima es una unidad económica que tiene su propio interés social, consistente en el desarrollo de su objeto en el mercado. La realidad económica determina que la misma se vea enfrentada a requerimientos y necesidades, impuestas por nuevas realidades económicas, por avances tecnológicos y por la competencia en el mercado que determinan requerimientos de financiamiento para mantener su capacidad operativa. Estas demandas financieras muchas veces pueden cubrirse con la obtención de créditos, pero también en muchos casos requieren de la aplicación de recursos propios de la sociedad. En este sentido, en muchos casos, el autofinanciamiento de la sociedad, reteniendo total o parcialmente la utilidad contable que figura en sus balances, es una decisión necesaria para que la misma conserve su capacidad operativa, su posición en el mercado y pueda dar cumplimiento a las obligaciones contraídas frente a terceros.

El mantenimiento de la capacidad operativa o productiva de la sociedad es un tema de preocupación creciente de los economistas, quienes sostienen que existen utilidades cuando se produce un incremento en dicha capacidad operativa no proveniente de nuevos aportes de capital. Para determinar el mantenimiento de la capacidad operativa se han propuesto tres criterios alternativos⁶⁰:

- a) El mantenimiento del mismo volumen de activos físicos;
- b) El mantenimiento de los activos necesarios para producir en el futuro el mismo volumen de bienes y servicios (criterio que contempla los cambios tecnológicos sobre los activos); y

⁵⁸ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1947, vol. I-2, p. 637.

⁵⁹ DE GREGORIO, A., *Los balances de las sociedades anónimas*, trad. española, Buenos Aires: Depalma, 1950, ps. 379-380; SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia*, cit., ps. 237 y ss.; PORTALE, "Capitale sociale", cit., p. 3.

⁶⁰ GYNTHNER, R.S., *Capital maintenance, price changes and profit determination*, *The Accounting Review*, vol. XLV, 1970, ps. 712 y ss., citado por FOWLER NEWTON, E., *Cuestiones contables fundamentales*, Buenos Aires: La Ley, 2011, ps. 122-123.

c) El mantenimiento de los activos necesarios para producir en el futuro el mismo valor de bienes y servicios (criterio que toma en cuenta los cambios tanto tecnológicos como en el tipo de producción).

En consecuencia, la cifra de retención indisponible por la sociedad (capital real) estará dada por aquellos activos que resulten necesarios para que la sociedad conserve su capacidad operativa. La transferencia de la sociedad hacia sus accionistas, por concepto de dividendos, de activos que determinen una reducción de la capacidad operativa de la sociedad implica privar a la misma de recursos que le son necesarios para su giro y constituye un comportamiento antijurídico, pues impide que la sociedad cumpla su objeto y dé cumplimiento a las obligaciones asumidas frente a terceros⁶¹.

De lo expuesto surge que la utilidad arrojada por los estados contables de la sociedad solamente resultará disponible por los accionistas a la hora de resolver su distribución como dividendo, en la medida que dicha utilidad contable refleje además una utilidad real, que permita a la sociedad mantener su capacidad operativa.

La distribución de utilidades contables en menoscabo de la capacidad operativa de la sociedad puede conducir a la misma a una situación de infracapitalización, con las consecuencias que esta situación puede tener en la responsabilidad de socios y administradores⁶².

LA INCIDENCIA DEL INTERÉS SOCIAL

Tanto en la determinación de la utilidad social como en la decisión de su distribución surge nuevamente la cuestión del interés social y el tradicional enfrentamiento entre las concepciones contractualistas y las concepciones

⁶¹ Las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) preparadas por el *International Accounting Standards Board* (IASB) han recogido esta preocupación. Disponen que, para la determinación de la utilidad deberá previamente definirse qué concepto de mantenimiento de capital que ha resuelto utilizar la sociedad. Al respecto, brinda dos opciones:

a) *Mantenimiento del capital financiero*. Bajo este concepto se obtiene ganancia sólo si el importe financiero de los activos netos al final del periodo excede al importe financiero de los activos netos al principio de éste, después de excluir las aportaciones de los propietarios tenedores de derechos de patrimonio y las distribuciones hechas a éstos en ese periodo.

b) *Mantenimiento del capital físico*. Bajo este concepto se obtiene ganancia sólo si la capacidad productiva en términos físicos (o capacidad operativa) de la entidad al final del periodo (o los recursos o fondos necesarios para conseguir esa capacidad) excede a la capacidad productiva en términos físicos al principio del periodo, después de excluir las aportaciones de los propietarios tenedores de derechos de patrimonio y las distribuciones hechas a estos durante ese periodo.

⁶² Vé.: PAZ-ARES, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., ps. 1587 y ss.; MANÓVIL, "Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio", cit., p. 601 y ss.; RIPPE, "Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores", cit., p. 27; OLIVERA GARCÍA, R., "Infracapitalización societaria: un tema de derecho y economía", *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo: FCU, 2010, p. 11 y ss.

institucionalistas, con todos los matices que, unas y otras, han tenido a lo largo de la evolución doctrinaria de los últimos años.

Desde los trabajos de Otto von Gierke⁶³ sobre la llamada “concepción realista” de la persona jurídica se ha desarrollado la idea de que ésta no es una mera ficción legal –como expresaba Savigny– sino un ente diferente de sus integrantes, con un patrimonio, una voluntad y un objeto propios, que no necesariamente coincide con el de sus miembros.

El siguiente paso en este proceso fue el reconocimiento de que la sociedad comercial –en cuanto persona jurídica– tenía además un interés propio. Esta cuestión, planteada originariamente por Saleilles a comienzos del siglo pasado, se ha transformado en un concepto central del derecho societario. Si bien alguna doctrina ha negado la existencia de un interés social, la mayoría de los autores la admite y la propia ley societaria recoge este concepto.

Las posiciones doctrinarias sobre el concepto de interés social se dividen entre las que definen a la sociedad como un contrato (contractualistas) y las que lo hacen como una institución (institucionalistas). Los contractualistas ortodoxos identifican el interés social con el interés de los socios o accionistas expresado a través del voto. En el otro extremo, se encuentran quienes sostienen que la sociedad es un ente diferenciado respecto de los accionistas y que, además del interés de éstos, la sociedad debe contemplar otros intereses externos (*stakeholders*).

La doctrina⁶⁴ ha ido promoviendo soluciones intermedias que buscan objetivar el concepto de interés de los accionistas, entendiendo que no se trata solamente del interés de los accionistas actuales, sino también del de los futuros y eventuales. En tal sentido, dan un paso más, entendiendo que el interés social es el fin común (objetivo), entendido como la maximización del valor de la empresa en beneficio de los accionistas⁶⁵. Si esta definición debe ser catalogada de contractualista o institucionalista no pasa de ser un tema semántico y, la mayoría de las veces, teórico. La misma tiende, en todos los casos, a tomar en cuenta el interés objetivo de la sociedad como ente jurídico diferenciado.

El punto central consiste en establecer una pauta para el actuar de los órganos sociales. Es decir, si en su actuación los mismos deben perseguir solamente el interés actual de los accionistas o deben igualmente buscar el interés de otros

⁶³ VON GIERKE, O., *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, citado por FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Madrid: Reus, 1929, p. 185 y ss.

⁶⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 246, octubre-diciembre 2002, p. 1675 y ss.

⁶⁵ Esta es la posición sostenida por el Informe Olivencia. Vé. también: PAZ-ARES, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid: McGraw Hill, 2002, vol. II, ps. 1807-1808.

sujetos vinculados con la actuación de la empresa, procurando la conservación de ésta a largo plazo⁶⁶.

No será ésta la ocasión de ingresar en la interesante polémica planteada entre contractualistas e institucionalistas, la cual se encuentra muchas veces impregnada por factores emocionales, históricos, ideológicos y políticos. Habremos de considerar el interés social como aquél que se encuentra alineado con la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los accionistas (actuales, futuros y eventuales) como para los terceros (*stakeholders*).

La determinación del interés social no es patrimonio de ninguno de los órganos sociales. Tampoco es exclusivamente el interés común de los socios. Cuando éstos constituyen una sociedad comercial, crean –como lo reconoció Gierke hace más de un siglo– un ente diferenciado, con una actividad separada y propia en el mundo empresarial, frente a la cual los socios pasan a ser titulares de participaciones sociales, que les acuerdan beneficios económicos y derechos políticos. Una vez constituida, la sociedad entra en relaciones económicas con sus socios y con terceros, todos los cuales tienen el legítimo interés personal de hacer valer derechos de naturaleza económica frente a la sociedad.

La asignación de derechos políticos a los socios, a través de su actuación en los órganos sociales, no emana necesariamente del derecho de dominio de dichos socios sobre la sociedad, sino de la circunstancia de que son éstos quienes tienen el interés personal que se encuentra mejor alineado con el interés social. Cuando la sociedad crea valor y genera incrementos patrimoniales, los socios ven satisfecho su interés personal de percibir los beneficios económicos derivados del incremento producido. En el caso de la sociedad *in bonis*, los socios son los mejor capacitados para tomar estas decisiones sociales⁶⁷.

La defensa de este interés social alineado con la creación de valor para la sociedad ha determinado que se ponga muchas veces en crisis el derecho de los accionistas a la percepción de un dividendo. Es tradicional la cita del trabajo de Modigliani y Miller que, ya en la década del '50, sustentaron la tesis de que la política de endeudamiento resulta indiferente en cuanto al valor de la empresa⁶⁸, como corolario de la cual sostienen la irrelevancia de la política de dividendos en la creación de valor, tanto para la sociedad como para sus accionistas.

Esta tesis –que ha tenido, a lo largo de los años, numerosos seguidores en la escuela del análisis económico del derecho– parte de la idea de un mercado

⁶⁶ Esta es la posición contenida en los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y en el Informe Aldama.

⁶⁷ COASE, R.H., "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, N° 16 (1937), p. 386.

⁶⁸ MODIGLIANI, F. - MILLER, M., "The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment", *American Economic Review*, vol. 48, N° 3 (junio 1958), ps. 261-297.

perfecto, profundo y transparente donde los accionistas tienen, en todo momento, la posibilidad de realizar el mayor valor de su participación accionaria a través de la negociación de la misma en un mercado formal. Este escenario dista mucho del que se plantea en nuestro país, donde el dividendo es, la mayoría de las veces, la única contrapartida económica del accionista por su participación en la sociedad y, como tal, condiciona el valor de la misma y su vocación de inversión.

Sin perjuicio de la búsqueda, en el marco del interés social, de este necesario equilibrio entre el derecho al dividendo del accionista y la maximización del valor de la sociedad, la cuestión de la determinación y distribución de la utilidad social se transforma, muchas veces, en un punto de choque entre los diferentes intereses individuales de los socios. En muchos casos, la decisión sobre distribución de dividendos puede llegar a transformarse además en un instrumento de abuso de las mayorías respecto de los accionistas minoritarios, buscando con una política restrictiva de distribución de utilidades impulsarlos a la venta de sus participaciones sociales por un precio vil⁶⁹.

Contemplando estos escenarios de abuso de derecho, provenientes tanto de la propia gestión de administración como del voto en las asambleas sociales, la ley ha buscado establecer mecanismos de protección, imponiendo la distribución preceptiva de parte de la utilidad o sancionando la omisión. Sin embargo, estos mecanismos objetivos y genéricos de protección parten, muchas veces, del error de pretender regular el funcionamiento del instituto desde la óptica de la patología del abuso, consagrando soluciones imperfectas.

EL DIVIDENDO MÍNIMO OBLIGATORIO

Algunas legislaciones han buscado superar el conflicto de opiniones y de intereses, en materia de distribución de utilidades y su contracara del autofinanciamiento societario, acudiendo a la figura del dividendo mínimo obligatorio.

La Ley brasileña de Sociedades por Acciones N° 6.404 de 1976 (art. 202), con la modificación introducida por la Ley N° 10.303 de 2001, consagra el derecho de los accionistas a recibir como dividendo obligatorio la mitad del lucro líquido del ejercicio, correspondiendo al estatuto regular el mismo, con un piso mínimo del 25% de las utilidades. La sociedad sólo puede resolver no distribuir este dividendo cuando sea incompatible con su situación financiera, debiendo volver a hacerlo cuando la situación financiera de la sociedad lo permita.

⁶⁹ Vé. ALEGRÍA, H., "El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas", AA.VV. *Abuso del Derecho*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 16, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 319 y ss.

La Ley chilena de Sociedades Anónimas N° 18.046 de 1981 (art. 79), por su parte, impone para las sociedades anónimas abiertas el pago de un dividendo mínimo obligatorio equivalente al 30% de la utilidad del ejercicio. La misma norma se aplica a las cerradas, salvo disposición estatutaria en contrario.

El Código de las Sociedades Comerciales portugués de 1986 (art. 294) dispone que, en las sociedades anónimas, salvo disposición contractual en contrario o resolución asamblearia tomada por $\frac{3}{4}$ de los votos, no puede dejar de distribuirse a los accionistas por lo menos la mitad de la utilidad del ejercicio.

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital español de 2010 (Real Decreto Legislativo 1/2010), en texto dado por la reforma de 2011 dispone (art. 348bis) que, a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

En esta misma línea, nuestra ley societaria (art. 320) consagró la obligación de las sociedades anónimas al pago de un dividendo mínimo obligatorio, en dinero, equivalente al 20% de las utilidades netas de cada ejercicio, salvo resolución fundada de accionistas que representen un mínimo del 75% del capital social y opinión favorable de la sindicatura⁷⁰.

La solución de imponer el pago de un dividendo obligatorio, en cualquiera de las diferentes soluciones establecidas por los regímenes citados, plantea el problema de pretender predeterminedar, con carácter general y a través de un porcentaje objetivo, el complejo tema del derecho del accionista a obtener, en cada momento, la distribución de las utilidades sociales devengadas. Estas soluciones resultan riesgosas. Por un lado, crea el estímulo a considerar que todo el derecho al dividendo se circunscribe a la percepción del dividendo mínimo obligatorio, limitando a los accionista este derecho cuando la sociedad se encuentra razonablemente en condiciones de realizar una distribución mayor. Por otro lado, sujeta a la sociedad a una innecesaria presión financiera – cuando no a la insolvencia- cuando la misma, a pesar de haber devengado utilidades, no está en condiciones de distribuir las mismas o requiere aplicar las mismas al autofinanciamiento.

EL DILEMA DEL AUTOFINANCIAMIENTO

⁷⁰ Vé. MILLER, A., “Relevancia del derecho al dividendo y dividendo mínimo obligatorio”, AA.VV., *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia* (Olivera García, dir.), Montevideo: La Ley, 2015, p. 317 y ss.

El dilema del autofinanciamiento evoca el desafío homérico de navegar entre Escila y Caribdis.

Por un lado, el negocio social tiene por causa específica: la participación de los socios en las ganancias producidas por la actividad social. Si bien, en un mercado profundo y transparente pueda llegar a sostenerse la prescindencia de dicha distribución, ya que la participación en las ganancias se manifiesta en el incremento del valor de la empresa (tesis de Modigliani y Miller), esta no es la realidad de la inmensa mayoría de las sociedades comerciales ni de nuestros ámbitos de actuación societaria.

Por otro lado, existe muchas veces un legítimo imperativo de las sociedades comerciales de apelar a las propias ganancias como forma de financiar su operativa.

En este punto incide no solamente la apuesta de administradores y accionistas por la sustentabilidad de la sociedad, sino además el razonable interés de los acreedores y otros *stakeholders* en mantener estructuras societarias solventes, con activos que garanticen los compromisos asumidos. Una política de dividendos dispendiosa puede impulsar a la sociedad a la infracapitalización, cuando no a la insolvencia.

En nuestros mercados, los operadores económicos han revelado en la práctica la necesidad de acudir al autofinanciamiento. En mercados en los que el acceso al crédito u otras fuentes de financiamiento resulta difícil y caro, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, el autofinanciamiento se transforma normalmente en la principal fuente de recursos a la que acuden las sociedades para financiar su operativa. Esto impone necesariamente considerar la política de dividendos con carácter residual frente a las políticas de inversión y financiamiento social.

En un estudio realizado por Ricardo Pascale⁷¹ sobre el financiamiento de la industria manufacturera en el período 1972-1976 llegaba a la conclusión de que, en las pequeñas empresas, el autofinanciamiento representa el 68,73% de los recursos utilizados; en las medianas el 37,61%; y en las grandes el 43,84%. Esta situación se mantuvo en el período 1977-1980⁷², representando dicho autofinanciamiento respectivamente el 62,26%, el 42,13% y el 47,74% del financiamiento de las pequeñas, medianas y grandes empresas uruguayas. En el período 1989-1991, el autofinanciamiento se redujo al 21%, siendo sustituido por una disminución de activos del 65%⁷³. En un estudio anterior, Pascale⁷⁴

⁷¹ PASCALE, R., *Inversión, financiamiento y rentabilidad de la industria manufacturera uruguaya (1972-1976)*, Montevideo: Banco Central del Uruguay, 1978.

⁷² PASCALE, R., *Comportamiento financiero de la industria manufacturera uruguaya (1977-1980)*, Montevideo: Banco Central del Uruguay, 1982.

⁷³ PASCALE, R., *Finanzas de las empresas uruguayas. Contribución a la investigación de sus elementos caracterizantes*, Montevideo: Banco Central del Uruguay, 1994, p. 84.

llamaba la atención del bajo nivel de autofinanciamiento de las empresas uruguayas, comparado con la realidad europea, en la cual el mismo alcanzaba los siguientes niveles: Alemania - 78%; Francia - 64%; Italia - 46,6%; Países Bajos - 67%; y Bélgica - 75%.

Estos valores de autofinanciamiento se recompusieron sustancialmente en los años sucesivos⁷⁵. Estudios realizados en los años 2004 y 2005 revelan que, en el caso de las grandes empresas, el mismo asciende al 45,4% y 45,7%, respectivamente⁷⁶.

De lo expuesto surge la incuestionable conclusión de que, en el sistema empresarial uruguayo (y asumimos que igual ocurre en el argentino), el autofinanciamiento de las sociedades comerciales representa una fuente esencial de los recursos financieros a los cuales acuden las empresas para financiar su operativa.

Por lo tanto, es importante encarar este difícil equilibrio entre ambos paradigmas (dividendo vs. autofinanciamiento), el que debe buscarse en la aplicación de los criterios de razonabilidad y prudencia que consagra la ley (art. 93) para la constitución de reservas voluntarias. Este criterio resulta extrapolable a cualquier forma de autofinanciamiento: mantenimiento de las ganancias como utilidades acumuladas, constitución de reservas, capitalización de utilidades (pago de dividendo en acciones), así como para la aplicación de los criterios contables (depreciaciones, provisiones y provisiones) que inciden en la determinación de la utilidad social.

Estos criterios de razonabilidad y prudencia deben ser aplicados atendiendo al interés social, entendido como el objetivo de creación de valor para la sociedad, en beneficio de socios y otros terceros vinculados. Como vimos, estas decisiones sociales en materia de financiamiento, provengan de los administradores o de los propios socios, son siempre decisiones de administración, alcanzadas por los deberes fiduciarios de lealtad y diligencia que la ley impone, y sujetas a las responsabilidades correspondientes.

⁷⁴ PASCALE, R., *El financiamiento de las empresas y los mercados de dinero y de capital*, Montevideo: Universidad de la República, 1975, p. 24.

⁷⁵ Vé. MUNYO, I., *La estructura financiera de las empresas y sus determinantes: evidencia del caso uruguayo*, trabajo monográfico. Montevideo, 2003.

⁷⁶ FRANCO, G. - LÓPEZ MARTÍNEZ, L. - MUÑOZ, G., "Determinantes de la estructura de capital de las grandes empresas manufactureras uruguayas", *Quantum*, vol. V, N° 1, Montevideo, 2010, p. 18.

LA EMPRESA, SU VIABILIDAD Y SU CONSERVACIÓN EN CASO DE SER DECLARADA EN CONCURSO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO URUGUAYO

Alicia Ferrer Montenegro

Sumario

1.- Introducción. 2.- La Actividad Empresaria. 3.- La actividad empresaria en circunstancias normales. 4.- La actividad empresaria en crisis o en estado de insolvencia. 5.- El dilema conservacionismo vs. Liquidación. 6.- El valor de la empresa y su viabilidad. 7.- La solución en la LCRE. 8.- En conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

A fines de 2008, ante la sanción de la Ley N° 18.387 de Concursos y Reorganización Empresarial (en adelante LCRE), la doctrina uruguaya inició el estudio de algunos tópicos que se introdujeron en nuestro derecho y de los cuales la profusa doctrina extranjera da muestras de su enorme complejidad.

Una de las cuestiones más importantes analizadas son los principios que sustentan a esta ley, y, básicamente, el que nos llama a estas reflexiones: el de la actividad económica viable y su mantenimiento en situación de crisis o de conservación de la empresa, como tradicionalmente se le conoce.

Las batallas entre conservacionismo o liquidación, entre leyes de mercado e intervencionismo estatal, entre método de mercado y método gubernativo, se han sucedido en la doctrina jurídica y económica de segunda mitad del siglo pasado.

Hemos dejado el análisis desde una perspectiva meramente académica, de laboratorio, la ley nos llevó a bajar a tierra el bagaje teórico al mundo de la realidad.

Es una ley solutoria, que trata de proteger el crédito y pone en cabeza de los acreedores el protagonismo sobre el proceso. Ellos tienen las herramientas para conducir el proceso en un sentido u otro.

A priori, el legislador toma partido por el conservacionismo, y en diversas normas deja clara esa impronta.

Ahora bien, ¿qué es lo que debe conservarse?

La respuesta inmediata leyendo los artículos 1 y 2 de la LCRE es: la actividad empresaria, profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes y servicios que realiza el deudor que se encuentra en estado de insolvencia, que no puede cumplir con sus obligaciones.

La norma jurídica, determina el tratamiento aplicable a la empresa en crisis, que modificó profundamente el régimen derogado. Queda aún, once años después, la batalla cultural por imponer esos nuevos criterios.

Ello nos conduce inevitablemente a determinar previamente una noción de empresa, que encaje en la consideración que de la actividad empresaria realiza el inciso segundo del artículo 2 de la LCRE.

Luego, ingresaremos al análisis de la viabilidad y la normativa “conservacionista” y sus alcances.

Finalmente, trataremos de resolver la cuestión acerca de si el principio conservacionista es absoluto o relativo en el articulado de la ley y la importancia de la viabilidad como condición de conservación.

2.- LA ACTIVIDAD EMPRESARIA

2.1.- El artículo 2, bajo el nomen iuris de Presupuesto subjetivo, nos indica que *“La declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, persona física que realice actividad empresaria o persona jurídica civil o comercial”*.

Resulta evidente de la sola lectura del artículo que el elenco de sujetos concursables ha quedado notoriamente ampliado respecto de lo que nos indicaba nuestro derogado régimen concursal.

Por lo pronto ya no existe más distinción entre civiles y comerciantes, lo cual es un gran avance desde nuestro punto de vista.

Tampoco se establece la exigencia de que tratándose de deudores personas jurídicas realicen actividad empresaria.

Esta disposición ha recibido la crítica de la Prof. Nuri **Rodríguez**⁷⁷.

La dificultad mayor parece radicar en la noción de actividad empresaria o de empresa, noción que ha sido siempre difícil de aprehender para el derecho⁷⁸ y a la cual, en general, nuestra doctrina ha dado la espalda, quedando a salvo solo aquellas actividades previstas en el numeral 4 del artículo 7 del Código de Comercio.

La LCRE ensancha notoriamente el ámbito de aplicación de la noción de empresa.

De la mano del Derecho Concursal, debimos andar el camino trazado por el Código Civil Italiano y otras legislaciones posteriores, y comenzar a edificar una noción de empresa que resulte aplicable a la realidad concursal uruguaya.

⁷⁷ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, Presupuesto subjetivo el concurso en el proyecto de Ley de Concursos. Revista de Derecho Comercial Tercera Época N° 1. F.C.U. Montevideo 2008.

⁷⁸ ETCHEVERRY, Raúl, Derecho Comercial y Económico. Parte General. Página 485/486. Ed. Astrea. Argentina. 1987, sostiene que mucho se ha hablado de este complejo concepto mercantil, de difícil aprehensión dada la anfibología que normalmente implica, aun limitándolo al campo del derecho, y más aún del derecho mercantil. En economía, el perfil de la empresa toma en cuenta que se trata de una unidad económica, administrativa y contable, Todo ello se logra mediante una organización de bienes o servicios. Generalmente se persigue un fin económico, especulativo o de lucro.

2.2.- Como afirma el Maestro Héctor Alegría⁷⁹ *“La contemplación de la empresa corresponde a las más variadas áreas del derecho: todas aquéllas en las que la empresa actúe y tenga valores comprometidos o los pueda comprometer. Además, estos valores e intereses deben conjugarse y, a nuestro juicio, debe siempre tenerse en mira a la empresa como valor en el sentido de la utilidad para múltiples fines: individuales, de los estamentos y de la comunidad en su conjunto (bien común)”*.

Otro tanto opinaba Garrigues, quien señalaba que la noción de empresa no pertenece exclusivamente al derecho mercantil, porque abarcará parcelas de diversas disciplinas jurídicas.⁸⁰

La empresa es, para la economía, un conjunto de bienes (materiales e inmateriales) organizados con la finalidad de lucro.

Nuestra ley concursal parece recoger la noción jurídica de la empresa como actividad, esto es, todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios, siguiendo la construcción de Rodrigo Uría y de su escuela mercantil española.

Una concepción que, como las otras (organización, sujeto, objeto, etc.), ha sido objeto de severas críticas.⁸¹

Más allá de esas críticas debe reconocerse al legislador de 2008, la valentía de tomar posición sobre una noción, que se explica desde la economía, pero no tanto desde el derecho.

Galgano⁸² ha dicho que *“El concepto de empresario, antes que un concepto de derecho, es un concepto de la economía, ya que fue elaborado, en la época moderna, para caracterizar uno de los sujetos del sistema económico, o sea de la organización social de la producción y de la distribución de riqueza. En ella participan muchas otras figuras, además del empresario, una que intervienen los capitalistas, que ofrecen su propio capital para recibir en compensación la remuneración fija que se llama interés; los trabajadores, quienes ofrecen también a cambio de una remuneración fija llamada salario, sus propias energías de trabajo, y por último los consumidores, o sea los que solicitan para satisfacer sus propias necesidades, determinados bienes o servicios.”*

Atribuye al empresario una función creadora de riqueza, que transforma o combina los factores de la producción, capital y trabajo, en un producto idóneo para satisfacer las necesidades de los consumidores. Ubica al mercado como el ámbito ideal para el desarrollo de la actividad del empresario, siendo el ámbito de encuentro entre la oferta y la demanda de los distintos sujetos económicos.

Ángel Rojo⁸³, enseña que el Código de Comercio español no define al empresario, lo que no significa que no sea posible encontrar un concepto

⁷⁹ ALEGRÍA, Héctor. Reglas y Principios del Derecho Comercial. La empresa como valor y el sistema jurídico. Ed. La Ley Argentina. 2008.

⁸⁰ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I página 161 y siguientes. Ed. Temis. Colombia. 1987.

⁸¹ VICENT CHULIA, Francisco. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tomo I Vol. 1º página 75-76. Ed. Bosch. Barcelona 1991.

⁸² GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. El empresario. Página 11 Ed. Temis. Colombia. 1999

⁸³ ROJO, Ángel Lecciones de Derecho Mercantil. Lección 2 El Empresario, página 42. Ed. Thomson Civitas. Madrid. 2003

jurídico del mismo. A su criterio, *“es empresario la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”*. Extrae este concepto jurídico de aquel económico y vulgar que identifica al empresario con el sujeto que coordina o dirige diferentes factores de la producción, interponiéndose entre ellos para ajustar el proceso productivo o un plan o programa determinado. Para ello, debe asumir el riesgo empresario. Ello porque no hay derechos y obligaciones de la empresa sino del empresario. Este desarrolla una actividad profesional, sistemática, con tendencia a durar. La profesionalidad no exige que la actividad se desarrolle de modo continuado e ininterrumpido, ya que existen actividades cíclicas o estacionales que son empresariales. Esta profesionalidad no implica exclusividad, ni siquiera que sea la actividad principal. El empresario puede tener otras profesiones y desarrollarlas salvo que por incompatibilidad tenga prohibición legal de hacerlo. Esta actividad que despliega está dirigida a satisfacer las necesidades de terceros, se dirige al mercado, y precisamente por esta característica es que debe ser organizada, planificada, racionalmente programada contemplando los aspectos técnicos y económicos de esa actividad.

Joaquín Rodríguez Rodríguez⁸⁴ presenta a la empresa como una unidad económica y contable, en cuanto organización concreta de los factores de producción para obtener una producción determinada, y en cuanto visión definida de su marcha económica en un período determinado. Otorga como notas básicas del concepto: el riesgo que corre el empresario de perder su inversión y trabajo y el cálculo ordenado para su previsión.

Fontanarrosa⁸⁵ sostiene que la empresa no debe ser confundida con el empresario. Aquella es la actividad de organización de los factores de producción, o, en otros términos, es el ejercicio de una actividad económica organizada para ciertos fines, es decir, algo inmaterial. Enseña que *el fenómeno económico de la producción organizada es viejo, casi tanto como la humanidad. Pero dada la forma rudimentaria en que se desarrolló durante siglos, no fue menester que la legislación se ocupara especialmente de él; y solo cuando el proceso adquirió cierto grado de desenvolvimiento, motivó su sometimiento a una regulación jurídica, que comenzó bajo aspectos bajo perfilados.*

Desde la Escuela de Córdoba, como gusta decir el Maestro Richard, se insiste en el concepto de empresa como preocupación constante. *“La empresa configura un concepto volátil, particularmente en sus aspectos jurídicos, pues representa más una concepción social o económica, una idea de organización. No obstante, como realidad social y económica, exige respuesta del derecho como “orden del orden social”.”*⁸⁶ Define a la empresa como *“organización sistemática, funcional y*

⁸⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil Página 469 y siguientes. Ed. Porrúa. México. 2003

⁸⁵ FONTANARROSA, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino. Parte general. Páginas 173 y ss. Ed. Zavalía. Argentina 1992.

⁸⁶ RICHARD, Efraín Hugo. Sobre la Empresa. ENSAYOS DE DERECHO EMPRESARIO. N° 1 Ed. Fespresa. Córdoba 2006.

activa de medio (factores de producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado”.

En Uruguay, Siegbert Rippe⁸⁷, define a la empresa como una organización económica que tiene la aptitud de contribuir al cambio del entorno social e incidir positivamente en el proceso de desarrollo. Reconoce las limitaciones que el derecho comercial tiene para la captación, promoción y regulación integrales del fenómeno empresarial. Considera importante que la ley reconozca jurídicamente su existencia y potencialidad y promueva un marco apropiado para su desarrollo.

Otros autores nacionales, como Mezzera, Nuri Rodríguez o Pérez Fontana analizan las distintas construcciones jurídicas que se han realizado en torno a la noción de empresa al estudiar los actos de comercio, pero tienen en común considerar que la misma es una noción económica y no jurídica.

2.3.- En definitiva, el concepto de actividad empresarial o empresa que nos presenta el legislador concursal es aquel que toma la actividad como centro de gravedad.

3.- LA ACTIVIDAD EMPRESARIA EN CIRCUNSTANCIAS NORMALES

Como es sabido, la actividad empresarial se desarrolla en el marco de mercados cada día cambiantes, complejos, muchas veces hostiles e inestables. Hablar de mercado es hablar de globalización, palabra multicitada, que explica que siempre se debe atender no solo lo que pasa en el entorno inmediato sino en el lejano.

En ese marco, debe resolverse y dar respuestas para sobrevivir o para aumentar la eficacia y la eficiencia de la actividad, adaptándose a los cambios del entorno.

La pregunta siempre será ¿cómo hacer la empresa más competitiva?

La respuesta siempre estará atada a la rentabilidad, por lo cual, la pregunta debería ser ¿cómo hacer a la empresa más rentable?

Mejorar la calidad de sus productos o servicios, siendo más eficientes en el uso de los activos, tratando de innovar permanentemente usando tecnología e invirtiendo en investigación, sería la respuesta que desde la economía y la administración dan los técnicos.

Sin duda el aumento de la rentabilidad recompensará a los propietarios de la empresa, pero también lo hará para su entorno inmediato y para la sociedad en general.

Una de las decisiones más importantes es cómo utilizar y aplicar los recursos de la empresa, que en cualquier caso, deberán ser suficientes para desarrollar la actividad. Aquí aparece un tema recurrente y es la suficiencia de capital que los propietarios deben integrar para el desarrollo de la actividad y su continuidad. El vocablo infracapitalización también es multiusado, pero, por lo menos en Uruguay, seguimos discutiendo su alcance.

⁸⁷ RIPPE, Siegbert. La función de las empresas en el desarrollo económico y social. Página 59 y siguientes en DERECHOS PATRIMONIALES. ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR EMÉRITO DR. EFRAÍN HUGO RICHARD. Ed. Astrea. Argentina. 2001-

Otra cuestión no menor se presenta cuando la dirección de la empresa, responsable de la toma de decisiones estratégicas para el desarrollo de la actividad, no logra articular adecuadamente la gestión de los conflictos de intereses entre los distintos grupos de personas que participan directa o indirectamente en la empresa.

¿Son responsables quienes dirigen la empresa si ante el pedido de capitalización, obtienen respuesta negativa de los socios o accionistas?

Es posible que el proceso racional de decisión de las estrategias de la empresa no sea bien explicado, o siéndolo, no sea compartido porque hay distintos objetivos, intereses o preferencias muchas veces incompatibles entre los que dirigen y quienes detentan la propiedad de la empresa.

Cuando la dirección tiene el control interno de la empresa, ese problema no se habrá de plantear, todo dependerá del contexto de la empresa como organización.

Como no siempre sucede, deberá alinearse los objetivos de los propietarios con la dirección de la empresa para cumplir con el principal objetivo que es la creación de valor, teniendo siempre presente que no solo importa el interés de los propietarios de la empresa sino también el de los stakeholders, principalmente los trabajadores.

El fenómeno de la separación entre propiedad y dirección no se advierte en las pequeñas empresas, pero sí se puede dar en las más grandes. Cuando se presenta, deberá analizarse cuáles son los mecanismos disponibles para que los propietarios ejerzan el control sobre la dirección, y cómo se reparte la responsabilidad sobre la marcha de los negocios toda vez que los propietarios rechazan o simplemente ignoran los pedidos de la dirección. En otras palabras, deberá determinarse quién y cómo gobierna la empresa, más allá de lo que las normas legales o estatutarias imponen.

En definitiva, la creación de valor, entendido éste como la capacidad para generar rentas o beneficios será el norte que guie la conducta desplegada por la dirección acompañada por los propietarios.

Para ello, deberá darse viabilidad a la misma, esto es, contar con flujos monetarios, tener claro el tiempo o momento en que los flujos son disponibles, y tener siempre presente el riesgo asociado a la actividad. La correcta evaluación y prevención de esos riesgos permitirán la obtención de beneficios.

4.- LA ACTIVIDAD EMPRESARIA EN CRISIS O EN ESTADO DE INSOLVENCIA

Todo aquel que desarrolla actividad empresaria, sabe que la crisis, y la probabilidad de quiebra están siempre en su horizonte. El fracaso de la actividad es una de las posibilidades, la opuesta al éxito deseado y para el cual se trabaja.

La quiebra es algo inherente al mercado, a la que los analistas consideran como un mal inevitable y necesario del sistema capitalista.

Crisis e insolvencia son vocablos que suelen ser utilizados por la doctrina concursal.

Sin duda, la segunda presupone la primera, pero no necesariamente se dará a la inversa.

Esta distinción no es meramente lingüística, atento al uso a veces indiscriminado de los términos aludidos, sino que es de sustancia.

Una crisis suele ser esencialmente pasible de ser resuelta. La insolvencia requiere medidas jurídicas y judiciales más concretas.

A las crisis suele distinguírseles por su naturaleza, pueden afectar al empresario (enfermedad, disolución de un vínculo conyugal con consecuencias patrimoniales), o a la empresa. Pueden ser financieras, económicas, coyunturales, estructurales, endógenas, exógenas, sistémicas, etc., etc.

Quienes desarrollan actividad empresarial suelen tener que capear a lo largo del tiempo más de una crisis. Ellas son naturales a la actividad económica, expuesta a riesgos provenientes de diversos frentes.

Normalmente, las crisis son resueltas a través de decisiones y medios ordinarios.

Muchas veces, la crisis llega a un estadio donde se requieren soluciones extraordinarias, la insolvencia asoma y es necesario recurrir a los mecanismos legales que el derecho proporciona.

Oswaldo Maffía⁸⁸ dice *“Para ocuparnos, pues, de la crisis empresarial en el corralito de nuestra disciplina, aceptemos prima facie que esa situación se da cuando un empresario soporta dificultades que no puede- y es razonable pensar que tampoco podrá superarlas con su actividad y medios ordinarios. No meras dificultades, transitorias aun cuando frecuentes, sino ese estado de cosas que, repetimos, con los recursos y modo habituales de su desenvolvimiento es previsible que lo desbordará. Se presupone asimismo un mínimo dimensiona y organizativo como para prever que no será la única perjudicada por su derrumbe.”*

Economistas y juristas reconocen que la crisis que más interés concita es la financiera, que puede ir acompañada o no de la económica.

Paso a analizar qué propone la LCRE al respecto.

Es necesario determinar la noción de empresario en crisis o en estado de insolvencia, recordando dos aspectos básicos indicados en la ley: a) supone incumplimiento de sus obligaciones; b) no requiere la existencia de pluralidad de acreedores.

Puede acudir a las presunciones relativas y absolutas que la ley precisa en los artículos 4 y 5.

No obstante, estas presunciones no son otra cosa que lo que siempre conocimos como los “hechos de quiebra”. Algunos viejos, otros nuevos.

La crisis es un concepto distinto, más complejo, poliédrico, cuyos síntomas pueden detectarse a través de las presunciones, pero no necesariamente será así.

La crisis supone, como sostiene Ricardo Olivera⁸⁹, destrucción de valor, y es por ello que se requiere su detección temprana para minimizar esa destrucción de valor.

⁸⁸ MAFFIA, Oswaldo J. Nuestras leyes de concursos y las crisis empresariales. Homenaje al Dr. Oswaldo Maffía. Obra colectiva dirigida por Daniel Truffat. Ed. Lerner. Argentina. 2008.

⁸⁹ Conferencias dictadas en la Universidad Católica del Uruguay y en las XI Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Comercial (UDELAR) en Diciembre de 2008.

¿A qué valor nos referimos?

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

Por eso y con razón se habla de la dimensión social, ética y económica de la empresa.

También aprendimos – por tanto – que la empresa no es sólo una unidad de producción desde el punto de vista económico ni es sólo un fenómeno jurídico. Es al mismo tiempo un factor de desarrollo social, de consolidación del Estado como unidad transpersonal y de solidaridad. No solamente es empresa la que mira hacia la rentabilidad sino del mismo modo es empresa la que tiene un fin altruista o no lucrativo, que se potencia con la técnica empresarial y la optimización de los recursos. En estos amplios sentidos la empresa participa de la cultura de la comunidad y claramente se orienta hacia el bien común, concepto este último que ha sido proclamado aun por autores alejados de teorías escolásticas (Henkel).

Por ende, podemos descubrir en la empresa una serie de valores, además de los múltiples de su vinculación con una ponderación monetaria o económica, que mencioné al comienzo. Es posible también hablar, como hoy es frecuente, del balance social de la empresa, de su impronta ecológica, de su inserción en la cultura y hasta en su dimensión política (aspecto este último que ha dado lugar a un arduo debate sobre la recíproca influencia entre empresa y Estado o, más propiamente, entre intereses empresarios e intereses públicos)⁹⁰

Compartiendo el pensamiento de Alegría, entiendo que no podemos limitarnos a pensar que la insolvencia se limita en la destrucción de valor contable, de valor patrimonial, sino que la pérdida de valor en juego es mucho más trascendente.

En un mundo globalizado, la realidad nacional no escapa a lo que pasa en el resto del orbe. Ello nos lleva a afirmar que la crisis de una unidad económica involucra, también en Uruguay, mucho más que intereses privados. Hay en juego múltiples intereses sociales, económicos y muchas veces también políticos. Las relaciones con los trabajadores, con el Estado, con los acreedores, etc., deben ser tenidas en cuenta en forma conjunta.

También es menester mirar a las otras empresas, a las que sufren la competencia desleal de la insolvente; a los acreedores, porque es su dinero el que la mantiene viva, y aparece entonces la necesidad de evitar la destrucción de valor en otros agentes que se encuentran dentro de la crisis, sin tenerla instalada en su propia empresa.

El necesario equilibrio lo debe de poner la ley, y para ello, el derecho comparado propone distintas soluciones, muchas de las cuales provienen de

⁹⁰ ALEGRÍA, Héctor. Op. Cit. Página 209-210.

recomendaciones realizadas por organismos internacionales. (Banco Mundial, UNCITRAL, INSOL INTERNACIONAL).

Nuestra LCRE ha tomado el camino, como dijera *supra I*, del conservacionismo, del mantenimiento de la empresa y ello se advierte en muchas de sus disposiciones.

5.- EL DILEMA CONSERVACIONISMO vs. LIQUIDACIÓN

La alternativa simplista de contraponer, como se hace habitualmente, la conservación de la empresa a la liquidación como modo de afrontar su crisis, atendiendo sólo a aquellos aspectos de ambas que son formulables jurídicamente, es un enfoque insuficiente.

Tanto la liquidación que, desde el punto de vista jurídico, implica un procedimiento tendiente a la desaparición de la empresa del mercado, como la conservación, son, en definitiva, procedimientos de reasignación de recursos.

El matiz jurídico alude al hecho que el momento de proceder a la reasignación está, en parte, jurídicamente establecido: a) el modo de realizarla; b) la fijación de quiénes van a ser los nuevos titulares de los recursos; y c) quiénes deberán soportar las pérdidas.

Los dos métodos que se confrontan son el liquidatorio denominado método de mercado y el de conservación llamado gubernativo.

Esta comparación pone de manifiesto en el sistema concursal la existencia de tres problemas a resolver.

El primero, la reducción de los costos primarios o sea evitar las quiebras. El ingreso temprano a un proceso concursal conduce a mejores alternativas de rápida solución a la crisis.

El segundo, la reducción de los costos secundarios, esto es proceder a una eficiente reasignación de recursos mediante la satisfacción mayor posible a quienes soportan los riesgos y sufren las pérdidas, los acreedores quirografarios.

El tercero, la reducción de los costos terciarios: minimizar la carga que supone la administración del sistema a través de un procedimiento rápido.

Desde una perspectiva histórica, se advierte en los primeros sistemas concursales, a la liquidación como regla y la conservación como excepción, y en una etapa posterior el equilibrio entre ambos métodos.

La situación actual nos muestra que, si bien el principio de conservación de la empresa se mantiene en los sistemas concursales, sufre la creciente relativización que presenta la exigencia de la viabilidad, es decir el de no conservación de las empresas inviables.

Una clara manifestación del fenómeno antes señalado es la reforma de la ley concursal en Alemania, del año 1994. Esta ley muestra la crisis que subyace a la filosofía de la recuperación, motivo por el cual se apartan las finalidades conservativas en beneficio de las tradicionales funciones de liquidación propias de los procedimientos concursales.

La cantidad de intereses involucrados en un concurso, antes puesta de manifiesto, ha llevado a las leyes latinoamericanas a abandonar el principio liquidatorio.

En Uruguay, con una legislación que no amparaba la conservación, se mantuvo durante años una política conservacionista que fuera desmenuzada por Vaz y Bugallo hace ya muchos años.⁹¹ Muchas empresas se valieron de normas especiales, dictadas en cada caso en particular, para evadir la aplicación de las leyes concursales que llevaban a su inevitable liquidación. Normas especiales que no hicieron otra cosa que dilatar en el tiempo un proceso irreversible, por cuanto, al apartarlas de la real situación de crisis en que se encontraban sus destinatarias, llevaron a desparramar los daños a la sociedad toda, evitando así una asignación eficiente de los recursos. El ablandamiento de las restricciones presupuestales es un indicador del hecho de que muchos de los procesos distributivos y selectivos básicos no quedan en manos del mercado, sino que están fuertemente influidos o absorbidos por las burocracias y las fuerzas políticas. De esta situación, hay ejemplos en todos los países.

He propiciado desde hace muchos años la inclusión del principio conservacionista en el derecho concursal uruguayo⁹², pero siempre entendí que debía aplicarse con un criterio lógico y en lo posible objetivo.

El Poder Ejecutivo, en la exposición de motivos explicaba *“El Proyecto supera la tradicional asimilación entre los conceptos de quiebra y cese de la actividad económica del deudor. Por oposición, se consagra el principio de la continuación de la actividad económica desarrollada por el deudor personalmente por éste, bajo control de un interventor, o a través del Síndico”*.

Un sistema concursal que pretenda poner en práctica el principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas, por cuanto un sistema de ese género no puede eludir la cuestión fundamental de saber en qué casos deben conservarse las empresas y en qué otros deben ser eliminadas.⁹³

Desde la economía suele señalarse que cuando una empresa económicamente inviable se presenta a concurso, el mejor resultado es que sus activos sean liquidados. Pero cuando una empresa económicamente viable se presenta a concurso, el mejor resultado es que continúe operando, dado que el capital se encuentra en donde tiene un mayor valor de uso, sobre todo cuando involucra activos altamente específicos. La justificación económica para el Convenio (artículos 138 a 167 LCRE) o el Acuerdo Privado de Reorganización (artículos 214 a 235 LCRE) es el salvar empresas que son económicamente viables pero están en dificultades financieras.⁹⁴

⁹¹ Vaz, Daniel; Bugallo, Beatriz Del ablandamiento de las restricciones presupuestales. Montevideo, 1993. En este artículo los autores realizaron una exhaustiva recopilación de leyes y decretos que relajan la restricción presupuestal de las empresas uruguayas y, como este proceso se arrastra desde tiempo inmemorial.

⁹² Creimer, Israel, Ferrer Montenegro, Alicia, Rodríguez Mascardi, Teresita. La empresa en crisis en el Uruguay. F.C.U. Montevideo. 1999

⁹³ Ferrer Montenegro, Alicia y Rodríguez Mascardi, Teresita. ¿Se puede salvar una empresa en crisis? Anuario de Derecho Comercial N° 10 F.C.U. Montevideo Año 2004. Página 62

⁹⁴ Conforme Zipitría, Leandro UN ANÁLISIS ECONÓMICO - INSTITUCIONAL DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN EL URUGUAY XV Jornadas de Economía - Banco Central del Uruguay. Montevideo noviembre de 2000.

La importante inversión en capital fijo y el grado de desarrollo tecnológico hacen difícil que la liberación de recursos estancados en las unidades productivas en crisis se produzca con la mera venta fragmentada de los mismos. Los costes de reasignación de los factores productivos pueden ser enormes si se comparan con su conservación en los términos actuales.⁹⁵

Esta opción no puede resolverse mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección en el momento de la apertura del procedimiento, sino que requiere de la confección de un standard de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de seguridad y generalidad.

En EEUU, por ejemplo, la legislación propone que el plan de reorganización debe ser *fair, equitable and feasible*, esto es justo, equitativo y factible. La sección 1.129 (a) (11), del 11 "U.S.C.", convierte la factibilidad (*feasible*) en el siguiente requisito:

"Confirmation of the plan is not likely to be followed by liquidation, or the need for further financial reorganization, of the debtor or any sucesor to the debtor under the plan, unless such liquidation or reorganization is proposed in the plan".

Mientras que la condición de justicia del "standard" se expresa, en relación al modo de distribuir los costos de la reorganización, de la forma siguiente en la sección 1.129 (b) del mismo texto legal: "(...) the court shall confirm the plan (...) if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, which respect to each class of claims or interests that is impaired under and has not accepted, the plan".

Y no concluye aquí el esfuerzo de precisar tal noción, pues junto a estas pautas claves de factibilidad y justicia existen desarrollos ulteriores de las mismas que sujetan la interpretación a una multitud de situaciones típicas.

Con ello, no se trata de juzgar la bondad del standard recogido en el sistema concursal estadounidense sobre las características de la empresa conservable en lo que se refiere a la particular protección de los intereses involucrados en la crisis que establece, sino ilustrar que es posible realizar en un standard abierto, y sin que éste deje de serlo, un aceptable grado de concreción que refleje las condiciones económicas y jurídicas que la sociedad considera inderogables para mantener la empresa en funcionamiento .

Por ese motivo y por la influencia que ejerce el sistema concursal estadounidense sobre la evolución del derecho concursal en otros países, incluso de raíz jurídica distinta, consideramos útil tomarlo como ejemplo de los problemas básicos de la construcción de un sistema concursal fundado en el principio de conservación de la empresa.⁹⁶

Sin duda, es un criterio muy amplio, pero siempre permite al Juez verlo como un Standard por el cual guiarse. Las nociones de lo justo y equitativo resultan

⁹⁵ BISBAL MENDEZ, Joaquín. La empresa en crisis y el derecho de quiebras. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1986, página 36

⁹⁶ RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENENGRO, Alicia El salvataje de a empresa en crisis en la nueva ley concursal uruguaya. En Ensayos concursales. LA LEY URUGUAY. Montevideo 2016 páginas 29 y 30

familiares para cualquier magistrado, la dificultad siempre va a radicar en definir la factibilidad del plan de reorganización. Algunas pautas quedan indicadas en los artículos 138 y 139 y la factibilidad será informada por el Síndico o Interventor en caso de Convenio y, en definitiva, resuelta por los acreedores conforme a los artículos 142 y 214 que infra analizaré.

6.- EL VALOR DE LA EMPRESA Y SU VIABILIDAD

La noción de empresa conservable incluye el requisito de ser viable como criterio de selección, como quedara afirmado en anterior trabajo.⁹⁷

Sin embargo, este requisito es susceptible de múltiples interpretaciones; adviértase que buena parte de los problemas que afectan la viabilidad de la reorganización dependen de los estímulos que los procedimientos concursales establezcan para que en la negociación necesaria se observen conductas cooperativas.

En doctrina se señalan tres concepciones diversas acerca de la viabilidad, todas ellas referidas al valor de la empresa derivado del plan de reorganización.

En primer lugar, podríamos establecer que un plan reúne la condición de viable, si dados los beneficios esperados previstos para la empresa reorganizada y el diseño de la estructura del capital de ésta que se proponga, el valor de la empresa en funcionamiento es superior al valor de la empresa en liquidación.

Un juicio basado en esa confrontación de valores pone de manifiesto que la preocupación esencial de la reorganización es procurar una satisfacción mejor de los acreedores. La conservación de la empresa se convierte en una finalidad instrumental a este propósito. La empresa se conserva porque el valor con el que se retribuye el crédito es superior al que podría destinarse a ello mediante la liquidación. Es obvio, por otro lado, que los valores que deben compararse son los que resultan una vez deducidos en cada caso el costo del procedimiento – la liquidación o la reorganización. Y por ello puede convenirse fácilmente, sin necesidad de mayores preocupaciones teóricas, en que cualquier paso que se dé hacia la disminución de los costos procedimentales contribuye a facilitar la nitidez de la comparación.

En segundo lugar, se concibe la viabilidad del plan en términos de la capacidad que ofrezca para satisfacer el costo del crédito presente en la estructura del capital diseñada para la empresa reorganizada, postura dominante en la doctrina y jurisprudencia estadounidense, recogida con ligeras variaciones por la reforma de 1978.

Se trata en definitiva de interpretar la viabilidad, como adecuación del plan a las exigencias de la estructura del capital adoptada para la conservación de la empresa en funcionamiento.

Aquí no puede decirse, como ocurría en el caso anterior, que la finalidad de la conservación sea instrumental a la satisfacción de los créditos, no obstante, con

⁹⁷ RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y FERRER MONTENENGRO, Alicia op cit. Página 33 y siguiente.

esta versión de la viabilidad, la satisfacción de los créditos actúa como condición sine qua non para la adopción de una decisión de conservación.

No es necesario en cambio, proceder a una comparación con el valor de la empresa en liquidación, aunque pueda ser útil en determinados casos.

Lo esencial aquí es ajustar la nueva estructura crediticia a las expectativas reales de la empresa reorganizada, lo cual permite una fundamentación de la conservación relativamente autónoma, sin tomar en cuenta el grado de satisfacción de los acreedores en la liquidación, requiriendo solo confrontar si el género de beneficios (sociales, políticos o económicos) que se derivan de la conservación para justificar la reorganización aunque, eso sí, ésta deba someterse al juicio de adecuación de la nueva estructura del capital.

En tercer y último lugar, la noción de viabilidad del plan podría absorberse en la misma viabilidad de la empresa.

Esto puede parecer que está implícito en todas las versiones de la viabilidad, pero los hechos suelen desmentir esta creencia. La interpretación de la viabilidad como aquella de la empresa reorganizada, plantea un género de problemas distintos de los anteriores y estrechamente vinculados a los datos necesarios para realizar el cálculo del valor de la empresa.

Al mismo tiempo subordina el trato de los acreedores a las necesidades de conservación de la empresa, la única consideración teóricamente relevante, desde el punto de vista de la viabilidad, se refiere a los acreedores como potenciales generadores de comportamientos estratégicos perjudiciales para la viabilidad de la empresa.

Esta última versión de la viabilidad exige contemplar adecuadamente los beneficios esperados mediante el plan de reorganización y las características de la estructura del capital de la empresa reorganizada. Los primeros deben ser propuestos con "seriedad": esta es la única vaguedad que podría consentirse al standard de empresa conservable, vaguedad relativa por otro lado, pues se refiere a una adecuada prospección del futuro de la empresa.

Por el contrario, la estructura del capital, a la luz de las anteriores consideraciones, debe ser objeto de mayor atención.

La viabilidad de la empresa como problema asociado al de la estructura del capital precisa, ante todo, un ajuste de la perspectiva desde la que se observa, que permita, precisamente, percibirlo como problema de la estructura del capital. Esto significa minimizar los costos procedimentales lo cual no implica reducir al mínimo la intervención del sistema concursal, para evitar la perjudicial repercusión que puede tener en el costo del crédito un mecanismo de conversión de procedimientos costoso, y para reducir el impacto que el propio procedimiento concursal ocasione en las expectativas de recuperación de la empresa. En este sentido, la cuestión de la prevención y la intervención tempestiva del sistema concursal cobran una especial relevancia.

Pero también la necesidad de elegir adecuadamente los puntos de partida para la negociación subsiguiente a la apertura del procedimiento entre los distintos sujetos involucrados con el propósito de evitar dilaciones y conductas estratégicas es importante.

En cualquier caso, la acotación del espacio en el que deben producirse las consideraciones acerca de la estructura del capital de la empresa reorganizada exige una disminución de los costos procedimentales.

Sin embargo, dado que los mercados seguirán siendo imperfectos por mucho que mejore la administración del sistema concursal, parece necesario ahondar en las características de la estructura del capital que contribuyan a facilitar la viabilidad de la empresa.

El criterio que ha servido a la jurisprudencia estadounidense para contener la proporción de crédito en la estructura del capital de la empresa reorganizada dentro de ciertos límites, para que aquella no comprometiera la viabilidad de la empresa, ha sido el de la "reasonableness", criterio que ha consentido tanto la homologación de planes con una estructura en la que el capital de riesgo constituía el cien por cien de la misma, hasta planes en los que el crédito llegaba a representar más del cincuenta y tres por ciento de la estructura del capital.

Por ello, quizás sea más aconsejable aquella tendencia que busca soluciones a la financiación de la empresa en crisis que traten de equilibrar la necesaria presencia del crédito y los perjuicios que ello pueda significar en la reorganización.

El derecho europeo ha introducido, en diversos estados, normas legales que permitan la financiación de las empresas en crisis como única forma de supervivencia de las mismas.

La crisis de la empresa excepcionalmente se podrá tratar de un modo general y uniforme como si entre ellas no hubiese diferencias y como si tuviera la misma trascendencia la decisión que podría adoptarse acerca de la liquidación de una empresa del sector bancario a una del sector textil por ejemplo.

No obstante, la razón que justifica un planteamiento general es el de evitar el descriptivismo confiando en poder obtener una mínima percepción de la realidad subyacente.

7.- LA SOLUCIÓN DE LA LCRE

Los límites e incertidumbres que rodean a la idea de la prevención de las crisis, indican, por otro lado, que, salvo que ésta equivalga a una planificación absoluta de la economía - y aun así con reservas--, no es posible ignorar el problema.

El presupuesto objetivo (art. 2) y las presunciones de insolvencia absolutas (art. 5) que deben ser tenidos en cuenta por el Juez actuante al momento de la declaración judicial del concurso actuarán como criterio para la determinación del tratamiento aplicable a la empresa en crisis.

Adviértase que el Juez puede disponer el cese o clausura de la actividad del deudor en cualquier momento durante el concurso, a solicitud el deudor, de los acreedores, del síndico o interventor, o de oficio conforme a lo previsto en el artículo 44.

Es elemental que todo sistema concursal que pretenda realizar el principio de conservación de la empresa entienda la liquidación como tratamiento aplicable en último extremo. No puede ni debe ser descartado legalmente.

Surge entonces una serie de interrogantes.

¿Cuál es ese último extremo? Obviamente, cuando no existen posibilidades de conservación de la empresa.

¿En qué momento y de qué forma se averigua que no existen esas posibilidades? Cuando se pretenda someter a la empresa a un procedimiento de reorganización y no exista modo de elaborar un plan de viabilidad de la empresa.

¿Qué es lo que nos indica, entonces, que no es posible elaborar un plan de viabilidad? Las condiciones que haya establecido el ordenamiento jurídico para reconocer un plan como tal. Estas pueden ser condiciones de viabilidad estrictamente económicas; pero ello no es siempre necesario.

Cada empresa ingresa al proceso concursal con una realidad diferente, con dificultades financieras y una situación general propia, singular, específica. Es necesario generar mecanismos –preferente pero no excluyentemente legales– que permitan evitar que las empresas en dificultades financieras, pero económicamente viables, sean liquidadas y evitar que se mantengan funcionando como viables empresas en dificultades financieras y a la vez económicamente inviables.

Los costos de este error, denominados costos de demora, aumentan el perjuicio general que la situación concursal produce, porque es fácilmente constatable en la realidad que las empresas inviables que se filtran bajo el mecanismo legal de la conservación, solo dilatan su ineludible quiebra.

Añádase, además, los costos directos, esto es los costos de transacción del procedimiento concursal, que serán mayores cuanto más largo sea el procedimiento y más auxiliares de la justicia intervengan (síndicos, interventores) en él.

En la viabilidad se pone de manifiesto la relación existente entre el “valor de la empresa” reorganizada y el de la empresa en liquidación.

En la exposición de motivos, se sostuvo que *“por lo general, más allá de los problemas de su endeudamiento, la empresa en marcha tiene un valor superior al de cada uno de los elementos que la componen. En consecuencia, el mantenimiento de la actividad empresarial supone igualmente el mantenimiento de ese valor económico, en beneficio de la expectativa de satisfacción de los acreedores. Además, el mantenimiento de la actividad económica implicará que no se interrumpa las relaciones de trabajo, ni se produzca el fenómeno desequilibrante para el concurso de las reclamaciones laborales masivas”*.

El valor de la empresa es un punto de referencia ineludible para determinar la viabilidad del plan de reorganización de la empresa en todo sistema concursal. Otros aspectos también vinculados a este valor, refieren a la forma de articular positivamente la elaboración del plan de reorganización, concretamente a los instrumentos establecidos para maximizar el valor de la empresa en funcionamiento y cómo ello repercute en la manera de realizar la distribución de los costos de la reorganización.

Debe analizarse el valor que surge de los balances, el valor “llave”, el valor de reposición, ya que el valor de la empresa no es solo el de los bienes que la componen, sino que debe verse en su conjunto.

Este valor conjuga elementos específicos resultantes de la empresa, que tienen significación relevante en todos los ámbitos del quehacer humano, individual y social. A este valor podemos llamarlo valor empresa.⁹⁸

Para ello, el legislador instrumentó un mecanismo de licitación y subasta para la unidad productiva como un todo, de forma que los interesados en la misma hagan valer ofertas económicas que permitan un nuevo comienzo de la empresa, conforme a lo previsto en los artículos 171 y 172. Esta es, para Alejandro Miller, la última oportunidad legal para que la empresa como unidad continúe viva y en actividad, en este caso prescindiéndose de su titular y en manos del adquirente.⁹⁹

La ley aporta otros instrumentos como el Acuerdo Privado de Reorganización, que solo es posible celebrarlo con anterioridad a la declaración del concurso, conforme el artículo 214.

Si la voluntad del deudor y los acreedores que representen el 75% del pasivo quirografario con derecho a voto coincide en una propuesta de reorganización, entonces la empresa sigue en marcha y manos del deudor.

También regula el Convenio que deberá presentarse con una anticipación no menor a sesenta días a la fecha de reunión de la Junta de acreedores.

El artículo 138 obliga al deudor cuando presenta una o más propuestas de convenio a acompañarla de un plan de continuación o de liquidación.

Deberá contener un cuadro de financiamiento en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes. El plan deberá incluir una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial. El contenido de la propuesta amplio (artículo 139), no puede contener condición alguna (artículo 140) y es irrevocable e inmodificable (artículo 141). Síndico o Interventor deberán emitir un informe especial sobre la viabilidad del plan de continuación o liquidación (artículo 142).

Ahora bien, cuando indiqué que debía construirse un standard mínimo para determinar la viabilidad del mantenimiento de la empresa en marcha, expresé que la ley nos daba pautas.

La primera de ellas, es en cuanto al contenido que debe tener cualquier propuesta, tanto de Convenio, una vez declarado el concurso, como de Reorganización.

Ese contenido puede consistir en quitas o esperas, cesión de bienes a los acreedores, constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de un fideicomiso, reorganización de la sociedad, administración de todo o parte de los bienes en interés de los

⁹⁸ ALEGRÍA, Héctor. Op. Cit. Página

⁹⁹ MILLER ARTOLA, Alejandro, La venta en bloque de la empresa en marcha. Tribuna del Abogado N° 160. Montevideo. Octubre/Diciembre de 2008.

acreedores o tener cualquier otro contenido lícito, incluso la designación como depositaria de los bienes de la empresa, confiriendo el uso precario de los mismos, a una cooperativa de trabajo que se constituya con la totalidad o parte del personal. Debe acompañarse necesariamente de un cuadro de financiamiento, en el cual se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial el deudor si él queda al frente, así como de una fórmula de pago a los acreedores hipotecarios o prendarios.

Si bien la ley expresa un criterio flexible para el contenido del plan, lo que se advierte en la práctica, es que lo que en él suele expresarse es mínimo y centrado en la fórmula de pago a los acreedores y poco más respecto al futuro funcionamiento de la actividad empresarial.

Entiendo que debe exigirse más, por parte de Síndicos e Interventores y del Juez respecto de los contenidos del convenio.

Debe esperarse que una empresa que está en crisis presente un proyecto de salida de la misma, de eso se trata el plan de continuación, y el refinanciamiento de pasivos no es suficiente.

Debería contener un plan de negocios elaborado por la dirección de la empresa, en función de sus decisiones estratégicas, decisiones que deben ser adoptadas en un marco de racionalidad y responsabilidad. Estas estrategias deben ser explicitadas indicando su adecuación, su factibilidad y su aceptabilidad.

Este plan de continuación debe tener por objetivo sanear los pasivos y además la creación de valor para los socios o accionistas, sin perder de vista a los grupos de interés que rodean a la empresa (stakeholders).

El plan debe expresar, entre otras cuestiones, la estructura de costos, las estrategias competitivas, de penetración en el mercado, de desarrollo de productos o servicios, el control financiero. También debe indicar los riesgos internos y externos a los que puede ser sometido el plan de negocios y cuáles serán los mecanismos de control interno y los de medición de resultados.

Debe contemplar la modificación de la dirección de la empresa, ya que su ineficiencia para gestionar suele ser la causa principal del fracaso y la crisis.

Debe prever el abandono de aquellos sectores ineficientes y la redefinición de sus estrategias competitivas.

Cuando se prevé la necesidad de venta de activos, esto debe ser precisamente indicado.

Debe presentarse un cuadro detallado de reducción de costos que permita recuperar la rentabilidad, incluida la reducción de personal cuando se entienda necesario.

Hay un interés en el plan de negocios para continuar la actividad, que excede los del concursado.

Es importante para terceros: trabajadores y los sindicatos que los representan; quienes contratan con el empresario e incluso, para el Estado a los efectos de cobrar tributos, y en general a todos los denominados stakeholders.

Debe ser mucho más amplio que la justificación de cómo habrá de satisfacerse a los acreedores conforme el plan de refinanciación de sus deudas mediante quitas y/o esperas.

La “ratio legis ” de nuestra normativa es que durante el lapso de 4 meses que media entre la promoción del concurso y la presentación de la o las propuestas, madure el análisis sereno, se efectúen consultas con técnicos, se diagramen cuadros de flujos de fondos y se realicen con acreedores los sondeos necesarios para desembocar en propuestas correctas y cumplibles. Martínez Blanco, en posición que comparto, es pesimista, pues a varios años de sancionada la ley, sigue asistiéndose a presentaciones de propuestas a último momento a través del mecanismo del artículo 163, esto es con la adhesión de los acreedores ya suscrita, sin que se fundamente. La falta de presentación de la propuesta (y del importante, “plan de negocios” tanto de continuidad como de liquidación), tendría el drástico efecto de obligar al Juez del concurso a ordenar la liquidación de la masa activa (numeral 2 del artículo 168).

Este plan requiere un informe especial del síndico o del interventor sobre el mencionado plan de continuación o liquidación y el control jurisdiccional del mismo.

La doctrina uruguaya ha discutido largamente sobre el control jurisdiccional de la propuesta y se han sostenido posiciones antagónicas.

Entiendo que el Síndico o Interventor deben exigir que el plan de negocios que presente el concursado cumpla con los requisitos de tal y tenga el contenido que cualquier plan de negocios requiere, más allá de las adhesiones que extrajudicialmente se hayan logrado.

Comparto el criterio de quienes sostienen que el control jurisdiccional debe ser objetivo y real y que el juez puede rechazar el convenio y el plan por no contar con los contenidos suficientes que indiquen claramente que a partir de su ejecución, ese plan permitirá reorganizar la empresa y no solo su pasivo y que la misma podrá operar en el mercado de forma eficiente.

El criterio del análisis de la viabilidad objetiva del cumplimiento del convenio que propone cierta doctrina uruguaya¹⁰⁰ resulta totalmente aplicable y el Juez debe apoyarse en un informe que, con idéntico criterio, realice el Síndico o Interventor.

Aun cuando los acreedores son los grandes protagonistas del concurso, no siempre tienen en cuenta los intereses generales a la hora de adherir o no a las propuestas de convenio. Más bien tienen en cuenta su interés particular y solo miran la posibilidad de recuperar parte de sus créditos. Es a los órganos del concurso a quienes corresponde la correcta aplicación del espíritu de la ley y exigir que la propuesta contenga un verdadero saneamiento de la empresa y devolverla al mercado de modo eficiente.

A lo antes expresado, debe añadirse, lo que en definitiva es fundamental y ha sido señalado en la exposición de motivos “*Hasta ahora, la negociación era entre deudor con un determinado plan de pagos y una empresa cerrada y en partes. Ahora la negociación entre deudor y acreedor incorpora la posibilidad de que los acreedores opten por una alternativa externa a la voluntad del deudor para continuar el emprendimiento y con ello instrumentar las transformaciones necesarias para su reinserción en el*

¹⁰⁰ Cabrera, Fernando. El convenio concursal. ¿Alcanzan solo las adhesiones de los acreedores para su homologación? En Los retos de la modernidad. Cuestiones de derecho comercial actual. FCU Montevideo. 2015 Página 428

mercado."

Esto es, también los acreedores serán quienes puedan analizar la justicia, equidad y factibilidad de los planes propuestos por el deudor, y, en definitiva, si esos criterios no son advertidos, dejar en manos del mercado, a través de la subasta o licitación, la determinación el valor de la empresa y la recuperación de su crédito.

Todo ello, con costos de trámite o de proceso reducidos, atento a los plazos que la propia ley impone para llegar a la licitación. También con la reducción de costos derivados del mantenimiento de la empresa en marcha durante el proceso, tiempo en que los bienes han sido utilizados y el personal ha seguido trabajando, y los proveedores han seguido vendiendo, y el Estado cobrando sus impuestos, etc., etc.

Podría decirse que la ley ha tratado de maximizar resultados, reduciendo costos y obteniendo una mayor y más rápida recuperación de créditos a los acreedores, todo ello en forma ordenada.

De cualquier manera, se ha visto en la práctica cómo funcionan estos institutos y no está claro cuáles son los criterios o el standard que finalmente los jueces aplican.

8.- EN CONCLUSIÓN

La viabilidad de una empresa depende de múltiples factores, algunos exógenos. No puede centrarse la noción en un tema de capital suficiente o insuficiente. Aun cuando no puede restársele importancia a la estructura de capital, por sí sola no hace viable a una empresa.

Cuando la empresa ingresa en crisis, la Sociedad, el Estado, da ingreso al prioritario objetivo de conservar la empresa por sí, independientemente incluso de la voluntad del empresario y de la voluntad de los acreedores. Así es en prácticamente todo el orbe.

El principio conservacionista ha llegado al derecho concursal para quedarse.

El mercado no resiste los embates anticompetitivos de las empresas inviables operando artificialmente bajo el paraguas del conservacionismo.

El principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas, por cuanto un sistema de ese género no puede eludir la cuestión fundamental de saber en qué casos deben conservarse las empresas y en qué otros deben ser eliminadas.

Esta opción no puede resolverse mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección en el momento de la apertura del procedimiento, sino que, requiere de la confección de un standard de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables y objetivas para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de seguridad y generalidad.

Algunas de las pautas que deben llenar ese standard están contenidas en la LCRE, aunque no siempre es clara la interpretación y la aplicación de las mismas.

Debe tenerse en cuenta, necesariamente, que la tutela de la empresa supone la del derecho al trabajo de quienes se desempeñan laboralmente en la misma. El

peso de los trabajadores a la hora de resolver sobre el futuro del emprendimiento es importante.

También la de los proveedores, y de los clientes, consumidores de bienes o servicios producidos por la concursada.

Especialmente importante resulta la solución legal cuando se trata de empresas que por su ubicación geográfica es esencial para el desarrollo de la región donde se encuentra asentada.

También importa desde la perspectiva del mercado, donde la operativa de las empresas económicamente inviables representa un obstáculo a la competencia efectiva, alterando su transparencia y fluidez, con posibilidad de arrastrar a otras competidoras.

Es elemental que todo sistema concursal que pretenda realizar el principio de conservación de la empresa entienda la liquidación como tratamiento aplicable en último extremo. No siempre alcanza con desplazar al empresario que fracasa, muchas veces el fracaso es de la actividad. No siempre la reorganización es suficiente. Muchas veces la actividad ya no tiene sentido en un mercado actualizado en sus demandas, o la obsolescencia de la empresa en cuanto a su parque industrial no permite explotarla con costos competitivos. La liquidación de la empresa no puede ni debe ser descartada legalmente.

Las dos alternativas, conservar o liquidar, deben manejarse con criterios objetivos.

La viabilidad es la clave, y también el problema a resolver.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Héctor. Reglas y Principios del Derecho Comercial. La empresa como valor y el sistema jurídico. Ed. La Ley Argentina. 2008

BISBAL MÉNDEZ, Joaquín. La empresa en crisis y el derecho de quiebras. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1986

CABRERA, Fernando. El convenio concursal. ¿Alcanzan solo las adhesiones de los acreedores para su homologación? En Los retos de la modernidad. Cuestiones de derecho comercial actual. FCU Montevideo. 2015

CREIMER, Israel, FERRER MONTENEGRO, Alicia, RODRÍGUEZ

MASCARDI, Teresita. La empresa en crisis en el Uruguay. F.C.U. Montevideo. 1999

ETCHEVERRY, Raúl, Derecho Comercial y Económico. Parte General. Ed. Astrea. Argentina. 1987

FERRER MONTENEGRO, Alicia y RODRÍGUEZ MASCARDI, Teresita. ¿Se puede salvar una empresa en crisis? Anuario de Derecho Comercial N° 10 F.C.U. Montevideo Año 2004

FONTANARROSA, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino. Parte general. Ed. Zavalía. Argentina 1992

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. El empresario. Página 11 Ed. Temis. Colombia. 1999

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I página 161 y siguientes. Ed. Temis. Colombia. 1987

GUERRAS MARTIN, Luis y NAVAS LOPEZ, José. La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones. Thomson Civitas. 4ª. Edición España. 2007

HOLZ, Eva. Opciones de conservación y liquidación de los bienes del deudor en el derecho uruguayo vigente. El caso de las sociedades anónimas. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal. F.C.U. Montevideo. 2008

MAFFIA, Osvaldo J. Nuestras leyes de concursos y las crisis empresariales. Homenaje al Dr. Osvaldo Maffía. Obra colectiva dirigida por Daniel Truffat. Ed. Lerner. Argentina. 2008

MARTINEZ BLANCO, Camilo. Manual de Derecho Concursal 3ra. Edición FCU Montevideo 2018

MILLER ARTOLA, Alejandro, La venta en bloque de la empresa en marcha. Tribuna del Abogado N° 160. Montevideo. Octubre/Diciembre de 2008

MILLER ARTOLA, Alejandro. Alcance de la venta en bloque de la empresa. IV Congreso Iberoamericano de derecho Concursal. F.C.U. Montevideo 2008

OLIVERA GARCIA, Ricardo- Principios y bases de la nueva ley de concursos y reorganización empresarial. F.C.U. Montevideo 2008.

RICHARD, Efraín Hugo. Sobre la Empresa. ENSAYOS DE DERECHO EMPRESARIO. N° 1 Ed. Fespresa. Córdoba 2006

RIPPE, Siegbert. La función de las empresas en el desarrollo económico y social. DERECHOS PATRIMONIALES. ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR EMÉRITO DR. EFRAÍN HUGO RICHARD. Ed. Astrea. Argentina. 2001

RIVANERA Elsa. El principio de conservación de la empresa. Anuario de Derecho Comercial. Tomo II. FCU MONTEVIDEO 1987

RIVAS ANSALAS, Marithza y SABATTINO, Carlos. Facultades jurisdiccionales de los jueces uruguayos frente a las propuestas de convenios y el abuso del derecho. En Sociedades y concursos en un mundo en cambios FCU Montevideo 2010

RIVES Georges. Le choix entre les procédures. DALLOZ París, 1970

RODRIGUEZ MASCARDI T- FERRER MONTENEGRO A Los créditos y el concurso 3ª Edición F.C.U-Montevideo 2015

RODRIGUEZ MASCARDI T- FERRER MONTENEGRO A. Ensayos Concursales. La Ley Uruguay Montevideo 2016

RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, Presupuesto subjetivo el concurso en el proyecto de Ley de Concursos. Revista de Derecho Comercial Tercera Época N° 1. F.C.U. Montevideo 2008

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil Página 469 y siguientes. Ed. Porrúa. México. 2003

ROJO, Ángel Lecciones de Derecho Mercantil. Lección 2 El Empresario Ed. Thomson Civitas. Madrid. 2003

SANTINI Gerardo. La reforma del derecho de la quiebra. Civitas. Madrid, 1982.

VICENT CHULIA, Francisco. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tomo I Vol. 1º página 75-76. Ed. Bosch. Barcelona 1991

XAVIER DE MELLO Eugenio. Fundamento actual de las soluciones concursales. Jornadas internacionales de Derecho Comercial. Colonia-Uruguay. Mayo 1997

ZIPITRÍA, Leandro UN ANÁLISIS ECONÓMICO - INSTITUCIONAL DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN EL URUGUAY XV Jornadas de Economía - Banco Central del Uruguay. Montevideo noviembre de 2000

“LA EMPRESA: VISION JURIDICA Y SOCIAL. SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL”

Hugo Krajnc

El tema convocante de este III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, así como las ponencias que se desarrollarán estos días, reflejan una saludable y genuina preocupación por los múltiples aspectos que inciden en la actividad de las empresas, así como por la necesidad de orientar, desde la perspectiva académica, nuevos criterios y cambios regulatorios.

En este sentido, existen múltiples tópicos que afectan la vida diaria de las Empresas; algunos de ellos no están siquiera regulados, pero acarrearán el potencial de generar pasivos contingentes por eventuales cambios interpretativos, y otros están regulados de un modo tal que dificulta que las empresas desplieguen todo su potencial creativo.

Entre éstos, y sin ánimo de ser excluyente ni plantear prioridades, pero sí con el propósito de contribuir a estimular mayores análisis académicos para un eventual desarrollo normativo, y teniendo como objetivo final una mayor inserción de nuestro país al mundo, pueden citarse:

- **Acceso de Argentina a la OCDE:** independientemente de cuándo pueda ello ocurrir, y si bien en el sector público se hizo un análisis de los cambios normativos necesarios que implicaría ese ingreso, hay un desbalance de conocimientos en el sector privado, donde esos análisis, así como el impacto que tendría ese ingreso sobre la operatoria de las empresas, cualquiera fuere el origen de su capital, aún están pendientes. Aún cuando ese ingreso se demorara, disponer de estos análisis permitiría un mejor proceso institucional y reflejaría una actitud proactiva para adecuar la normativa argentina a estándares internacionales.

- **Conflictos Jurisdiccionales:** son múltiples y afectan sobre todo a empresas radicadas en una jurisdicción, con plantas productivas en otra u otras, y con operaciones comerciales en todo el país. Más allá de lo que establece el Convenio Multilateral en materia de Ingresos Brutos, siempre se asiste a conflictos sobre atribuciones jurisdiccionales entre la Nación, las Provincias y hasta los Municipios, en especial en estos últimos, en relación a sus facultades en materia de publicidad y tasas por servicios no siempre prestados.

- **Temas pendientes de definición en la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria**, sobre los cuales se presentarán ponencias durante este Encuentro.

- **Ley de Lobbying**: está pendiente de aprobación desde hace más de un año. Contar con ella, implicaría una mejora institucional en aras de una mayor transparencia en la gestión de los intereses corporativos. No obstante, tanto o más importante aún que su contenido (en especial el contar con criterios modernos y no un enfoque casuístico), resultará la efectiva aplicación de las sanciones que se establezcan.

- **Defensa de la Competencia**: una buena Ley de Defensa de la Competencia y una firme y oportuna acción de la Comisión (o del Tribunal cuando se integre), resulta una política industrial y de Defensa del Consumidor mucho más efectiva que normas ad-hoc o incentivos fiscales. Su contrapartida, en el corto plazo, es la exigencia de una dotación de recursos humanos muy calificados, de mayor envergadura que los que pudiera requerir una agencia industrial.

En este marco, también considero que para las Cámaras Empresariales Sectoriales, no debería tratarse sólo de lineamientos y recomendaciones como los expuestos por la CNDC, sino una exigencia de la autoridad jurisdiccional que apruebe los Estatutos de dichas Cámaras, para que se incorporen cláusulas que inhiban, no sólo las acciones sino hasta discusiones entre sus miembros sobre aspectos que puedan derivar en conductas anti-competitivas.

- **Utilización de Recursos Críticos**: desde una perspectiva federal, considero que no está debidamente resuelto el tema de aquellas empresas que utilizan recursos naturales críticos para sus procesos productivos (como p.ej. el agua), en una jurisdicción, mientras que sus operaciones comerciales cubren todo el país.

En algunos casos, algunas Provincias disponen de un Código de Aguas, pero los cánones que se deben abonar no siempre siguen una lógica o criterio de preservación del medio ambiente, sino meramente recaudatorio, y no siempre se toma en cuenta que un recurso acuífero puede fluir entre varias jurisdicciones.

- **Discriminación de regulaciones entre empresas pequeñas, medianas y grandes**: si bien es un tema incorporado en las políticas económicas desde hace décadas, no necesariamente ha servido ni para asegurar una malla sólida de PyMEs sustentables, ni para promover que dejen de ser PyMEs y se conviertan en empresas grandes y hasta multinacionales de origen argentino.

En este sentido, trabajos académicos multidisciplinarios podrían ofrecer un gran soporte intelectual a los hacedores de políticas públicas atendiendo a aspectos claves de esas regulaciones como: ¿deben existir?, ¿cuáles son sus límites?; ¿cuál debería ser su vigencia?; ¿deben tener criterios generales, sectoriales o regionales?

- **Regulaciones laborales:** sin entrar en el tema de la Ley de Contrato de Trabajo, hay pocos temas en los cuales existe tanta unanimidad en el ambiente empresario como en la necesidad de una revisión de la legislación laboral, y ello va más allá de las Convenciones Colectivas. Carecemos como país de una legislación laboral que sin vulnerar derechos básicos de los trabajadores, permita generar mayor empleo, tenga una visión futurista que contemple las tendencias en materia de oferta y demanda laboral y, sobre todo, que facilite la capacitación y la incorporación al mercado laboral de quienes hoy están excluidos.

Los aportes que se pueden ofrecer desde el ámbito académico en estos aspectos, no sólo son necesarios para empresas y sindicatos, habitualmente insertos en una dinámica de corto plazo y sectorial, sino que son fundamentales ya que no estarán sesgados por los intereses de cada parte.

- **Mercados de Futuros y Opciones en Argentina:** si bien existen en nuestro país, ¿cuáles son las limitaciones regulatorias o de otro tipo para que opere un mercado regional que, de modo similar a la Bolsa de Chicago, permita a productores, exportadores e importadores de commodities agrícolas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, cubrir y tomar posiciones a futuro?

Si bien se tiende a señalar que esa operatoria luce impracticable en la medida que exige la libre transferencia diaria de fondos al exterior para mantener un adecuado nivel de cobertura, tampoco funcionó aún en épocas de libertad de operaciones cambiarias. Un análisis desapasionado desde el ámbito académico, permitiría identificar qué otros factores limitan ese desarrollo, y pondría de relieve los beneficios que se derivarían en materia fiscal y de transparencia del comercio exterior.

- **Mayor competitividad estructural:** si bien varios sectores industriales han realizados sus propios estudios sobre los cambios regulatorios necesarios para aumentar la competitividad de nuestra economía y nuestra inserción al mundo, son asimismo limitados los trabajos académicos que tengan una mirada transversal de todos los aspectos regulatorios necesarios para mejorar competitividad de la producción argentina, estimular una mayor inserción internacional en el marco de los Acuerdos de la OMC y promover una matriz productiva y exportadora acorde con el potencial de nuestro país.

- **La actualización sobre las nuevas tendencias en materia de estructura, funcionamiento y sobre las demandas sociales hacia las Empresas:** en este aspecto estimo que sería muy provechoso que desde el ámbito académico (y no tanto desde las mismas empresas ni sus Cámaras sectoriales respectivas) se realice regularmente una actualización sobre esos cambios y tendencias y los desafíos normativos y regulatorios que ello implica, para funcionarios, legisladores e integrantes de la judicatura, así como para empresas sin un acceso frecuente a tales cambios.

Como señalara precedentemente, esta es una lista incompleta y no jerarquizada de algunos temas de relevancia para muchas empresas; sin embargo, considero que estas palabras estarían incompletas si me limitara a este reducido recuento de planteos.

Por el contrario, la temática de este III Encuentro ofrece también, desde mi perspectiva, la posibilidad de aludir a otros aspectos de la vida empresaria, que involucran cuestiones que presentan mayores desafíos para ser incorporados en una norma, ya que se refieren a la responsabilidad de la empresa en su conducta individual y también como actor social; en otras palabras, a su responsabilidad como gestor y contribuyente al crecimiento global y también a una sociedad mejor.

Si se me permite extrapolar un concepto típico de las Ciencias Políticas, la Empresa no sólo debe operar con una "legitimidad de origen", en cuanto al cumplimiento de las normas necesarias para su constitución, sino que debe "legitimarse" diariamente en su ejercicio

Esta "legitimidad de ejercicio", no significa, a mi juicio, el mero cumplir las normas, sino expresar en la conducta diaria, primero ante su propio personal y en segundo plano ante la comunidad, cómo se manifiestan en actos los valores empresarios que la guían, y sus contribuciones a la sociedad.

La palabra "Empresa" lleva implícita la idea de libertad, de libre iniciativa, de esfuerzo, así como lo que usualmente se antepone a todo lo demás, cual es la legítima pretensión de obtener un lucro como resultado de ese esfuerzo. Pero todo ello necesariamente conlleva también la responsabilidad asociada a esos actos, la cual muchas veces es difícil de tipificar en una norma.

En este sentido hay tres definiciones que a mi juicio, reflejan la necesaria responsabilidad que le cabe a la Empresa como correlato de la libertad de la que debe disfrutar para el desempeño de sus actividades, dentro del marco regulatorio adecuado.

En primer término, hago propia la definición que de la Empresa, establece el Instituto de la Empresa de esta Academia: aquella "*Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad*".

En segundo término, el Académico de Número de esta Casa, el Dr. Efraim Hugo Richard, en su trabajo sobre el "*Concepto de Sociedad*", definió taxativamente que "*...Ni la pretensión de la utilidad puede hacer sucumbir la causa de cumplimiento del objeto social, ni el perfeccionamiento del cumplimiento del objeto social puede impedir el goce de utilidades existentes...*".

Por último, en la Carta Encíclica de San Juan Pablo II “Centesimus Annus” (1991), se destaca que *“...la empresa no puede considerarse únicamente como una “sociedad de capitales”; es, al mismo tiempo, una “sociedad de personas”, en la que entran a formar parte de manera diversa y con responsabilidades específicas los que aportan el capital necesario para su actividad y los que colaboran con su trabajo...”*

Sin lugar a dudas la historia de los últimos siglos exhibe evidencias irrefutables de la significación de las empresas, no sólo para atender las demandas de bienes y servicios y ofrecer nuevos, sino por su contribución al crecimiento y el desarrollo social.

Nuestro país no ha sido ajeno a ese fenómeno; sin embargo, mirando nuestra realidad local, corresponde al sector empresario interrogarse porqué la valoración social no refleja esos aportes en toda su dimensión, o en qué medida las empresas no comparten también una dosis de responsabilidad en la situación de nuestro país.

Desde AmCham se ha considerado que un punto de partida para modificar esa situación y actuar proactivamente, es una mayor difusión de la multiplicidad de buenas prácticas que distingue a sus empresas en materia de ética empresarial y transparencia.

Por ello, y consistente con su criterio de toda gestión empresarial debe estar fundamentada en valores, AmCham ha constituido en su seno un Instituto de Ética Empresarial y Transparencia, con un doble propósito: multiplicar la difusión de esas buenas prácticas en el interior del ambiente empresario argentino y, al mismo tiempo, impulsar, a partir de la propia conducta de las empresas involucradas, una mayor y más general adopción de esos valores, no ya en lo meramente formal, sino en la vida diaria.

En este marco, AmCham considera que la necesaria libre iniciativa, que es la savia de la vida empresarial, no puede operar sin el respeto a ciertos valores éticos, que son superiores y exceden el mero cumplimiento formal de las regulaciones, y que ese respeto se inicia en el interior de cada Empresa y, desde allí, se trasciende a la comunidad.

Desde esta perspectiva, la legítima búsqueda del lucro, no puede ni debe efectuarse “a cualquier costo”, ni tampoco afectando la dignidad de los propios empleados ya que “capital y trabajo” presentan en este Siglo XXI, una jerarquía equivalente.

Más aún, como señala San Juan Pablo II en la referida Encíclica, *“...no hay duda de que el trabajo humano tiene un valor ético, el cual está vinculado completa y directamente al hecho de que quien lo lleva a cabo es una persona... El trabajo, por su carácter subjetivo o personal, es superior a cualquier otro factor de producción...”*

Desde AmCham juzgamos que la libre iniciativa, así como su despliegue efectivo, que es la libre competencia, no son sólo medios necesarios para un fin, sino que son valores en sí mismos, y que el respeto a ambos, en un marco normativo que promueva la transparencia, favorece la eficiencia de las empresas, y al mismo tiempo impulsa una mayor productividad y competitividad en toda la economía.

En igual sentido, para AmCham, la ética empresarial y la transparencia no tienen sólo el mérito de permitir mejores resultados monetarios o de evitar conflictos reputacionales.

Son, prioritariamente, los pilares sobre los cuales se edifica, de una manera sustentable, la contribución de las empresas hacia una sociedad mejor, permitiendo así vivir con genuino orgullo, el resultado de integrar a la persona y a los recursos financieros, en un marco de respeto, para desplegar con libertad, la creatividad y la iniciativa que dignifican al ser humano en su tarea de proveer bienes y servicios para sí y para la comunidad.

EL DERECHO PENAL EN EL DILEMA TRÁGICO

Bernd Schünemann
Universidad de Múnich

I. Cuando me refiero a un dilema trágico quiero considerar tales situaciones que muestran las siguientes tres características: tiene que haber un conflicto entre los intereses de dos personas o dos grupos de personas; el cual no tenga ninguna otra solución que la destrucción de una de las partes; y que la decisión de cuál parte debe ser sacrificada deba ser tomada por una tercera persona externa respecto de ese conflicto.

Para empezar, permítanme explicar esta definición con más detalle y diferenciar los casos que se subsumen en tal definición de los casos parecidos, los cuales, por el contrario, no representan un dilema trágico.

II.

1. Que en mi definición me base yo en el dilema de una tercera persona externa al conflicto se debe a la sencilla razón que el Derecho Penal solo puede dar medidas para las acciones de dicha persona. Que el participante que se encuentra en peligro de muerte no se pueda motivar por el Derecho Penal fue justificado por Immanuel Kant hace 200 años de la siguiente manera: "Sería una ley absurda amenazar a alguien de muerte cuando él no se sometió voluntariamente a circunstancias peligrosas". Kant se refiere con esto al caso establecido por el filósofo griego Carnéades que trata de dos naufragos que luchan por un tablón de madera que solo puede sostener a uno de ellos y con ello salvarlo de morir ahogado. Un dilema trágico relevante para el Derecho Penal aquí primeramente surgiría para una tercera persona externa si esa persona de momento estuviera sentada en el tablón pero como nadador excelente no lo necesitara y con eso tendría que decidir a cuál de los dos no nadadores ya casi ahogados dar el tablón.

2. El caso que alguien le ayude a una persona atacada por un acto ilegal y mate al asaltante a tiros en defensa del tercero por otra causa no forma parte de mi definición. Ya que aquí el Derecho toma la decisión clara por la reglamentación de la legítima defensa que el asaltante que actúa de manera ilegal tiene la exclusiva responsabilidad por la situación y por eso, en caso necesario, tiene que aceptar el asesinato si no existe una medida de protección más leve.

Según la opinión prevaleciente en Alemania una tal clara evaluación jurídica falta cuando el medio de defensa muestra una crueldad especial. El ejemplo clásico es la tortura de rescate con cuya ayuda, por ejemplo, se obliga al secuestrador a develar el paradero del niño que él secuestró y que se encuentra

entre la vida y la muerte. Incluso la mera amenaza de una tal tortura debería ser prohibida y penada desde el punto de vista de la opinión alemana prevaleciente porque no solo la misma tortura, sino su amenaza infringiría la dignidad del afectado lo cual jamás se podría justificar por la inviolabilidad de la dignidad humana que está garantizada en el art. 1 de la Constitución alemana.

Lo mismo resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la prohibición de tortura y tratos inhumanos que resulta del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Más allá del caso particular del secuestrador del caso alemán *Gäfgen* que no solo ocupó a la justicia alemana sino también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a lo largo de diez años, esta constelación fue ampliada en la literatura a situaciones de peligro extremas, como por ejemplo en el caso del terrorista que ha escondido una bomba atómica en la gran ciudad y no quiere revelar el escondite debe de aplicarse a su favor la prohibición total de tortura.

Desde mi punto de vista esa opinión es evidentemente equivocada pero como esto queda fuera de mi tema principal solo puedo referirme en este momento brevemente a ello. Ya que aquí no se trata de un dilema trágico porque la entera responsabilidad moral del terrorista para el conflicto existe sin duda, igual que en el caso *Gäfgen* la entera responsabilidad moral del secuestrador es evidente. Por eso no se trata de un dilema sino solo de la pregunta si la prohibición de tortura es más importante que todas las otras reglas de convivencia social. Que aquello no puede ser correcto ya resulta obligatoriamente del caso considerado que el terrorista disponga de una bomba atómica que pone en peligro la vida de toda la humanidad. Dado que el interés de supervivencia de la humanidad es obvio y necesariamente sobrepasa todos los intereses de un solo ser humano, la prohibición de la tortura jamás podrá exigir una validez más importante.

Por eso es obviamente obligatorio que la prohibición de la tortura no sea la norma con más alto rango en el universo humano sino una parte de la ponderación siempre necesaria en el Derecho.

Tomando en cuenta la concepción de valores para todas las finalidades del procedimiento penal que surgió después de la época del Iluminismo en Europa, tal ponderación se opone claramente a la tortura. En la definición de la tortura en el art. 1 apartado 1 frase 1 de la convención contra la tortura de la ONU, por eso especialmente se proscribe sin excepción la aplicación de dolores graves con la finalidad de obtener declaraciones o confesiones. Pero ya para la aplicación de pena se encuentra una excepción en la frase 2, la razón por cual en los estados influidos por el Islam todavía se practican las penas aflictivas y sobretodo en China y los Estados Unidos la pena de muerte. Dado que el castigo corporal y los golpes para obligar a una confesión son idénticos en su intervención, su tratamiento diferente en la convención contra la tortura de la ONU que considera a la dignidad humana como un bien protegido solo se puede justificar con la responsabilidad del autor que por haber cometido el delito de manera culpable atrayendo así el castigo y por lo tanto para él no representa una discriminación como lo menciona el art. 1. Durante el

procedimiento penal, por el contrario, vale la suposición de su inculpabilidad lo cual excluye su responsabilidad.

En consecuencia, la prohibición de tortura de la ONU no afecta a los casos de tortura por rescate siempre y cuando se aplique como *ultima ratio* en un peligro para personas inocentes que fue causado por la única responsabilidad de un terrorista o secuestrador.

3. Por hoy esto es todo lo referente al tema de la tortura cuyos detalles, dada la limitación del tiempo, no podré presentar. Ahora en lugar de ello me dedicaré al verdadero dilema trágico. Para esto me basaré en el Código Penal alemán y la diferenciación de la injusticia y culpa como fundamento de la dogmática alemana del Derecho Penal.

a) Empezaré con el primer grupo de casos que se denomina colisión de obligaciones verdaderas como por ejemplo el médico que solamente es capaz de rescatar a una de dos personas gravemente heridas. Aquí se le tiene que conceder al médico un derecho de voto real para que su acción sea considerada legal si es que solo rescata a uno de los dos. En lugar de eso Arthur Kaufmann había propuesto la figura dogmática del "vacío jurídico". De acuerdo con esto la falta de rescate de uno de los heridos no sería legal, sino simplemente no penada porque todo el conflicto se situase en un área que no está regulada por la ley. Pero la construcción del vacío jurídico no convence porque el médico obviamente tiene que ser penado si en vez de rescatar por lo menos a uno de los heridos comete cualquier otro acto o -parecido al burro de Buridans- permanece de brazos cruzados. Todas las acciones que son realizables para él, salvo el rescate de los dos heridos, son ilegales. Dado que entre las acciones de rescate no existe ninguna regla de cuál acción preferir, el mandamiento concreto es: "Rescata A o B" y el cumplimiento de esta ley por supuesto es legal.

b) Mientras que este grupo de casos está relacionado con la colisión de dos obligaciones equivalentes, el siguiente grupo de casos que se denomina falsa colisión de obligaciones se trata de la colisión de una obligación de actuar con una obligación de omisión. La constelación más discutida está construida por *la reducción de vida marcada por la muerte en una comunidad de peligros* para la realización del posible rescate de otras personas. Casos clásicos son el de Mignonette y el del alpinista, en la historia más reciente el caso de los médicos practicantes de la eutanasia y en el presente el caso del disparo mediante un piloto de las fuerzas aéreas a un avión comercial que fue capturado por terroristas y se está acercando hacia un rascacielos. El asesinato activo de la minoría para rescatar a la mayoría en estos casos según la opinión prevaleciente en Alemania jamás puede ser justificado sino está prohibido por ley. Ya que un estado de necesidad justificado requiera una clara diferencia de rango de los bienes e intereses que colisionan y porque cada vida humana representa un valor máximo la mera cantidad no podría justificar una disparidad de valor elemental. Pero aquí intervendría un estado de necesidad exculpante que sobrepasa las leyes y excluye la culpa jurídico-penal y por lo tanto el castigo.

c) En mi opinión este punto de vista prevaleciente es, por muchísimas causas, insostenible.

aa) Si uno se enfoca en el resultado llega a la misma situación absurda como en la construcción de Arthur Kaufmann del vacío jurídico para el aborto. Según la opinión prevaleciente su construcción genera un caos jurídico porque entonces cada clínica para abortos provocados se convertiría en un campo de batalla para los antiabortistas sin que el Derecho Penal pueda intervenir. La misma consecuencia ocurriría por la suposición de un estado de necesidad exculpante que sobrepasa las leyes, lo que quiero mostrar refiriéndome al caso de los médicos practicantes de la eutanasia. Para acercarle a mi audiencia de habla hispana este caso alemán específico: Adolf Hitler dio la orden de matar a todos los enfermos mentales que eran incurables y la denominó "acción de eutanasia" con el objetivo de mistificación y atenuación. Los directores de las instituciones psiquiátricas tenían la obligación de reportar sus pacientes incurables quienes eran recogidos y asesinados. En los procedimientos penales después de 1945 los médicos que fueron acusados de ser cómplices de asesinato se defendían con el argumento que habían intentado reportar tan pocos pacientes como era posible y que solo habían participado en su exterminio porque si se hubieran negado los habrían reemplazado por otros doctores quienes habrían reportado muchos más pacientes para su exterminio. El Tribunal Supremo de la Zona Británica en Alemania ocupada vio en esto una situación de emergencia que resultaría en una razón que excluye la penalidad lo que en la literatura se calificó como un estado de necesidad que sobrepasa las leyes y que excluye la culpa.

Aunque esto para la calificación dogmática no es relevante quiero mencionar que la investigación histórica mientras tanto ha probado que la defensa de los médicos para la eutanasia la mayoría de las veces se basaba en mentiras y que ellos en realidad mataron a muchos pacientes más allá de la orden de Hitler. Por ejemplo mataban a pacientes que estaban extremadamente débiles siendo para ellos una molestia, entre ellos a mi bisabuelo. Pero incluso si la defensa fácticamente fuera correcta la calificación como razón que excluye la penalidad atraería la consecuencia insoportable de que las clínicas se convertirían en un campo de batalla. Porque su inclusión en la lista de muerte significaba un ataque ilegítimo, los pacientes y sus parientes desde luego pudieron haber ejercido legítima defensa ante lo cual los médicos reaccionarían en estado de necesidad etc. etc.

bb) A pesar de esta "reductio ad absurdum" práctica la suposición de una razón que excluye la culpa también es insostenible porque la culpa significa el poder actuar de manera diferente, es decir la habilidad de evitar el acto. Esta habilidad sin duda estaba a disposición de los médicos ya que su colaboración fue voluntaria lo que resulta de los estudios históricos. La alta presión de motivación que marca los casos reconocidos por la ley de estados de necesidad que excluyen la culpa no existía en aquellos médicos. Aunque según Roxin reconoce una componente preventiva de la culpa en mi opinión no cambia nada en los casos de eutanasia ya que aquí fue preventivamente razonable prohibir la colaboración en las acciones de asesinato del régimen nacionalsocialista por medio de amenaza penal. Porque cuanto más ciudadanos se oponen a la

tentación de participar en un crimen más grande es la probabilidad que los crímenes en general no sucedan como en particular señalo la así llamada "acción de eutanasia" de *Hitler*, que fue cancelada por él mismo debido a ruidosas protestas públicas.

c) Los intentos dogmáticos de solucionar los problemas del dilema trágico con la suposición de una razón que sobrepasa las leyes y excluye la culpa por eso fallaron, desde mi punto de vista. Si el ordenamiento jurídico propone una norma para el comportamiento correcto no se debería revocar prácticamente por la negación de la culpa - especialmente si se trata de un comportamiento de los órganos estatales a cuales fue transmitida la preservación de la constitucionalidad y con ello especialmente la observancia del derecho.

4. La solución por eso se tiene que buscar al nivel de la injusticia en la que veo la posibilidad de un tratamiento diferenciado. Porque aunque la ponderación "vida contra vida" la mera consideración numérica no es muy útil, veo tres otros puntos de vista autónomos valiosos que son (1) la pérdida de valor del irremediablemente perdido "bien jurídico agonizante"; (2) la obligación solidaria en una comunidad de peligro y (3) la emergencia defensiva provocada por los seres humanos.

La construcción de un estado de necesidad exculpante que sobrepasa las leyes para los casos del dilema trágico se basa en un malentendido fundamental de la función de la culpa en el sistema del derecho penal: mientras que al nivel de la injusticia se encuentran reglas de comportamiento generales para todos los ciudadanos, la culpa se refiere a las posibilidades individuales del autor de evitar el acto ilegal. Ya que solo bajo ese requisito se le puede hacer un reproche personal y con eso se legitima el "overkill" del castigo contra él. Aunque la definición legal bastante generosa en cuanto a las razones excluyentes en el Derecho Penal alemán demuestra que la presión de motivación no tiene que eliminar por completo a la libertad de acción sino que tiene solamente que reducirla drásticamente para que la imputabilidad en el sentido del derecho penal sea excluida. Con esto aparecen puntos de vista preventivos (es decir puntos de vista de la finalidad del castigo) a la exclusión de la culpa, como detalladamente había propuesto Roxin. Se trata siempre de un aprieto individual y no de una regla general para todas las personas que pueden influir en un conflicto; ni mucho menos para funcionarios estatales que intervienen en un conflicto sin ser afectados personalmente por el mismo. El ordenamiento jurídico se contradice a si mismo si en uno de los lados prohíbe la destrucción del bien jurídico con mayor importancia, la vida humana, y en el otro lado da a entender que cualquiera y hasta los funcionarios estatales pueden realizar esa destrucción sin ser sancionados. Esto ya se demuestra en el ejemplo de los médicos practicantes de la eutanasia quienes eran representantes del estado y solo podían entender la norma "no debes matar pero si lo haces no tienes que temer un castigo" como un permiso para matar. Más grave se destaca esta contradicción en el caso actual del avión comercial que fue capturado por

terroristas y se está acercando a un rascacielos con miles de habitantes. Si ahora se le notifica al piloto la norma que no debe disparar al avión con 200 pasajeros para rescatar a miles de personas pero que al mismo tiempo tampoco será castigado si lo hace, esto llegaría al resultado completamente absurdo que su acción estaría dependiendo de su propia arbitrariedad.

La opinión prevaleciente por eso lleva a los casos del dilema trágico a una aporía. Y peor aún: amaga convertir la diferenciación alemana especial de la injusticia y la culpa en una mera pantomima la que para el control de la acción humana es irrelevante reduciéndose a si misma al absurdo.

5. La solución por eso se tiene que buscar al nivel de la injusticia en la que veo la posibilidad de una evaluación diferenciada. Porque aunque la ponderación "vida contra vida" la mera consideración numérica no es muy útil, veo tres otros puntos de vista autónomos valiosos que son (1) la pérdida de valor del irremediablemente perdido "bien jurídico agonizante"; (2) la obligación solidaria en una comunidad de peligro y (3) la emergencia defensiva provocada por los seres humanos.

a) Empezaré con una versión del caso del alpinista que reúne los tres puntos de vista. En una cuerda por la que suben cuatro personas el escalador U que está en el puesto más bajo se resbala a causa de una grieta no visible en la roca y ahora cuelga desamparado del escalador M posicionado en medio cuya fuerza solo alcanzaría para pocos minutos hasta resbalarse arrastrando a la muerte con ello al escalador O de la primera posición mientras que el escalador libre F que no está encordado sobreviviría.

Que F actúa de manera legal si corta la cuerda entre M y U con su picahielos dejando morir a U en mi opinión es evidente por la acumulación de los cuatro esquemas de valoración:

(1) U de todas formas está irremediablemente a punto de morir en su caso ya solo se trata de pocos minutos de su vida mientras que (2) la vida de dos personas únicamente puede ser rescatada de esa manera. Aunque múltiplemente se deduce del principio de la protección absoluta de la vida y el máximo valor de cada vida humana que la ponderación cuantitativa está excluida y que tampoco se debe retirar en la dimensión del tiempo de la vida remanente. Pero esto no es nada más que un círculo vicioso. Además, también existen otras situaciones en las que una vida que se está apagando dolorosamente en sus últimos minutos no puede ser protegida por la ley en la misma dimensión, por ejemplo cuando no se le pide a un médico ninguna medida sin sentido de alargamiento de esa vida.

(3) Además los 3 alpinistas se sitúan en una comunidad de peligro en la que cada uno de ellos tiene una posición de garante para la vida del otro. Por eso en realidad U estaba obligado a cortar la cuerda por propia iniciativa para rescatar a O y M.

(4) Y aunque U provocó la situación de emergencia sin tener la culpa y por eso de ninguna manera existe una legítima defensa él es el causante contra quien O y M se tienen que defender. Por eso se trata de un estado de necesidad

defensivo que fue causado por un humano que según una opinión muy diseminada y no menos cuestionada en Alemania forma un caso particular del estado de necesidad justificado.

Quien ante todos estos esquemas de valoración que llevan al mismo resultado, a pesar de todo quisiera afirmar la injusticia de la acción de rescate que acelero la muerte de U mínimamente, con eso también en cuanto a la consideración moral defendería una posición absurda de un egoísmo inútil. Las comunidades solo pueden existir con ayuda de un mínimo de altruismo de sus miembros. Y ese principio se puede deducir en la figura ocurrente del contrato social especialmente con ayuda del “disimulo de la ignorancia” de *Rawls* que resulta directamente como principio básico del derecho: todos aprobarían a sacrificar una vida ya perdida de un participante en una situación de peligro si con eso se puede rescatar a la mayoría, ya que con esa aprobación cada quien conseguiría las mejores posibilidades de rescate para su propia vida.

b) Cómo se tendría que decidir si de los cuatro esquemas de valoración solo quedan algunos o quizás solo uno como por ejemplo el estado de necesidad defensivo causado por el humano¹⁰¹, por ejemplo el peligro de muerte de un peatón por un conductor A que fue causado por fuerza mayor y que solo se podría prevenir si el camionero L chocara con su camión al coche lo que resultaría mortal para el conductor A. En vez del conflicto entre la mayoría y minoría - el bien jurídico agonizante y el bien jurídico que todavía es capaz de sobrevivir y las obligaciones de la comunidad de peligro aquí solamente existe el conflicto entre un bien jurídico “causalmente agresivo” y uno que es “causalmente defensivo”. Esto también vale en el caso de perforación¹⁰² cuando el niño es privado de la vida en el momento de nacer para salvar a la madre a la cual se agrega el esquema autónomo del “pleno valor ausente en statu nascendi” en cierto modo reflejado al pleno valor ausente de la vida marcada por la muerte en el caso del grupo anterior.

El significado de este esquema de valor se puede evaluar de mejor manera si uno agrega como tercer caso el de los médicos que practican la eutanasia y como cuarto caso el caso del cambiavías que fue formado por *Welzel*: un vagón de carga de un ferrocarril se acerca a toda velocidad a una vía escarpada con un gran grupo de estudiantes que están parados en un carril. ¿Se le puede permitir al cambiavías que ponga la aguja de tal forma que el vagón sea desviado a la vía contigua con lo cual probablemente solo morirían dos obreros? Esta pregunta por lo general se niega con razón. No existe ninguna justificación para desviar el curso mortal hacia personas no afectadas aunque el grupo que sería rescatado de tal modo es numéricamente mayor. En mi opinión lo mismo vale para el caso de los médicos que practican la eutanasia. Aquí en parte se intenta usar dos esquemas de valor adicionales, concretamente el punto de vista de la comunidad de peligro entre los enfermos mentales que fueron elegidos para ser asesinados igual que el punto de vista de su declaración a ser marcados por la muerte y la disminución del valor de la vida resultante de ello.

¹⁰¹ Dazu umfassend Otte, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1998.

¹⁰² Übersicht bei Otte (Fn. 30), S. 141 ff.; Roxin (Fn. 29), 16/70 ff.

Pero esto no convence. Los alpinistas formaron conscientemente una comunidad de peligro y las obligaciones que resultan de ella, lo que falta en el grupo de los enfermos mentales. Y diferente al caso del avión comercial que fue capturado por terroristas su muerte no es inminente por un transcurso causal sino requiere de muchas más acciones ilegales efectuadas por órganos estatales. El derecho se contradiría a si mismo si declarara el valor de una vida como disminuido por causa del peligro de una acción estatal ilegítima.

La "agresividad causal" del bien jurídico infringido por eso forma una condición necesaria para la justificación de una muerte por un estado de necesidad, pero ¿se puede considerar una condición suficiente?

Esto se cuestiona en Alemania en el caso del camión. Es seguro que se trata de un caso de legítima defensa si el conductor A infringe las normas de tráfico y con eso hay una agresión ilegítima que afecta al peatón F. Si el conductor A no infringe las normas de tráfico pero tiene el vehículo bajo su control se discute si un peligro causado por él se puede clasificar como una agresión ilegítima. Eso por lo menos se tiene que negar cuando el coche es revoleado por un tornado. En un caso así, según la opinión general, la legítima defensa está excluida. Si existe otra justificación de acuerdo a otros principios es muy cuestionado. Según la opinión más influyente hay un estado de necesidad justificado defensivo. A esto se opone desde mi punto de vista que una prioridad de los intereses del peatón F en comparación a los del conductor A solo se puede justificar si a A se le puede por lo menos atribuir objetivamente el peligro causado por su coche, lo que se tendría que negar en el caso del tornado e igualmente es dudable en el caso que él tenga el control sobre su coche y cumpla con las normas de tráfico.

La mera causalidad por eso no es un argumento normativamente suficiente para justificarse ante la muerte del asaltante.

Más aún se tiene que añadir un punto de vista cualitativo que le quite terreno al argumento estereotipo "un valor máximo no se puede ponderar con otro valor máximo". En la perforación del embrión durante del nacimiento para salvar a la embarazada desde siempre se ha reconocido implícitamente que la vida de la madre tiene un rango cualitativo más alto. Eso sobre todo tiene que ser válido si la vida de un humano se desprecia por estar irremediamente perdida y su fin por leyes empíricas ocurrirá en un plazo muy corto. El piloto de fuerzas aéreas que dispara al avión que fue capturado por terroristas y se está acercando a toda velocidad a un rascacielos antes de que suceda una catástrofe para con los numerosos habitantes, actúa de manera legal. La opinión contraria que afirma una equivalencia entre los últimos minutos de vida de los pasajeros con todas las vidas de los habitantes del rascacielos (1) se presenta ciego ante el contenido de todos los ordenamientos jurídicos que existen (2) se puede rebatir fácilmente por un examen librado del disimulo de la ignorancia, (3) se reduce a si mismo al absurdo por aprobar la suposición de una razón que excluye la culpa y (4) se equivoca en su apelación a la filosofía del derecho de *Immanuel Kant*.

aa) Todos los ordenamientos jurídicos que alguna vez existieron por lo menos reconocieron a la guerra defensiva como legítima. Pero no hay ninguna guerra que no lleve a la muerte de inocentes, en la expresión idiomática de los Estados Unidos “colateral damage”. El caso del avión es exactamente comparable con esto.

bb) Si uno le da a cualquier persona a elegir entre vivir solo 5 minutos o tener la vida entera a disposición, seguramente no respondería: “Para mí las dos alternativas son iguales” sino obviamente se decidiría por la segunda alternativa.

cc) Como ya mostré antes, la construcción de una razón que excluye la culpa en estos casos es contradictoria y lleva a consecuencias absurdas.

dd) Como último argumento el Tribunal Constitucional Federal se basó en la opinión que el disparo al avión inflingiría la dignidad de los pasajeros. Con esto se refería a la sentencia famosa de *Immanuel Kant* que uno no debe usar al humano exclusivamente como medio y mezclarlo entre objetos del derecho de cosas, contra lo que su personalidad innata lo protege. Esta referencia es equivocada porque aparta la frase de Kant de su contexto e ignora la estructura principal del dilema trágico. La fórmula crítica de *Kant* se refería meramente a la causa del castigo por el objetivo de prevención y exigía, dicho de manera moderna, junto y ante la causa consecuencialista es decir una causa determinada por fines del castigo con su causa racional en cuanto a los valores lo que significa la legitimación deontológica ante el castigado. En el dilema trágico una causa determinada por fines es a la vez racional en cuanto a los valores porque el inicio de un mal es inevitable y la decisión para el “mal menor” absolutamente se puede expresar como un principio deontológico. Igual la condición adicional que se trate de una defensa ante un proceso causal agresivo significa una legitimación deontológica y rebate el reproche que los pasajeros se usarían “únicamente” como el medio para alcanzar un fin.

La referencia del Tribunal Constitucional Federal a la dignidad humana por eso no es nada más que un círculo vicioso y un ejemplo intimidatorio para su (actualmente más frecuente vista) estrategia de usar la dignidad humana que se garantiza sin limitaciones como “argumento irrefutable” también donde se tratan problemas completamente distintos.

RESULTADO

He intentado demostrar que el dilema trágico está relacionado con problemas de la antijuridicidad y que esos problemas se pueden resolver a base del Código Penal alemán de acuerdo con las diferentes constelaciones de casos. Si la solución se da en base al artículo 34 del Código Penal argentino no puedo debatir aquí y como alemán tampoco me atrevería a hacer una decisión.

PONENCIAS

INSTITUTO DE LA EMPRESA

“LA EMPRESA INMORTAL”

Efraín Hugo Richard.
Director del Instituto de la Empresa

Sumario

I – Una visión genérica. II - ¿Que sería la empresa desde el punto de vista jurídico? III – Personalidad. IV - Conservación de la empresa. ¿a cargo de quién? IV – Personalidad. V - Normas imperativas. 4. Capital social y normas imperativas. VI – La viabilidad de la sociedad, de la empresa o de su objeto. VIII - ¿La empresa inmortal? IX – La viabilidad de la sociedad, de la empresa o de su objeto. 1. 1.Efectos de un plan de negocios y el proceso concursal. 2. El plan de insolvencia. 3. La viabilidad y la tempestividad en el obrar. X –Consistencia y crisis del patrimonio social. XI - Soluciones societarias para la conservación de la empresa. XII – La pérdida del capital social como disparador de soluciones. XIII – La conservación de la empresa en el concurso preventivo de sociedades. XIV – Meditaciones.

I – UNA VISIÓN GENÉRICA

El término “Empresa” puede ser usado latamente. Organizar una familia, una comunidad, unas vacaciones, un país... Nosotros lo haremos dentro de nuestra especialidad y las referencias normativas dirigidas a la empresa con actividad económica y su calificación jurídica.

¿Por qué la referencia a la inmortalidad de la empresa, supuestamente económica? Porque ha existido y existe una tendencia a su perdurabilidad, aun cuando los “dueños” la abandonen o sean apartados. Ello bajo la idea que se mantienen puestos de trabajo. Particularmente se advierte esta tendencia en los juicios de concursos preventivos y quiebras de sociedades.

Esa terminología la usaron autores, como veremos. Hace a la cuestión sobre la inmortalidad de la empresa o su finitud, frente a la crisis. Por eso el Instituto de la Empresa convocó a discurrir sobre “Empresa: crisis, reorganización, financiación y disolución”, temática que consideramos esencial para que la organización empresaria enderece hacia una “VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL”, formalizando un análisis de las interacciones del derecho societario

organizacional y la interpretación procesalista de los procesos concursales, para tratar de pensar en "CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL".¹⁰³

Por ello deberemos referirnos a que es la empresa, sus crisis o viabilidad, a cargo de quién esta enfrentar esos problemas y muchas otras preguntas que nos haremos sobre su rol social y jurídico. Será una suerte de relato de nuestra lucha por el derecho ante pensamientos asistemáticos que anestesian la viabilidad empresarial, generando profundización de las crisis y multiplicando problemas, en la práctica de tratar que las crisis societarias sean asumidas por los acreedores.

Eje medular del nuevo sistema de derecho privado es la empresa, como estructura económica que enmarca un régimen, reconociendo la fuerza genética del actuar de los operadores económicos. No podemos dejar de ver en esa organización un matiz comunitario, que no ha podido soslayarse cualquiera sea la posición ideológica o filosófica con la que el tema se aborde. La cuestión es de importancia por entender que los momentos de la República -y del mundo- requieren centrar los esfuerzos de los juristas sobre estas problemáticas para colaborar al desarrollo económico, las inversiones productivas, la generación de puestos de trabajo, que venimos propiciando como "capitalismo emprendedor" para enfrentar la predación del "capitalismo financiero" especulativo, que genera problemas en todo el mundo por su voracidad y velocidad en el obrar. Sigue siendo actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, hecha en 1952 en sus "Studi": "En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales".¹⁰⁴

Tomaremos dos referencias del pasado para referirnos a ese fenómeno jurídico-económico moderno de importancia global en la organización socio-jurídico-económica de los últimos 100 años, que sin duda tendrá vigencia por mucho tiempo más. Nos referimos a la "empresa inmortal" señalada por Anaya¹⁰⁵ y por Harari¹⁰⁶. Y nuestra misión es tratar de desentrañar que es empresa y si la misma es inmortal o finita.

¹⁰³ La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al crear hace 31 años el Instituto de la Empresa lo caracterizó genérica y abarcativamente como "Centro de estudios en torno a la empresa, para la coordinación de estudios de connotaciones interdisciplinarias, tomando a la empresa como "Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad". La idea de empresa como una forma de delegación de los poderes del Estado a una organización intermedia para posibilitar el cumplimiento de sus funciones y fines. El Estado asume el compromiso de mantener el orden jurídico, cooperar en la evolución progresista, programar el desarrollo, y permitir la creación e independencia de la actividad productiva".

¹⁰⁴ FARGOSI, Horacio. "Derecho comercial del siglo XXI". En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127. RICHARD, Efraín Hugo "Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial". Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

¹⁰⁵ ANAYA, Jaime L. "El mito de la empresa inmortal" en El Derecho, tomo 127, pág. 424, Buenos Aires 1988.

¹⁰⁶ HARARI, Yuval Noah *DE ANIMALES A DIOSSES. BREVE HISTORIA DE LA HUMANIDAD*, Ed. Debate, Traducción de Joandomenec Ros, Bs. As. 2000, pág. 42.

II - ¿QUE SERÍA LA EMPRESA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO?

Tenemos el deber de fijar nuestro criterio sobre la condición jurídica de “empresa”, con sentido estricto, sin perjuicio de que esa expresión pueda ser usada en sentido lato en otras comunicaciones de este encuentro interdisciplinario.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial –en adelante CCC- introduce una referencia a la empresa en el art. 320: “Están obligados a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”.

Este art. 320 CCC sintetiza la problemática considerándolo un objeto¹⁰⁷. Pero no es tan simple, referirse a la “empresa” es un menudo trabajo, e impone la pregunta: ¿Qué es la empresa?

Harari se lo plantea, refiriéndose también a la inmortalidad: “Peugeot tiene gerentes y accionistas, pero tampoco ellos constituyen la compañía. Se podría despedir a todos los gerentes y vender todas sus acciones, pero la compañía permanecería intacta. Esto no significa que Peugeot S.A. sea invulnerable o inmortal. Si un juez ordenara la disolución de la compañía, sus fábricas seguirían en pie y sus trabajadores, contables, gerentes y accionistas continuarían viviendo, pero Peugeot S.A. desaparecería inmediatamente. En resumen: Peugeot S.A. parecería no tener ninguna conexión real con el mundo físico ¿Existe realmente? Peugeot es una invención de nuestra imaginación colectiva. Los abogados llaman a eso “ficción legal”. No puede ser señalada, no es un objeto físico: Pero existe como entidad legal. Igual que el lector o yo, está obligada por las leyes de los países en los que opera...”. Anaya había usado el mismo término “inmortal”, con sentido crítico, que volveremos a desenvolver.

¿Sujeto, objeto de derecho, o actividad? Ese nuevo art. 320 CCC se refiere a “titulares de una empresa”, donde entonces aparece como objeto de derecho. Pero corresponde comparar dicha norma con el art. 1093 CCC, que al determinar los contratos de consumo señala “o con una empresa productora”, donde la introduce como sujeto de derecho. A su vez conforme al art. 1890 CCC y la ley de transferencia de fondos de comercio la hacienda –o los bienes organizados- aparece como un bien registrable.

Anticipamos que, a nuestro entender, la empresa es actividad de organización, un patrimonio afectado al cumplimiento de determinados objetivos, o la organización sistemática, funcional y activa de medios (factores de la producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado. Estamos poniendo de relieve los elementos que integran a la empresa: a) El empresario, que es quien organiza la actividad y procura el lucro que la misma le produce; b) Los elementos materiales, inmateriales y humanos de que dispone y organiza el empresario para llevar adelante la actividad, el *sustrato material* al decir de Halperin. O sea, un conjunto

¹⁰⁷ Lo hacíamos en el PRÓLOGO del libro colectivo “EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA” AAVV, 347 páginas, bajo la Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Coordinación de Ricardo Belmaña y Prólogo de Efraín Hugo Richard págs. 9 a 38. Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018.

de bienes materiales y/o inmateriales que son organizados para llevar adelante la explotación de la “empresa”.-

Asquini expresaba en torno a los perfiles de la empresa, que ésta se manifiesta como un fenómeno económico poliédrico que, jurídicamente presenta cuatro facetas: subjetiva, objetiva-patrimonial, funcional y corporativa. Perfiles que Fernández de Novoa encuadra en la dimensión subjetiva o dinámica o actividad del empresario, dimensión objetiva o estática como bien inmaterial producto de la actividad del empresario y dimensión interna o personal como comunidad de personas.

En el perfil subjetivo o dimensión subjetiva, se pone énfasis en las posiciones subjetivizantes de la empresa, basadas en la fungibilidad del empresario. Esa constatación de la fungibilidad del sujeto constituye el pivote de la vieja, criticada y abandonada doctrina institucionalista, que –como afirma Endemann– relega al empresario al plano de los servidores de la empresa. O como Rathenau –después de la Primera Guerra Mundial– sosteniendo la doctrina “del interés de la empresa en sí”, enfrentando la posición de que no puede atribuirse sino un interés a los individuos, únicos capaces de intención psicológica al advertir la desvinculación de la empresa con los accionistas.

Dexpaz se refería a la personalidad subyacente de la empresa, manifestada por su disociación respecto del empresario, personalidad que –sostenía– llegará a ser admitida por el derecho, considerando a la empresa como un sujeto de derecho naciente, que debe pasar por un delicado período de calificación jurídica antes de alcanzar con precisión sus contornos jurídicos de persona.

Se ronda también ese subjetivismo al equiparar sociedad y empresa, mediando alguna indefinición en los conceptos o en su juego. Si bien la empresa está presente en la noción misma de sociedad, como sujeto y como forma técnica de una actividad colectiva empresaria –conforme lo señalaron Ferri y Polo– se puede llegar a soluciones diversas disociando los conceptos, pues la empresa puede conservarse sin perjuicio de la extinción del sujeto social. Así las enseñanzas de Houin sobre la necesidad de separar, en la quiebra, a la empresa de su empresario, conforme recoge la ley francesa de 1967 seguida luego en el derecho comparado. También que una sociedad al liquidarse –incluso por la causal prevista en el art.19 LGS por actividad ilícita- transfiera la o las empresas viables que explote para maximizar valores.

Refiriéndose a la empresa como sujeto o a los intereses de la empresa, tal como se lo hace con frecuencia en el lenguaje vulgar, lo que es solamente aceptable como metonimia o sinécdoque –apunta Jaime Anaya– y como una forma elíptica de aludir al empresario o a los intereses individuales que convergen en la empresa. Ejemplo de esa subjetivización la constituye el sistema paraguayo en torno a la empresa individual de responsabilidad limitada, que gesta en casos de adecuada publicitación la generación de un centro de imputación diferente dentro del patrimonio del empresario, al igual que en el supuesto del fiduciario y el patrimonio fideicomitado, hoy admitido en el mundo, con diversas formas en el derecho comparado, y materializado en

nuestra legislación en la “sociedad por acciones unipersonal” (SAU) LGS modificada por ley 26994 y por la “sociedad por acciones simplificada” (SAS) incorporada en la Ley n° 27.349.

Pero no advertir la impropiidad de personificar la empresa o adjudicarle intereses propios, puede conducir a conclusiones disvaliosas, tales como suponer que la conservación de la empresa es un dogma o una regla necesaria en todos los casos en que entre en crisis, por requerirlo la preservación de sus intereses autónomos.¹⁰⁸

La noción tradicional de la empresa-fabril, integradora, cede a la atomización de centros imputativos independientes organizados bajo ideas centrales o grupales, con relativa permanencia y estabilidad. La idea de empresa se resquebraja frente a nuevas actitudes en la llamada “gran empresa” o “grandes grupos económicos”. Los “conjuntos económicos” pasan a tener relevancia en normas del derecho laboral, del derecho societario a través de la noción de control y en derecho concursal autorizando la presentación unitaria de todos los integrantes de un grupo o conjunto económico (arts. 65 y ss., Ley 24522 –en adelante LCQ-), frenen a su crisis económico-financiera-patrimonial.

Hay dos perfiles, que consideramos vinculados entre sí: el patrimonial y el funcional, que hacen a la relación hacienda o fondo de comercio¹⁰⁹. Se detectan múltiples posiciones en torno a la relación hacienda y empresa. Mario Ghiron expresa “l’imprenditori sié, l’impresa si governa, l’azienda si ha”, y Barbero –en otra posición– que la empresa no existe, sino que se la ejerce. Etcheverry recuerda la posición de Le Pera quien niega la noción de empresa en el campo jurídico, recordando que los italianos distinguen entre el empresario y la hacienda, y que “actividad” es una palabra de escasa significación jurídica¹¹⁰. Destaca aquel autor que es necesario delinear qué podemos entender por actividad, concepto no desarrollado suficientemente en la doctrina nacional ni tampoco en el derecho comparado, que entendemos se centra en el objeto social, determinado en forma precisa en el contrato social, comunicado a terceros a través de la publicidad registral.

Si bien Ghidini afirma “decir que la empresa es actividad, es usar un término jurídico inapreciable, privado de consistencia”, pero Etcheverry cualifica esa actividad dentro del dato de la normativa contractual societaria: el objeto social, acercándonos a una visión organizativa. Se suele sostener que la “empresa” no es nada en el aspecto jurídico, que no es sujeto, ni objeto de relaciones jurídicas y decir que es una actividad no tiene sentido jurídico. Sin embargo la actividad, como concatenación de actos tiene efectos jurídicos, como

¹⁰⁸ Vease en el Anexo A el cuadro que preparamos en el año 87 al ser invitado a un panel en torno al primer Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, donde mostrábamos el nuevo dualismo “Empresa y Consumidor”, y la confusa personificación de la empresa.

¹⁰⁹ GALÁN DE RODRÍGUEZ PARDINA, Susana, *El fondo de comercio y la empresa comercial*, Lerner, Córdoba, 1986, en particular, ps. 45 y ss., con un recuerdo emocionado para esta retirada Profesora que integrara el grupo de trabajo con la Prof. Mercado de Sala y otros distinguidos Profesores en mi primer Cátedra titular en la Facultad de Ciencias Económicas.

¹¹⁰ETCHEVERRY, Raúl A., *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1974, ps. 77/78.

se deriva de los arts. 19 y 20 de la Ley General de Sociedades -LGS- por lo menos en su factura actual.

Anaya expresaba sobre el punto: "Sin pretensiones de ingresar aquí en el arduo debate sobre la caracterización jurídica de la empresa, parece innegable que sus perfiles más inequívocos se encuentran descriptos cuando se la conceptúa como la organización de los factores patrimoniales ... por un sujeto, empresario individual o social, para la producción de bienes o servicios que, bajo su riesgo se destinan al mercado. Conatural a esta actividad y contrapartida del riesgo asumido, es el propósito de lucro, si bien la nota no sería caracterizante para un sector de la doctrina".¹¹¹

Y avizoramos así la idea de "organización", que sin duda es una actividad reglada. El Código de Colombia de 1971 en su art. 25 expresa; "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios", como la ley de contrato de trabajo argentina en su art. 5º.

La realidad económica –que siempre genera un concreto reflejo jurídico– marca ese rumbo basado en la organización de los bienes que ya implica una actividad, y la actividad misma de esa organización de bienes.

El derecho suele afrontar los estudios de actos disciplinados en su singularidad, estáticos, por lo que el instrumental tradicional resulta insuficiente o no idóneo para aprehender la fenomenología de la actividad, que constituiría –en todo caso– un complejo de actos.

El problema no resulta simplemente cuantitativo de la acumulación de actos, sino cualitativo del ordenamiento de actos hacia un fin –similar a la disciplina que estudia la existencia de la persona jurídica en orden a agrupamiento de diversos sujetos bajo un único patrimonio con finalidad común–. Los elementos causales, de causa fuente y causa fin, deben revalorizarse en el estudio de la actividad como fenómeno jurídico de efectos relevantes para el derecho en su apreciación dinámica e integradora.

Entendemos por actividad empresarial una serie coordinada de actos (negocios jurídicos) tendientes a una finalidad común, como señalaba Ascarelli, a lo que debemos agregar que se manifiestan unitariamente en función del sujeto que los realiza y su propio contenido. "Para rescatar esa apreciación interdisciplinaria del problema, proponemos dos recuerdos de Garriguez exponiendo en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid en el año 1962, donde concluía su exposición: "La empresa desde el punto de vista jurídico" con las siguientes palabras: "Decía yo antes que para estas soluciones había que moderar y templar el capitalismo, Siempre es más inteligente ceder algunas posiciones cuando se corre el riesgo de perderlas todas. Y si la reforma de las viejas estructuras políticas parecen ser una cosa inevitable, preparémonos los juristas para poner a punto nuestros instrumentos, incluso para echar por la borda los instrumentos que ya nos parezcan anticuados e inservibles, a fin de

¹¹¹ ANAYA, Jaime L. "El mito de la empresa inmortal" cit. Pág. 426. Sobre la discusión en torno al lucro véase pag. 427

poder dar a los economistas y a los sociólogos nuestra respuesta justa y exacta al reto de la empresa".¹¹²

La empresa es una unidad económica y social, a diferencia del establecimiento, que es más una unidad técnica¹¹³ y material. Se registran tantas nociones como autores se han ocupado del tema¹¹⁴. Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su repetición, como actividad ilícita: p. ej., la actividad de intermediación financiera no autorizada.

Ahora, puestos de acuerdo, o por lo menos lo hemos hecho para nosotros, que empresa es actividad organizada, viene a cuento determinar que la misma debe ser posible, sustentable, viable.

Nos acercamos al sujeto que desarrolla la actividad organizada que, en particular como hemos visto del ejemplo que formaliza Harari, se trata de una persona jurídica, que trasciende a la persona o personas humanas que la constituyeron o constituyen.

III - PERSONALIDAD

Esbozada nuestra posición sobre que es empresa, debemos referirnos a la "institución organizacional" o sujeto que ejerce esa actividad. La idea de organización, de actividad, esta ínsita en la definición de sociedad, conforme el art. 1 LGS, ley integrada al sistema jurídico del derecho privado conforme el art. 2 del Código Civil y Comercial -CCC-.

En 1992 demitificamos la noción de contrato y sociedad, para incursionar en la de sociedad persona jurídica, sin negar la existencia de un negocio jurídico de constitución o de organización, la identidad entre personalidad jurídica y limitación de responsabilidad, avanzamos en la misma dirección determinando que la causa del vínculo era el advenimiento de la organización personificada, que esa personificación era en beneficio de los acreedores para asegurar su prenda común. Además de señalar que la sociedad no podía ser un instrumento para dañar, de actividad ilícita. En el negocio constitutivo se expresa la finalidad de crear un nuevo sujeto dederecho, no hay interés contrario sino conjunción de intereses en el advenimiento de la personalidad jurídica.

Trabajamos sobre las relaciones de organización, con el concepto estricto y amplio de sociedad, el primero que se concentra en la Ley General de Sociedades, y el segundo en el CCC con los contratos asociativos no personificados, que no altera la actividad de los partícipes y que no genera un patrimonio independiente.

El Derecho Societario como parte integrante del "Derecho Privado Negocial" responde a lo largo de su evolución considerada en sus orígenes

¹¹² Citado. en nuestro "La conservación de la empresa", conferencia 1981 al recibir el Premio Academia, publicada en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV, pág. 107, Córdoba 1986.

¹¹³ CIURO CALDANI, Miguel Á., "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", DyE, ts. 1/2, 1994.

¹¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos de colaboración empresaria", RDPyC, nro. 3, ps. 7 y ss.

normativos como contrato bilateral, en el siglo XXI la tendencia hacia la flexibilización da apertura a una concepción diferente, la cual invita a rediseñar un concepto de sociedad acorde con la realidad planteada por la doctrina e incorporada en algunos ordenamientos jurídicos.¹¹⁵

Resulta relevante que siendo por lo común más de dos las personas que intervienen o participan en la perfección del contrato, sin embargo, no se contraponen en partes enfrentadas *-contra partes-*, sino que, por el contrario, convergen como *co-partes* (realmente como <<compañeros>>) en un mismo proyecto y fin económico.¹¹⁶ Cada parte contratante tiene frente a sí, simultáneamente tantas partes como socios, sin alterar su subsistencia permitiendo la adhesión de nuevos socios y la salida de los existentes. No hay interés contrario sino interés común.

Por otra parte, se agrega como típico que el contrato plurilateral sea de organización, cada socio está obligado conducen todas a la formación de un nuevo patrimonio que pertenece al ente jurídico constituido.¹¹⁷ La causa del negocio constitutivo es el advenimiento de un centro de imputación personificado para la actuación en común conforme a un objeto y fin.

En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) la tesis planteada por José Girón Tena, seguida más tarde por Cándido Paz-Ares, quienes afirman que “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.¹¹⁸

Dicho concepto de sociedad propuesto por esta corriente doctrinaria, es lo que consideran un concepto amplio o genérico de sociedad aplicable a todas las asociaciones, constituyendo la base del sistema societario, en tanto fundamentan en él la autonomía del Derecho Societario. Al mismo tiempo, reconocen un concepto “restringido” (tipo) de sociedad, que es la sociedad-contrato. Esto lo hemos trabajado con Orlando Muíño en nuestro Derecho Societario.

Debe destacarse que el concepto amplio de sociedad está caracterizado por la supresión del elemento del “ánimo de lucro”, que quedaría sustituido por el criterio -más amplio- de la “promoción colectiva de un fin común”; así como la enfatización del “aspecto organizativo” de la sociedad; es decir, de la “Sociedad” como “organización”, respetando el lucro para la sociedad tipo o sociedad en sentido restringido¹¹⁹, que no es un elemento esencial.

¹¹⁵ ESTECHE DE F., Elianne “CONCEPTUALIZACION LEGAL DE LA SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI”, en *Estudios de Derecho Empresario*, agosto 2016, U.N.C.

¹¹⁶ FONT, Juan y PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”. ob. cit., p. 541-607.

¹¹⁷ BARBOZA, Ely “Personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el derecho venezolano”. En: *Jornadas de derecho mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Julio-1978, p. 410.

¹¹⁸ GIRÓN, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

¹¹⁹ VICENT, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant Lo Blanch. Valencia: 1998, p. 181.

En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.¹²⁰ La causa es el advenimiento de la persona jurídica, como hemos indicado.

Como respuesta a la recomendación de UNCITRAL y la labor de muchos de nosotros resulta imposible actualmente desconocer como afirma José Embid,¹²¹ el largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial, del concepto de sociedad mercantil.

“La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que ha cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”¹²².

Sin embargo, la tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce “la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”.¹²³

De esta forma, la sociedad unipersonal actualmente no tiene únicamente una tipicidad social -como menciona la Comisión reformadora en los Fundamentos del Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial.¹²⁴

En pleno siglo XXI, llama la atención la calificación legal de la sociedad como persona jurídica en ciertos ordenamientos jurídicos, evitando su consideración como contrato incluso como contrato plurilateral de organización, mencionando “la sociedad es una persona jurídica...”. Que es lo que hace nuestro Código Civil y Comercial.

120 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Editorial Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

121 EMBID, José. “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”. ob. cit., p. 83.

122 RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). N° 9. Cba: 2015, p. 55-86.

123 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

124 RICHARD, Efraín Hugo “Sobre la reforma en el Proyecto de Ley General de Sociedad a las sociedades constituidas por un único socio o devenidas en unipersonales. En: Doctrina Societaria y Concursal. “Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial”. Ed. Errepar. Buenos Aires: septiembre 2012, p. 14.

La nueva orientación, confiriendo énfasis al aspecto funcional de la personalidad jurídica, concibe que la cualidad de persona jurídica no tenga otro interés que proteger el cumplimiento del objeto –naturalmente más no esencialmente una empresa- y a los terceros, siendo sus funciones generales dotar de domicilio, nacionalidad, capacidad y autonomía al ente jurídico societario.

Anteriormente se creía que gozar de personalidad jurídica implicaba en esencia la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios, y casi a modo de sanción impuesta por el legislador, la falta de personalidad jurídica era considerada como una irregularidad en algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta fundamental distinguir claramente que “personalidad” no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios¹²⁵ quedando afecto a las resultas de la actividad social. Incluso, es una decisión propia del socio o los socios, su exteriorización, en tanto, configura una necesidad “dar autonomía jurídica al ejercicio de la actividad de una o varias personas”.¹²⁶

Sobre el carácter contractual cabe preguntarse, si en verdad el acto constitutivo intrínsecamente considerado es contrato, por cuanto debiera prevalecer la autonomía de las partes, y no es así, en cuanto deben cumplirse ciertos requisitos impuestos por el Estado para considerarse constituida la sociedad regular o legalmente. Por ejemplo, como lo afirma Ricardo Olivera “la constitución de una sociedad anónima no es un acto libre y soberano de quienes se proponen desarrollar una actividad económica. Su consentimiento no es suficiente, sino que requiere de un consentimiento estatal posterior para que la sociedad resulte regularmente constituida”.¹²⁷

Conforme con ello sostenemos que “...separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto”.¹²⁸ La consecuencia de celebrar un contrato de sociedad y la consecuencia de la declaración unilateral es la misma el nacimiento de un ente societario, llamado sociedad (institución). El querer del socio individual o de los socios en su conjunto es el mismo.

Justamente por ello el concepto asociativo amplio de tipo contractual organizativo no personificante se ha localizado en el CCC –“contratos

125 RICHARD, Efraín. “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

126 MORLES, Alfredo. ob. cit., p. 791, 792.

127 OLIVERA, Ricardo. “El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario”. Tomado de: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olivera-Garcia-El-sistema-constitutivo-de-la-anonima-uruguaya-y-su-incidencia-en-el-funcionamiento-societario.pdf>

128 RICHARD, Efraín.Hugo “En torno a las sociedades unipersonales”. V Congreso de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Córdoba: 1992. Editorial Advocatus. Citado por: BAIGORRIA, Mariana y PEREZ, Eduardo. “Comentarios del Congreso de Derecho Societario en punto a la regulación de la limitación de la responsabilidad del empresario individual”. Tomado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/comentarios-del-congreso-de-derecho-societario-en-punto-a-la-regulacion-de-la-limitacion-de-la-responsabilidad-del-empresario-individual.pdf>

asociativos” Capítulo 16 arts. 1442 y ss., centrando en la LGS la sociedad en sentido estricto, al decir de Girón Tena y Paz Ares, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores afrontando una finalidad propia.

En todo caso, la existencia de las sociedades comenzará a regir a partir del momento de su constitución como dispone el actual y referido art. 141 CCC, y no cuando se aprueban y se inscriben los estatutos, adquiriendo personalidad jurídica desde el acuerdo de voluntades con prescindencia de la inscripción o autorización, en los casos en que así se determine legalmente.¹²⁹

La manifestación externa de la sociedad constituye un requisito imprescindible sin cuya concurrencia la sociedad no adquiere personalidad jurídica, obteniendo personalidad jurídica no por el hecho de la conclusión del contrato de sociedad mercantil, sino por efecto y desde el momento en el que se manifiestan frente a los terceros como tal sociedad.¹³⁰

Aceptada la idea de organización y de la generación de una persona jurídica, es importante referir el bien jurídico tutelado por la generación de la escisión patrimonial. Algo ya hemos adelantado.

¿Para que el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de sociedades? Lo venimos anticipando: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial la gestión funcional, sino que la misma persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del mismo o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad de los socios, sino los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. Así se permite la segmentación en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que tengan, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa.

¿Que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurídica de crear personas jurídicas a través de esa declaración unilateral: la posibilidad de limitar la responsabilidad o los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad

129 FAVIER, Eduardo (h). “La Derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: Apariencia y realidad. Trabajos de doctrina. Buenos Aires: diciembre 2014. Tomado de: <http://www.favierduboisspagnolo.com/.../la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad.pdf>

130 *Ibidem*, p. 215 y ss.

económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquirieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica.

Son importantes las reflexiones sobre la personalidad que se dan para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad, en los Fundamentos del Anteproyecto. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- receptó la posición de la subcomisión, expresándose así: "2). *Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales*".

Habíamos ensayo sobre ello en "El posible futuro...": ¿Es realmente lo que se tutela el ánimo de limitar una responsabilidad? ¿o son los derechos de los terceros o el interés de la funcionalidad económica lo que el legislador debe tutelar! Quizás este es el centro de la cuestión..."¹³¹.

Y en ese resguardo, al ser la sociedad persona jurídica conforme el art. 145 CCC y art. 2 LGS, la clave es la consistente de su patrimonio. La personificación como recurso técnico es único, pero el efecto consiguiente es la existencia de un patrimonio diferenciado al de los constituyentes: división patrimonial y autogestión. Al ponerse énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación¹³². Congruente

¹³¹ RICHARD, Efraín Hugo "El posible futuro del derecho comercial" en En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXIV, Córdoba 186 (correspondiente al año Académico 1985) págs.. 97 y 112, y en Anuario de Derecho Comercial tomo 2, Montevideo, sección doctrina págs.. 169 y ss..

¹³² El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. RICHARD, Efraín Hugo "Patrimonio y capital social" pág. 103 y ss. - especialmente a pág.106- en el libro "Derecho y principios societarios", publicación de la

con la generación del centro de imputación como autogestante, resulta lógico atribuir capacidad al nuevo sujeto. Ambos generan la atribución de la personalidad al haz de derechos y obligaciones que se le imputan. A su vez su individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho¹³³. La prueba fundamental en el caso de haber operado, en la protección a terceros, será la clave única de identificación tributaria, la CUIT.

De esta forma dejamos expuesta la modalidad sociológica y jurídica en que se presenta o debería presentarse la identidad del sujeto titular de la actividad organizada y el patrimonio separado a tal fin.

IV - CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. ¿A CARGO DE QUIÉN?

Zanjada la cuestión de la titularidad subjetiva organizacional, deviene la pregunta de este sub título: hablamos de actividad organizada vinculada a, o de un patrimonio, para cumplir con un fin, la respuesta es de su titular, sea persona humana o persona jurídica.

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio -pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes-, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal, recomendando su gestación como persona jurídica privada.

En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014¹³⁴, en la que se acordó (1) *"El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Respecto a una organización con un fin -en el caso empresarial-, debemos convenir que pueden converger múltiples intereses a través de la

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Cfme.RAY, José Domingo Ray *Empresa Jurídica y realidad económica* en V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba t.XXV p.65 y ss.,a pág.67 en torno al "buque". cfr. ANAYA, Jaime L. *Sociedad en formación y personalidad jurídica* comentario al fallo de la Corte Suprema del 26 de abril de 1988 en Telecor S.A. c/Provincia de Catamarca, en Rev.El Derecho diario del 30 de agosto de 1988, y NISSEN, Ricardo A. *Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos* en Errepar "Doctrina societaria y concursal" actualización del 17.3.89 tomo I p.253. No obstante que aparecería con una posición negativista de la personalidad de las sociedades en formación, anticipamos que -a nuestro entender- la Corte afirma el recurso técnico de la personalidad en beneficio de terceros (Considerando 8 del fallo indicado).

¹³³ URIA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

¹³⁴ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado.

Ante la convergencia de intereses en “conservar la empresa”, ello implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el Estado -Presidente de la Nación, Gobernador de la Provincia, Intendente de la localidad que pueden expresar preocupaciones- aunque muchas veces se intenta que lo hagan, ni el juez o funcionario concursal, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias¹³⁵, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida. al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc..

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien, normalmente de su titular, y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores -órgano de administración-, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios -órgano de gobierno-, y estos resolver¹³⁶, constituyendo *el plan de negocios*.¹³⁷

Apuntábamos en 1981 “La importancia de estas apreciaciones corporativas o colectivas llevan a conclusiones sobre “saneamiento de la empresa por cualquier remedio” como sostiene Lo Cascio a lo que se tiende peligrosamente, como slogan, ... En general esas soluciones corren hacia la estatización y a un dejarse estar en largos trámites burocráticos que necrotizan aún más la muerta economía, pues no se advierte una reacción del Estado para obrar -por lo menos- con la diligencia e interés del empresario privado.... En nuestro país no se ha hecho uso a fondo de ciertas instituciones concursales, como las integraciones patrimoniales activas y pasivas,.... Al decir de Abadesa; la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”¹³⁸. Y cerrábamos “Simplemente requerimos de la responsabilidad de jueces y juristas, de abogados y contadores, un real descubrimiento de los principios orientadores de la legislación, que iluminan y tornan congruentes las normas en su globalidad, soslayando la posibilidad de interpretaciones literales aisladas, repudiadas por

¹³⁵ Conforme lo dispuesto por el art. 48 de la ley de concursos argentina. Apuntamos que son pocas las referencias de la ley concursal para diferenciar el concurso de una persona humana y de una persona jurídica, y el tratamiento independiente de ambos casos por la doctrina es casi nulo.

¹³⁶ RICHARD, Efraín Hugo. “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

¹³⁷ CARLINO, Bernardo “PLAN DE NEGOCIOS: LA HORA SEÑALADA”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Febrero 2019.(I. Marco legal. II. Encuadre doctrinario. III. Ejemplo simple. IV. El plan de negocios en la ley 24.522)

¹³⁸ RICHARD, Efraín Hugo “La conservación...” cit. del año 1981.

los mismos defensores de la interpretación objetiva o literal de las leyes, para asegurar la conservación o recuperación de la “empresa” útil”.

Esa viabilidad la conectamos primero con el sujeto al que dirigiremos nuestro análisis, para recalcar en las normas imperativas que lo regulan cuando asume el carácter de persona jurídica sociedad. Recordando que “Una sociedad puede desarrollar diversas empresas, o sea diversas empresas pueden tener un único sujeto de imputación diferenciada, también dos sociedades diferenciadas entre sí podrían tener una sola empresa”, como señalábamos en 1984.¹³⁹

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión. A su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento, anticipándose a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Reza el art. 66 LGS: “Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar...”.

Nos hemos referido a esos aspectos cuando abordamos “La conservación de la Empresa” en 1981¹⁴⁰ y tres años después un ensayo sobre “El posible futuro del Derecho Comercial”¹⁴¹.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores, inclusive por la liquidación a través de la misma sociedad.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución

¹³⁹ RICHARD, Efraín Hugo “El Posible futuro del derecho comercial”, incorporándonos como Miembro de Número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en Anales de esa Academia tomo XXIV 1986 (correspondiente al año académico 1985, págs. 97/112, aceptando también la unipersonalidad en la constitución o ejercicio societario.

¹⁴⁰ “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. MICELLI, María I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, t. II pág. 631.

¹⁴¹ En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXIV, Córdoba 186 (correspondiente al año Académico 1985) págs.. 97 y 112.

a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad¹⁴² como forma de materializar la "idea de empresa".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al "acuerdo privado", homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado¹⁴³.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable¹⁴⁴.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista¹⁴⁵. Y nos hemos adelantado en el proceso metodológico.

V. NORMAS IMPERATIVAS

Es importante –y definitorio– determinar los límites de la autonomía de la voluntad frente a normas imperativas de las relaciones de organización personificadas. Ello no hace sólo a la conservación de la empresa, sino al cumplimiento de normas específicas de las personas jurídicas y de las sociedades para no generar daño. Es que el mito de la empresa inmortal se reitera en los procesos concursales de sociedades, cuando sin juicio sobre la

¹⁴² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

¹⁴³ RICHARD, Efraín Hugo "ACUERDO PRIVADO: UN MECANISMO APTO PARA EL GRAN ENDEUDAMIENTO", Versión de la exposición en el último panel del día sábado 4 de octubre de 2014, para la que hemos tratado de mantener lo tratado en los 25 minutos acordados, aportando algunas citas completas y las notas de control, que puede verse en www.acaderc.org.ar, con otros aportes anteriores.

1. ¹⁴⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO "NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO", EN REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL, EDITORIAL LA LEY, RPC 20/2014, RESEÑA LEGISLATIVA ESPAÑOLA Y COMPARADA. MADRID 2014, PÁGS.. 423 A 446.

¹⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, libro que también puede consultarse en versión electrónica en www.acaderc.org.ar

viabilidad de la actividad se homologan acuerdos donde las pérdidas pasan a ser soportadas por los acreedores en beneficio de los socios.

Impone un análisis sistemático enlazar la legislación específica de las sociedades con la estructura del nuevo Código Civil y Comercial, particularmente sobre personas jurídicas privadas, a través de la nueva norma del art. 150 CCC, que si bien no innova –a nuestro entender– enfatiza el vínculo e impone reflexiones sobre las normas imperativas o indisponibles, particularmente sobre protección a terceros. Ese artículo dispone para todas las personas jurídicas privadas *“Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. – Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.”*

Hemos opinado sobre la naturaleza de las normas imperativas e indisponibles que regulan el derecho societario, que lleva a límites al tratar los efectos de su aplicación que venimos trabajando en reuniones y ensayos.¹⁴⁶ Leemos *“Y dicha protección, cabe decirlo, debe ser amplia, y así ha sido establecida en la ley. Se protege a los terceros a través del establecimiento de una regulación que prescribe cómo se llevan adelante los procesos de creación y extinción de sociedades y qué derechos se conceden a las personas que integran un ente societario. De tal manera, cualquier derecho que desee intervenir en una estructura jurídica societaria ha de saber, de antemano, cuáles son sus derechos. Asimismo, la legislación protege a los terceros que se vinculen (ya sea a través de un contrato o en virtud de un ilícito extracontractual) con socios o miembros de sociedades. Así, un tercero va a tener conocimiento de cuáles son sus derechos en caso de sufrir un daño en tales circunstancias”*.

Apunta el autor que copiamos¹⁴⁷ *“La expresión “o en su defecto” utilizada en el art. 150 es, a nuestro juicio, desacertada y constituye un aspecto criticable de la técnica legislativa utilizada. ¿Qué significado cabe darle a la misma? Lo que el legislador, a nuestro humilde juicio, quiso hacer al utilizar la referida alocución es señalar que las normas imperativas del CCyC serían de aplicación, en un caso concreto, cuando no existiere regulación de la ley especial sobre el supuesto en cuestión. Esto*

¹⁴⁶ “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, publicado en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, publicado en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “Crisis y Derecho”: “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, t. I pág. 111.

¹⁴⁷ CIMA Eduardo “LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en “EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA” AAVV citado, pág. 61.

implica que, si existiese una norma en la ley especial que regula una determinada hipótesis fáctica, es dicha norma, y no la del CCyC, cuya aplicación corresponde realizar. ¿Y si la norma del CCyC plantea una hipótesis fáctica más abarcativa que la de la ley especial? ¿Y si introduce consecuencias jurídicas de mayor amplitud? ¿O más severas? Consideramos que, como principio general, la ley que adquiere preeminencia es la ley especial. Es que se está ante una relación de jerarquía, en donde debe aplicarse una norma y no otra". Le tema tiene importancia decisiva en la "conservación de la empresa", en la asunción de las pérdidas por los socios y en acciones de responsabilidad por daños.

La disgresión sobre la posible ambigüedad de la expresión "en su defecto" en el referido art. 150 CCC para aplicar normas imperativas de este Código existiendo otras en la LGS, debe advertirse la expresión del art. 99 LGS "sin perjuicio de la responsabilidad de los socios" ¿en que supuestos y cuales?, que nos hizo elucubrar junto a la Prof. Luisa I. Borgarello¹⁴⁸, y que a nuestro entender resuelve adecuadamente la norma imperativa del 167 CCC. "responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros (socios en el caso) que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesaria para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al afecto", conforme un postulado específico de la teoría general de la responsabilidad. El Anteproyecto de Ley General de Sociedades presentado recientemente –en adelante ALGS– recoge el vínculo normativo modificando el art. 99, lo copiamos: "ARTÍCULO 99.- *Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieran consentido expresa o tácitamente*".

El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social. causales de disolución y responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles¹⁴⁹. Y el art. 99 propuesto por la reforma integra el art. 167 in fine CCC.

¹⁴⁸ "LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS" con Luisa Isabel BORGARELLO, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947. Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes; "SOBRE EL ART. 99 DE LA LEY DE SOCIEDADES" Publicado en *Estudios de Derecho Empresario*, volumen 2 pág. 77, revista electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁴⁹ RICHARD, Efraín Hugo "EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN" en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio e 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Es que la llamada “conservación de la empresa” impone en el seno de la sociedad un primer juicio sobre la viabilidad actual, y en caso negativo la posibilidad de una reorganización que la haga viable en un futuro cercano, sin dañar a terceros.

Centro del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, generado por las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”¹⁵⁰. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente¹⁵¹, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”¹⁵² en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo sean los administradores sociales y los socios los que deban adoptar las medidas tendientes a cumplir las normas imperativas de las legislaciones societarias que aseguran la responsabilidad patrimonial o función de garantía del capital social.

Reflexionemos sobre el capital social –el patrimonio funcional- y esas normas imperativas como aproximación a la viabilidad o conservación de la empresa.

¹⁵⁰ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

¹⁵¹ RICHARAD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

¹⁵² GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

Rescatamos como función básica del capital la operativa, o sea la de asegurar la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros.

El derecho comparado presenta diversas soluciones a la problemática del capital social, mínimo, suficiente para el cumplimiento del objeto social¹⁵³, discutiéndose sobre la autonomía de la voluntad de los constituyentes y socios para determinarlo.

Se mezcla así el problema de la escisión patrimonial que formalizan los constituyentes para generar el patrimonio fundacional de la sociedad persona jurídica, con la disponibilidad financiera para el cumplimiento del objeto, que puede resultar de la modalidad operativa y surgir del mismo flujo de caja, de préstamos de terceros o de los socios, o de otras modalidades operativas tales como las obligaciones negociables subordinadas que se autoriza a las entidades financieras disponer como fondo operativo empresario y autorizar su funcionamiento.

Aparece necesario encontrar el punto de contacto doctrinario frente a las diversas normas del derecho comparado, para fijar algún criterio. El mismo es, a nuestro entender, la suficiencia patrimonial para el cumplimiento del objeto y no perjudicar a sabiendas a terceros.

El tema ha sido preocupación del jurista uruguayo Ricardo Olivera García¹⁵⁴, comentando la ley uruguaya “de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios” n° 19060, promulgada en el año 1989, que comporta una versión perfeccionada de la ley argentina 19.550 del año 1972, conforme un proyecto de José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera y Luis A. Deffino Cazet del año 1981, que llegó a tener en cuenta la ley brasilera de sociedades por acciones del año 1976, para luego la Comisión Parlamentaria incorporar alguna solución de la ley chilena de sociedades anónimas de 1981, de la reforma argentina del 83 y del Código de Sociedades Comerciales de Portugal del 1986, centrándose en “La crisis del concepto de capital social” (ap. XI), sosteniendo la necesidad de su replanteo -entre su vinculación con la aportación o su función de retención- e incorporando la necesidad del “insolvency test” (equity insolvency test) en el análisis de los resultados, vinculado a su “función de productividad”, abordando la infracapitalización y otra visión del concepto de “distribution”. Concreta su visión en un análisis normativo “El capital social de las sociedades anónimas en la ley de sociedades comerciales y en su reglamentación” (ap. XII), con un “Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la ley de sociedades comerciales” con su

¹⁵³ En igual sentido FAVIER DUBOIS p. Eduardo M. *El capital social como parámetro y el patrimonio como variable* en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, marzo 2007 tomo XIX pág. 209 y ss..

¹⁵⁴ OLIVERA GARACÍA, Ricardo *ESTUDIOS DE DERECHO SOCIETARIO*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Noviembre de 2005, 751 páginas, con prólogo de Héctor Alegría, cuya reseña hemos incorporado a www.acader.unc.edu.ar

apreciación sobre la conceptualización de la auténtica función del capital social (ap. XIII).

Uno de los elementos de la personalidad de las sociedades es su patrimonio que se genera por una escisión del patrimonio del o de los constituyentes. Ese patrimonio social se formaliza por las prestaciones que los socios comprometen de sus propios patrimonios -incluso los inmateriales, con gran creatividad y opinabilidad-. Esas prestaciones suelen denominarse aportes en relación a los que son mensurables para la determinación del llamado específicamente capital social. se genera el patrimonio de la sociedad.

El concepto lato o económico de capital se confunde con el concepto jurídico de patrimonio: conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad, que se modifica continuamente en más o en menos conforme a las alternativas de la actividad societaria.

VI - LA VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD, DE LA EMPRESA O DE SU OBJETO

La sociedad es una herramienta maravillosa para la organización empresaria, y sólo su uso derivado puede generar responsabilidad, en forma similar a los casos previstos en el sistema de responsabilidad general del Código Civil y Comercial.

La viabilidad de la sociedad se vincula a crisis, crisis que desemboca en insuficiencia financiera o peor aún patrimonial.

E impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en "El Contraderecho"¹⁵⁵, o sea en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir la obligación de los socios de asumir las pérdidas a los acreedores.

La "empresa", rectius: la sociedad, como instrumento de producción y generación de fuentes de trabajo encuentra en esas normas imperativas de su específica regulación el aseguramiento de su viabilidad presente y futura, o las herramientas para una reorganización, ante un diagnóstico temprano.

Como centro de nuestras preocupaciones en todos estos años y que puede el lector visualizar en nuestros trabajos en www.acaderc.org.ar , el tema vincula crisis y viabilidad.

¹⁵⁵ Con VEIGA, Juan Carlos "EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)", en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires: Al concursarse sociedades comerciales, asesores y administradores omiten la aplicación de principios generales del derecho público y privado, y específicamente las normas societarias para afrontar crisis económico patrimoniales. Se analiza la ilegalidad de quitas a acreedores en procedimientos concursales de sociedades.

Alegría¹⁵⁶ expresa “El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”. Para más, el acreedor conociendo a veces el desastre económico pretende cooperar en miras de “salvar su crédito”, conducta que lejos de ser sancionada es hoy aceptada en la limitación de casos de revocatoria concursal. Pero cuando el deudor se presenta –señala Alegría- la conducta de los acreedores es otra: cierre del crédito, provisión sólo contra pago al contado, no renovación del crédito que venía siendo renovado. Los acreedores no se dan cuenta que es mejor tratar con un concursado que exterioriza su crisis, que con quién la mantiene larvada mediante argucias que sin duda los perjudicarán a la postre, al haber aumentado el crédito y el riesgo.

La posible viabilidad actual impone comprometerla en el futuro. ¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor? Gaudencio Esteban Velasco¹⁵⁷ da pautas determinando la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social...”, que “... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad¹⁵⁸ surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso...”. La jurisprudencia es profusa: Responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución¹⁵⁹ o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”¹⁶⁰ “...El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las

¹⁵⁶ En *Estructura y principios de la reforma concursal* p. 59 (“Algunas cuestiones de derecho concursal” Bs. As. Abaco 1975).

¹⁵⁷ En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, *ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION* por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 *Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción individual*, pág. 1698 *DAÑO DIRECTO*. También puede verse MOYA JIMÉNEZ, Antonio *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición Bosch, España, y GÓMEZ CALERO, Juan *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales* Ed. Dykinson Madrid 1998.

¹⁵⁸ Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

¹⁵⁹ GARRETA SUCH, José María *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición, p. 202 y ss..

¹⁶⁰ Sentencia de la Apelación de Valencia sec. 6ª del 30.12.92 en Revista del Derecho de Sociedades p. 306.

atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto". Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades que en situaciones de agobio económico, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido"¹⁶¹, a su vez "Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia"¹⁶².

Un hipergarantismo trata de no advertir las maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como "*ciò que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos -cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

Decíamos en 1984 "Este tema de la planificación y orientación nos lleva inmediatamente a la problemática ya casi final de la empresa en crisis. ... existe la incongruencia en el sistema capitalista, que la gran empresa, con su tremenda incidencia en el medio, intenta socializar las pérdidas manteniendo la propiedad del capital y generar ciertos problemas en una débil categoría de derechos subjetivos casi imposible de tutelar.... Particularmente en la economía argentina, viene sufriendo un proceso de autodestrucción, el empresario genera un endeudamiento suicida con ciertas técnicas de financiación realmente impensables, totalmente ajenas a los principios rectores de lo que es organización empresaria que es el principio de economicidad; se ha lanzado a la autodestrucción , quizá también pensando que el Estado ha de intervenir como salvataje de lo que se ha dado en llamarse como "protección de la fuente de trabajo" que no es sino una de las facetas de la protección o conservación de la empresa... Y en este orden también la planificación es indispensable, el plan de empresa hoy normalmente abandonado, es fundamental, el plan de empresa que no es sino la memoria, es un instrumento no usado, inadecuadamente

¹⁶¹ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, José María *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* cit. pág. 191 nota 89.

¹⁶² Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho n° 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

usado, prefiriéndose los heteroplaneamientos del Estado al autoplan de la empresa...”.

A 35 años de ese diagnóstico el proceso concursal lo ignora, sumando el abandono de las soluciones imperativas de la legislación societaria, permitiendo ilegalmente que los acreedores deban asumir las pérdidas por la decisión de los pocos acreedores que han conseguido verificar, a quiénes se les adquiere la voluntad de aceptar propuestas confiscatorias, en beneficio de los socios.

Incursionamos en la llamada conservación de la empresa, en el sujeto de derecho que ha organizado un patrimonio en orden a un fin empresarial.

Al reformarse la Ley General de Sociedades, junto al advenimiento del nuevo Código Civil y Comercial, se modificó en aquella el art. 100. El mismo reza ahora “Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.”

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores.

“La viabilidad de la empresa debería determinar –al menos teóricamente- el procedimiento que va a seguirse, de modo que las empresas viables se concursen y las inviables se liquidan lo más rápido y eficientemente posible a través de la quiebra. Tal es la interacción que debería perseguir el sistema concursal”¹⁶³. La autora remarca sobre la viabilidad en el nuevo art. 100 LGS para marcar la incongruencia que no se menciona en el concurso preventivo “aunque si la hay curiosamente en la sección relativa a la continuación de la explotación de la empresa en la quiebra”, y fantasiosamente a cargo de los trabajadores o de la sindicatura.

Volviendo a Anaya, este aporta sobre ese aspecto “Aunque pueda parecer banal, como admite Pailloseau, frente a ciertas fantasías doctrinarias se hace necesario recordar que una empresa no existe sino en razón de que hay gente que compra sus bienes o requiere sus servicios... Cuando la producción no es requerida, la empresa está muerta y el mantenimiento de su actividad también provoca gran costo social... -La empresa debe ganar cotidianamente su lugar en el mercado bajo el asedio de distintos grados de concurrencia que en la actualidad se orna crecientemente internacional”.¹⁶⁴

Claro que hay autores que expresan “...como el Estado muchas veces no presta su ayuda de manera directa y explícita, se han privilegiado hasta límites

¹⁶³ PALAZZO, Carlota “Hacia un derecho concursal congruente: ¿ Procedimentalismo o sustancialismo? en *Doctrina Societaria y Concursal* , Ed. Errepar, Buenos Aires julio 2019, pág. 583, señalando ue así lo ha sostenido la UNCITRAL en la primera parte de su Guia Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia 2004, que puede consultarse en www.uncitral.org

¹⁶⁴ ANAYA, Jaime L. “El mito de la empresa inmortal” cit. P´. 431.

excepcionales todas las argumentaciones basadas en la conservación de la empresa, que así poco a poco se ha venido a convertir en uno de los mitos jurídicos de nuestra época, en tanto bajo su invocación se han cometido toda clase de actos, mucho de ellos incompatibles con una verdadera y honesta búsqueda de sálvate".¹⁶⁵

Debemos acentuar que hablamos de actividad económica organizada, profesional y responsable.¹⁶⁶

VIII - ¿LA EMPRESA INMORTAL?

Estamos rondando la idea de la "*Empresa inmortal*". Y la falta de interacción del derecho societario en los procesos concursales. No hay duda que una sociedad puede concursarse, pero en el concurso deberían recordarse las normas imperativas del derecho específico de ese sujeto de derecho para remediar la crisis. Uno de los olvidos es no requerir el plan de viabilidad.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli¹⁶⁷, al referirse en el año 1982 al mito de la empresa inmortal. El concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Relataba también Anaya¹⁶⁸ que "*Hace ya diez años, recuerda Jaeger, los documentos programáticos de los dos partidos de izquierda de Italia (comunista y socialista), coincidían en denunciar la necesidad de abandonar las políticas "asistenciales" como premisa de un nuevo lanzamiento empresarial. La propuesta comunista tenía como objetivo la consecución de una gestión sana y actividad de la empresa, afirmando la necesidad de la positiva superación de una situación "en la que la colectividad paga por la empresa, a menudo sólo para hacer existir, sin que ésta necesariamente produzca más riqueza de la que absorbe"*.

En este camino, la más reciente irrupción de las nuevas tecnologías también ha ido profundizando modificaciones en los comportamientos y conductas humanas que se reflejan en el ámbito laboral y en el funcionamiento societario.

¹⁶⁵ DI IORIO, Alfredo J. "Consideraciones sobre las posibilidades de lograr la protección de la empresa en sede judicial en caso de concurso, en ls condiciones políticas y económicas actuales" en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1984 p. 332, y Revista "Il diritto falimentare e della società commerciali", Nos. 3-4, ayo agosto 1985, pág. 332.

¹⁶⁶ RICHARD, EFRAÍN H.: "Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404 128 RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL, "Las relaciones de organización son aquellas de potencial duración en las que las partes tienen la misma posición (partícipes, socios, etc.) aunque pueden tener diferentes derechos, personificadas o no, respondiendo a disposiciones normativas o a la autonomía de la voluntad, normalmente vinculadas a la actividad empresarial y a técnicas de perfeccionamiento de la gestión. La regulación más amplia de las personas jurídicas, más la sistematización de los contratos asociativos y una visión unitaria del sistema societario se corresponde a una visión más abarcadora de los negocios jurídicos para facilitar la organización y desarrollo productivo. La autonomía de la voluntad puede pergeñar nuevas formas dentro de esos marcos".

¹⁶⁷ FRANCESCHELLI, R. "L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale" en giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss..

¹⁶⁸ ANAYA, Jaime L. "El mito de la empresa inmortal" cit. Nota 44.

Todo ello plantea la necesidad de contar con legislaciones que, evitando el encorsetamiento, permitan más flexibilidad y mejor adaptación a estos cambios y a los que vendrán en el futuro con una fluidez cada vez mayor. El reconocimiento de que no puede legislarse para cristalizar el presente sino que debe abrirse la normativa a la evolución constante, es uno de los fundamentos de la amplitud que el los Anteproyectos de 2012 y 2019 pretenden reservar a la autonomía de la voluntad.

El entorno normativo general y, en particular, el institucional en el que se desenvuelven las actividades productivas, resulta de esencial importancia para que en el contexto del mayor marco de libertad el Estado, mediante sus normas, provea reglas claras que eviten distorsiones y abusos. - En ese contexto, las formas organizacionales abiertas, inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad, respetuosas de las formas y de los principios necesarios para garantizar la equilibrada tutela de los intereses en juego -pero libres de rigideces y formalismos innecesarios-, son factores movilizados para la creación de estructuras jurídicas que permitan encarar objetivos que, en definitiva, se traducen en mejores condiciones de vida.

Al sancionarse el CCC, la ley 26.994 también introdujo -además del referido art. 100- algunas reformas en la LGS, las cuales, no por limitadas, dejaron de ser relevantes: una limitada admisión de la sociedad unipersonal, la alteración de los efectos de la atipicidad¹⁶⁹, un giro copernicano en las reglas sobre las sociedades no constituidas conforme a los tipos regulares, constituyeron un avance en el cambio que requieren los tiempos, aunque otras propuestas fueron postergadas”.

Las personas jurídicas no tienen que tener plazo, su duración “es ilimitada en el tiempo”, conforme al art. 155 CCC. Y esto parece atender a una inmortalidad, pero el sistema societario tiene sus propios remedios, algunos de los cuales ya hemos esbozado. Libertad de organización, pero no para dañar, y esto no puede ser obviado con la apertura de un proceso concursal.

Declaramos hace más de una década para La Gaceta de Tucumán que Ariel Dasso, uno de los más esclarecidos concursalistas del país, vive con asombro y entusiasmo académico los cambios que se están produciendo en esa rama del derecho, en la que ahora el principal interés es la perduración de la empresa. "Es lo que Jaime Luis Anaya ya en los años 80 denominara como el mito de la empresa inmortal".

Interrogado periódicamente decíamos para comprensión general: “Se advierte en el panorama del Derecho Concursal la definitiva entronización de la empresa. El derecho no había tenido una respuesta jurídica al concepto de empresa, que no es un sujeto de derecho, por lo cual resultaba difícil instrumentar elementos jurídicos que la gobernarán. El ropaje de la empresa era la sociedad. La primera definición jurídico la da el Decreto N° 53 de 2004 (Nueva Ley de Concursos), de Portugal. Expresa que la empresa es una organización de capital y trabajo dirigida a una actividad provechosa. Esta definición es muy lata, como la empresa misma que, desde el punto de vista económico, es la captadora de recursos, la generadora de empleos y de

¹⁶⁹ Modificando integralmente la sección 4ª. LGS desde los arts. 21 a 26.

riquezas, y la primera contribuyente. -Todo está dirigido a tutelar a la empresa, lo que provoca un giro copernicano en el Derecho Concursal, que era regulado en interés del acreedor, del crédito. Se produce, entonces, un tsunami. Todas las leyes en el mundo cambian. En la Argentina, la Ley 24.522 (1995) mira por primera vez al Derecho Concursal de EE.UU, al introducir la categorización y el *cramdown*. El primero pone en crisis el principio tradicional de la *pars conditio creditorum*, en la convicción de que ahora cada grupo de acreedores merece un trato diferente. -La mutación de la ratio: antes era el interés del acreedor; hoy, la perduración de la empresa por encima del empresario, como un ente en sí mismo, separado del dueño, del empresario, como un bien de la comunidad.

Entonces, cuando entra en cesación de pagos, se producen dos fenómenos. Uno preventivo: todos los ordenamientos procuran evitar que se llegue a la crisis consolidada con la cesación de pagos. Y todos disponen, además, de una cosa impensada: procedimientos extrajudiciales. El gran cambio consiste en que el concurso debe estar destinado a que la empresa sobreviva por encima de la desgracia o de la incapacidad del empresario, con lo que debe dirigirse a la prevención y, si esta llega tarde o si la crisis es inevitable en su consolidación patológica (cesación de pagos), la empresa debe transferirse a otro sujeto que tenga mejor *management* o capital y que pueda aprovechar todo lo que la empresa en sí vale, con prescindencia del gestor o dueño.

¿Pero sobrevivir a toda costa y a cualquier costo? Si se lo hace pagar a los acreedores...

Se nos interrogó: ¿Cómo se dio en la Argentina este notable cambio? Durante la crisis de 2002, la más importante de toda nuestra historia económica, disponíamos del acuerdo preventivo extrajudicial. La doctrina lo había censurado, porque parecía poco garantista, poco transparente, y porque posibilitaba una cantidad de situaciones conflictivas. Un sector, que empezó a tratar el tema con criterios éticos, concluyó que era el más inmoral de los institutos que se habían ensayado. Sin embargo, con sus impropiedades, permitió advertir la existencia de un remedio burdo, quizás una especie de trepanación frente a la problemática, no muy higiénica, pero gracias a la cual las empresas que cayeron en default, arrastradas por el default de la deuda pública, pudieron reestructurar sus pasivos y seguir funcionando. Entre 2002 y 2007, hubo reorganizaciones de pasivos por U\$S 40.000 millones. Prácticamente todas las grandes empresas nacionales, el factor ocupacional más importante, no cerró sus puertas y no agravó la crisis gracias a ese remedio. ¿Cuál es la contracara? -

Este milagro del derecho, que consiste en dar a la empresa en crisis un gran espacio de maniobra, liberada de la presión, de la agresión a los bienes, obliga a preguntar quién paga esto. El acreedor, que en el tiempo ve postergada o reducida la posibilidad de recuperar sus créditos. El riesgo de esto es que coloca en crisis al acreedor, al crédito. Pero ahora el Derecho Concursal considera que primero es la empresa; después, el crédito.

-¿Cuánto influye en estas salidas el miedo a que el desempleo sea mayor aún?-El desempleo es causa y efecto: es el mal temido, el fantasma. Como la empresa es la que dispensa el empleo, preservarla es preservar el empleo. El

sistema francés lo dice cuando, en el desenlace de la empresa en crisis, decide que esta no quiebre, sino que se abra una licitación para que los interesados formulen una propuesta para quedarse con ella, reemplazando al empresario.

El objetivo es el mantenimiento del empleo y la continuación de la actividad. El interés de los acreedores aparece en segundo lugar. Este es ciertamente el aspecto más conmovedor: el desplazamiento de la propiedad del empresario infortunado. Hay una gran resistencia a eso. En el país, este instituto (*cramdown*) estuvo planteado en la Ley 24.522, pero el lobby empresario fue tal que logró que, en la reciente reforma de 2002, el empresario cesante pudiera competir con los terceros interesados para también tener él una segunda chance.” Claro que los abusos aparecieron y los fuimos señalando.

Pero se generaron juicios que constituyeron un despojo para los acreedores sin siquiera analizarse el aseguramiento de la viabilidad de la sociedad que obtenía un traspaso patrimonio de aquellos, al homologarse acuerdos confiscatorios.

De no asegurarse la tutela del crédito e incluso de la sociedad, vinculando todos los intereses en juego no podemos esperar inversiones serias. Estamos protegiendo a lo que la doctrina llamaba los empresarios incapaces o dolosos.

La temática juega en los límites de la responsabilidad, no de la societaria, sino de la teoría general del derecho de daños junto a algunas normas del derecho societario, cuando media culpa –cuando no dolo- por acción u omisión de administradores y socios.

Hace 21 años ensayamos sobre “Insolvencia societaria y responsabilidad”¹⁷⁰ donde después de un análisis de la realidad y normas vigentes señalábamos en torno a la crisis de sociedades, donde puede devenir daño y generar responsabilidad: “VIII. En Conclusión. Quien no demuestre capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proporcionando a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar a la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance; sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley las cosas seguirán como hasta ahora. El Síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. – Las problemáticas concursales –o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organizaciones de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19.550”.

¹⁷⁰ RICHARD, Efraín Hugo “EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA (insolvencia societaria y responsabilidad)” en Jurisprudencia argentina 2014-IV- fascículo 11 (10 de diciembre de 2014, pág. 18.

En el ensayo “Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”¹⁷¹, acotando “Los informes generales en los concursos señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros.

Situaciones muchas veces linderas a lo delictual¹⁷² son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar sociedades en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la ley de sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa.

Sosteníamos y sostenemos que los administradores societarios deben afrontar las crisis tempestivamente, particularmente poniendo la cuestión en manos de los socios, siendo generadora de responsabilidad la contratación con terceros en estado de cesación de pagos, y apuntando que la cuestión debía ser expuesta aunque sea primariamente en la Memoria¹⁷³. Insistimos sobre esto.

¹⁷¹ Este artículo se publicó en el II tomo página 1397 en *Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinado por Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, bajo el título equívoco de “Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales”, introduciendo además de la referencia a Responsabilidad de socios por pérdida del capital social, un “Introito” que se correspondía a una ponencia con este último título presentada por nosotros las Jornadas en Homenaje al Profesor Héctor Alegría, que se debatió en el mismo. Ese error material de unir dos trabajos puede haber generado (o generar) alguna perplejidad al lector y ello llevó a los Coordinadores a su republicación en el tercer tomo de *Derecho Económico Empresarial*, con su título y contenido original.

¹⁷² Ver el prólogo de Ernesto Martorell en *LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA*, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos, donde formaliza una imperdible apreciación constituyendo una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado y antijurídico del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE (acuerdo preventivo extrajudicial): “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude ... nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*”. PALACIO LAJE, *Carlos Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas, tipifica conductas delictuales en el actuar de esos administradores societarios que trazan un “plan de insolvencia” antes de presentarse tardíamente en concurso.

¹⁷³ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949. Ntos. “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1994, t. III, p. 1187; “*SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*”, año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia. No es otro el parámetro de los art. 96 y 99 LGS.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación¹⁷⁴, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de "irrazonabilidad" al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivajal que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si -como pensamos- se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el "timing problem" o tempestividad en la presentación) frente a las "red flags" que señalan el riesgo de insolvencia.

IX - LA VIABILIDAD DE LA SOCIEDAD, DE LA EMPRESA O DE SU OBJETO

Como venimos circunscribiendo, enfoquemos nuestra atención en la crisis del patrimonio social, que se vincula a la interacción del derecho societario en los procesos concursales.

Nos preocupa -como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión "conservación de la empresa", usado latamente, y recogida sin mayores explicaciones -o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia. La "reorganización de la empresa" es una especie dentro del concepto genérico de "conservación de la empresa".

1997 *Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral*; "Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección" en *Doctrina Societaria* n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss., "ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO" en *Revista Estudios de Derecho Comercial* del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70. "EL "BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS" Y EL "PLAN DE EMPRESA"" en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. "Crédito y plan de empresa" en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; "¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?" tomo I pág. 433. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; "Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?" conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss.; CARLINO, Bernardo "Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)" en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

¹⁷⁴ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 10551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. La diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Así la ley colombiana del 27.12.2006 –ya con varias reformas¹⁷⁵– manifiesta “Finalidad del régimen de la insolvencia.... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafo. Las normas societarias preventivas resultan del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, imponiendo el art. 13 ap. 6 presentar “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

A fuer de reiterativos: la viabilidad de la empresa debe asegurarse en el concurso de sociedades, conforme la previsión del art. 100 LGS¹⁷⁶.

Esa planificación se corresponde –si hay proceso concursal abierto– a la integración de la propuesta de acuerdo, y de no aceptarse esta lógica integradora tesis, deberá aceptarse que de haberse producido una causal de disolución –cuya declaración es innecesaria– se impone acreditar la viabilidad económica y social de la actividad, junto con la decisión del órgano de gobierno de remover esa causal –el referido art. 100 LGS.

Un juez no podría homologar una propuesta, en un concurso de sociedad, que no se refiera a la viabilidad de la actividad, por no cumplir requisitos previstos imperativamente por la ley societaria.

¹⁷⁵ SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo – RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José “Apuntes sobre la evolución del derecho concursal colombiano” en *Derecho Concursal “Trascendiendo paradigmas concursales” 8º Congreso Colombiano*, Ed. Capítulo Colombiano Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá 2014, pág. 65.

¹⁷⁶ Publicado en tomo 1 “Presupuestos y principios de los Concursos” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 611. Nuestra reiteración suena a las catilinaras “Delenda est Cartago”.

1. EFECTOS DE UN PLAN DE NEGOCIOS Y EL PROCESO CONCURSAL

Un plan de negocios, permitirá analizar a los socios la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión¹⁷⁷. Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad¹⁷⁸, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores.

La decisión de constituir una sociedad, determinar su patrimonio y luego guiar su funcionalidad esta ligada -conforme señala la ciencia de la administración y normas legales- a un plan de negocios.¹⁷⁹

La empresa es hoy el centro de atención no sólo del derecho comercial, sino a las políticas económicas para el desarrollo de la economía de una país y la generación de empleo. Siempre hemos sostenido que la empresa que no es autosustentable económicamente no es empresa. No es la utilidad que genera lo que le da vida, sino su viabilidad.

Esa viabilidad debe ser genética, aunque se prevea que sus primeros tiempos pueden ser deficitarios hasta instalarse en el mercado.¹⁸⁰

Incluso entendíamos que si se presentara en concurso, al explicar las causales de la cesación de pagos debía hacerse referencia a las previsiones preliminares para afrontarla, además de la procesal presentación en concurso.

También, como lo hace Lidia VAISER¹⁸¹, creemos que al integrar la propuesta de acuerdo con lo previsto en el art. 45 párrafo 4° LCQ, la referencia al régimen de administración debía integrarse con la posibilidad de cumplimiento del acuerdo que se intentaba.

¹⁷⁷ MARZAL ANTONIO *Empresa y Democracia económica*, Ed. Argot, Barcelona 1983.

¹⁷⁸ BEAVER, WILLIAM "Financial Ratios and Predictors of Failure", en *Empirical Research in Accounting, Selected Studies*, suplemento del Journal of Accounti research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron -ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamiento mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

¹⁷⁹ "EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)", en libro colectivo "Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia" Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

¹⁸⁰ "EL ART. 100 de la LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA FUNCIONALIDAD EMPRESARIA" en elDial.com Express Newsletter Jurídico, n° 4549, año XVIII, miércoles 24 de agosto de 2016.

¹⁸¹ LA LEY 1999-D, 1073.

Pero la doctrina concursalista evade esa interpretación, considerándola apetecible pero de *lege ferenda* y, por tanto, no exigible, lo que permite que una sociedad deudora pueda ocultar sus posibilidades. Las posiciones negativa y positiva de su obligatoria presentación en el concurso se sintetizan en las posiciones que hemos mantenido con Dario Graziabile¹⁸², agregando en esta comunicación algunos argumentos que van más allá de lo deseable del plan – donde existe unanimidad- sino en su obligatoriedad.

Sobre el punto el Profesor Bernardo Carlino¹⁸³ explica: “Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard¹⁸⁴, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el “plan de negocios” como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible. La Memoria se constituye en una pieza central para albergar el mismo, ya que de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el Balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico..., ahora estamos en condiciones de percibir la afinidad del plan de negocios con la Memoria -o viceversa- y hacer de esta obligación legal de los administradores societarios la pieza central de la prevención de la crisis de la empresa..., de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros. ... el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros”.

En estado de insolvencia o cesación de pagos, apuntan Araya y Olivera García, cualquiera sea el origen que afecta la funcionalidad patrimonial de la sociedad, no debería continuar su actividad o debería afrontar soluciones si patrimonialmente no resisten un “*insolvency test*” (*equity insolvency test, balance*

¹⁸² GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo “*Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación*” en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: “VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

¹⁸³ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo, donde podrá consultarse íntegramente.

¹⁸⁴ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “*Ensayos de Derecho Empresario*” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

sheet-based test, bankruptcy test)¹⁸⁵, o sea un análisis para la planificación.

Al margen de la legislación concursal, remarcamos cambios que han sido ignorados. La ley general de sociedades, en el año 2015 incorporó al art. 100 el requerimiento, si se intenta revertir la constatación de una causal de disolución, de acreditar “si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”, sin duda aplicable en los concursos a tenor de la referida norma del art. 150 ap. a CCC, que revisamos al referirnos a las normas imprativas. Este recaudo y su exigencia por el juez concursal impone una integración interpretativa del sistema de crisis de sociedades. El sistema de derecho societario atiende –supone– que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social o ante la pérdida del capital social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios¹⁸⁶.

No podemos dejar de incorporar las recientes afirmaciones de Karsten Schmidt, a quién habíamos hecho este año un homenaje¹⁸⁷, que hemos podido leer, ligando al derecho societario con el concursal¹⁸⁸ y propiciando la capitalización del pasivo: “...aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario....resulta evidente que se ha ido distanciando cada vez más del abordaje académico y se aboca cada vez más a la práctica... El Reglamento Concursal Alemán, vigente hasta el último fin de siglo. Consistía en 240 artículos, pero sólo 7 de ellos hablan de sociedades comerciales... durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal... Para la práctica,

¹⁸⁵ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.; OLIVERA GARCÍA, Ricardo *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, capítulos en torno a capital social, part, el XI *La crisis del concepto de capital social* pág. 247 y ss..

¹⁸⁶ MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar

¹⁸⁷ RICHARD, Efraín Hugo “EL CONCURSO DE SOCIEDADES”, I – RECUERDOS Y EL HOMENAJE. II – SU PENSAMIENTO EN LA CUMBRE. III – UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS. IV – LA REALIDAD. V – EL RIESGO. VI – LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA. VII – LA VIABILIDAD. VIII – NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO. IX – LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS. X – ASUMIR LAS PÉRDIDAS. LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD. XI – ¿ES HOMOLOGABLE JUDICIALMENTE UN ACUERDO EN ABUSO DE DERECHO O FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA? XII – CONCLUYENDO Y RESUMIENDO. Con los recuerdos de los encuentros con distinguidos juristas en La Cumbre en el año 2000, que influyeron en nuestra forma de pensar, volvemos a rememorar un viejo tema así inspirado: el enfoque interdisciplinario de las crisis societarias. En Revista Electrónica 2019 Departamento de Derecho Empresario U.B.A.

¹⁸⁸ En una visión de la enseñanza del derecho societario y concursal que nos preocupa: RICHARD, Efraín Hugo “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresario.... - ¿Cuál es la estructura del capital en una sociedad concursada y quién decide sobre las medidas a tomar con el capital?... El objetivo del procedimiento de insolvencia es satisfacer conjuntamente a los acreedores de un deudor mediante la liquidación de sus bienes y la distribución del beneficio o mediante el establecimiento de un acuerdo diferente en un plan de insolvencia, en particular para conservar la empresa... Esta ley del año 2008 ha fortalecido el Derecho Concursal, ante todo frente a la Ley de sociedades. Pero hubo intromisiones más fuertes aún de la legislación concursal en el derecho societario por la “Ley para simplificación del saneamiento de empresas” del año 2011... Esta nueva ley le otorga un nuevo poder al Derecho Concursal y al Proceso de Planificación de Concursos sobre las sociedades... El leitmotiv de mi conferencia será el Debt-to-Equity-Swap, en ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores....constituye un proceso genuinamente jurídico y se inserta exactamente en la interfase entre el derecho societario y el derecho concursal.... Pero también es cierto no es una medida de saneamiento específico del Derecho Concursal, sino un instrumento clásico del derecho societario....: se trata del saneamiento de una empresa mediante depuración del balance.... Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores... El plan puede contener cualquier disposición permitida por el Derecho de sociedades, en particular la continuación de una sociedad disuelta o la transferencia de acciones o derechos de socios... EN el proceso de planificación se insolvencia este control a dedo se sustituye por la resolución mayoritaria de los grupos de interesados y por la confirmación judicial. Si el Derecho concursal meramente ejecutivo del pasado se ha transformado en un moderno derecho procesal de insolvencia que incluya la reorganización, esto se debe ver como un gran progreso. Pero he destacado siempre, que el “saneamiento libre”, fuera de un proceso de insolvencia, también merece reconocimiento siempre que no se lleva a cabo a costo del acreedores o incluso con una dilación punible de la insolvencia”... Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”¹⁸⁹. Párrafo con el que cierra su conferencia tan motivadora para las ideas que venimos desarrollando en este trabajo, particularmente en nuestro país por la disposición del art. 150 a. CCC que hemos referido, anticipándose a la crisis y eventualmente no usando o abusando del proceso concursal.

¿Qué debe hacerse cuando la crisis que se avizora y que puede llevar a la cesación de pagos o la insolvencia de la sociedad? Tal situación que algunos llaman crisis o “zona de insolvencia” (*red flags*, en el derecho americano) impone que los administradores de la sociedad se formulen un plan para tratar de superar la cuestión. Las acciones que desarrollen conforme ese plan no pueden generarles responsabilidad, salvo falta total de razonabilidad del mismo juzgado a la fecha en que fue formulado internamente, o de actuación dolosa de los mismos (ver las derogadas normas de los arts. 125-1 y 125-2 Ley n° 19551 reformada en el año 1983). Pero si al fracasar se advirtiera su falacia, al existir daño por impagos se mantendría la responsabilidad prevista por los arts.

¹⁸⁹ SCHMIDT, Karsten “El derecho societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en Revista Comercial y de las Obligaciones 297 Bs. As. Agosto 2019, pág., Cita Online; AR/DOC/2254/2019.

99 LGS y 167 in fine CCC (“sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas” art. 100 última parte primer párrafo).

A fortiori de la exigencia de ese plan de negocios en el proceso concursal, el legislador omitió consignar a qué se refiere con la expresión “evolución de la empresa” (inc. 12 del art. 14 ley n° 24.522 -LCQ-), que debe responder a un planeamiento para posibilitar eventuales “prontos pagos”. El informe sobre la evolución de la empresa esta siempre a cargo del órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria u otros documentos, y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ellos. A falta expresa de previsión debe entenderse que es la concursada -que continúa con la administración bajo sus propios órganos- debe informar mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá -sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ello.

Sólo el “empresario”, de manera subjetiva y personal, siguiendo principios de racionalidad económica, es quien decide qué parte de los fondos líquidos se afectarán para determinadas obligaciones y cuales no. Se advierte nuevamente la tensión al ignorar las obligaciones de la concursada, particularmente de sus administradores de presentar un plan -base de la teoría de la administración empresaria-, dejando la crisis al voluntarismo de la sociedad incumplidora (por parte de administradores y socios), impidiendo un análisis serio de la prospectiva o viabilidad de la empresa.

Agudamente Carlota Palazzo¹⁹⁰ ha señalado que este artículo en su novedosa redacción “constituye un aporte interesante desde la preconcursalidad ya que introduce en la instancia societaria la obligatoriedad, para remover las causales disolutorias, de una valoración y pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad de la subsistencia de la actividad de la sociedad. Sin embargo su radio de acción parcial en la instancia concursal (supuestos de los incisos 4 y 5 del artículo 94 ley 19.550); requisitos de aplicación (juicio de los propios socios acerca de la viabilidad) y, consecuencias de una eventual inexactitud en la aseveración de la existencia de viabilidad (acciones de responsabilidad); arrojan dudas si podrá constituirse realmente en una herramienta que coadyuve a evitar la utilización abusiva del concurso por parte de sujetos inviables”. Pero aún dentro de esa limitación al asumir el supuesto de insolvencia (art. 94 inc. 5 LGS) o el de insuficiencia patrimonial para el cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4 LGS) , abarca la mayoría de las cuestiones patrimoniales que llevan a que una sociedad sea presentada en concurso, incluso en A.P.E. y sin duda debería acotar la abusividad de las propuestas que se intenten¹⁹¹, cuando no el fraude a las normas imperativas de

¹⁹⁰ “El art. 100 de la ley 29550 como herramienta preconcursal” en Estudios de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404, pág. 173 de la Revista Electrónica *Estudios de Derecho Empresario* n° 13 en el Portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁹¹ El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza - Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

la LGS –art. 12 CCC-.

La norma ha concitado juicio favorable¹⁹², señalándose “El art. 100 LGS al establecer en el ordenamiento nacional la reactivación, adiciona a la condición de remoción de causales de disolución, por vía de la ‘eliminación de la causa que le dio origen’ otra condición respecto de la cual no hemos encontrado precedentes ni en la legislación italiana, ni española, y menos aún en la portuguesa que es la primera en el tiempo que la consagró en forma muy deficiente. – Se trata de la existencia de ‘viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad’. En tal sentido, será conducente referir al concepto de empresa que constituye el común denominador del régimen societario y, de consuno a sus características sustanciales, las que, naturalmente constituyen los lementos de su viabilidad. El particular énfasis puesto en esta condición significa una expresión notable referida a la potenciación a la personalidad jurídica en plenitud que habilita a la sociedad, forma instrumental de la empresa, a su recuperación aún cuando los contrastes significados por las causales de disolución enumeradas en el art. 94 la hubieran condenado a la urgente extinción”.

Por otra parte debemos afirmar que el requerimiento del art. 100 LGS, que se genera en forma indisponible cuando se ha comprobado una causal de disolución, debe ser exigido insoslayablemente por el juez concursal antes de homologar el acuerdo, al margen de otras consideraciones para ello. La existencia de causales de disolución de los incs. 4 ó 5 del art. 94 LGS pueden surgir de la Memoria de la administración de la sociedad concursada, o de un balance, aprobado o no, o del informe general del síndico que de cuenta de insuficiencia patrimonial, y muy especialmente de la declaración de verdad realizada para lograr la apertura del concurso preventivo, de que la sociedad está en “cesación de pagos”, lo que implica reconocer la existencia de la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS (pérdida del 100% del capital social o sea patrimonio neto negativo).

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien, así lo hemos recordado, y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver¹⁹³, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subrayó que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad

¹⁹² DASSO, Ariel Ángel *La reactivación societaria – Trabajo Doctoral Honoris Causae*, Ed. Universidad de San Pablo T, Tucumán 2016. Libro distribuido en ocasión del discurso del autor al recibir su merecido reconocimiento como Doctor Honoris Causae de la Universidad Editora, acto en que tuvimos el placer de acompañar al distinguido jurista y amigo, con quien mantenemos públicas y cordiales disidencias, en nuestro decidido y común esfuerzo de construir una interpretación adecuada del sistema jurídico.

¹⁹³ “Los administradores societarios y la insolvencia” en SUMMA SOCIETARIA, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

económica...". Ahora debe hacerlo a tenor del art. 100 LGS, aunque se soslaye la interpretación sistemática que hemos formalizado de las propias normas de la ley concursal que regula el proceso.

Se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores¹⁹⁴. El instrumento de técnica de organización empresarial *sociedad* no está diseñado para dañar y por ello se han impuesto normas para evitarlo. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante¹⁹⁵.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes¹⁹⁶ que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios. La reticencia de los concursualistas argentinos para considerar exigible a la sociedad concursada un "plan de viabilidad" es notable, pero fue sorteada en una reciente resolución judicial del Juzgado Nacional en lo Comercial n°5 Buenos Aires, de abril 11 de 2018, en los autos "Oil Combustibles S.A. s/ concurso preventivo" ante la renuncia al período de exclusividad y la necesidad de cumplimentar el art. 48 ley 24522 en orden a la conservación de la empresa por el Juez Javier J. Cosentino que dispuso: "d) Plan de negocios: i. Oil Combustibles posee una refinería con instalaciones industriales complementarias, algunas de ellas inactivas. Pone en funcionamiento nuevamente la planta implica poseer capacidad técnica con un equipo de profesionales adecuados y un proyecto técnico y financiero preciso al efecto.... iii... Todo ello implica disponer de recursos humanos con suma capacitación, y recursos materiales suficientes para llevar adelante la operatoria comercial compleja propia de la sofisticada actividad de la que se trata. En consecuencia, el interesado deberá presentar un detallado plan de gestión del negocio que contemple:...", ingresando en prolija enumeración de los recaudos con que se debería acreditar la capacidad técnica y económica del oferente para viabilizar la actividad empresarial.

La inviabilidad de la sociedad no debe confundirse con la inviabilidad de la actividad o actividades empresariales que desarrolla, pues las causales de inviabilidad de aquella puede resultar de otros presupuestos ajenos a la viabilidad de la actividad.

Es fundamental asegurar la consistencia dinámica del patrimonio de la

¹⁹⁴ SPOLIDORO, Marco Saverio "Il capital sociale", en "Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti" collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

¹⁹⁵ BEBCZUK, Ricardo N. "Información asimétrica en mercados financieros", Cambridge University Press, Madrid 2000 pág. 9.

¹⁹⁶ "¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un "obiter dictum" de la Corte)" en libro colectivo AAVV "Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos", publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial - 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

sociedad en crisis. Es un problema de sustentabilidad y de evitar dañar, asumiendo responsabilidad.

2. EL PLAN DE INSOLVENCIA

Ese plan de negocios no se presenta naturalmente ante la crisis de la sociedad, aunque debería presentarse¹⁹⁷. El penalista Carlos Palacio Laje sostiene que siempre existe, pero no se presenta porque se ha convertido en un plan de insolvencia para intentar que las pérdidas no las soporten los socios sino los acreedores, y a partir de su opinión¹⁹⁸ “se advierten como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo) que constituyen un subgrupo de delitos de intención”. ...Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería, con una descripción que se corresponde con los informes generales que los síndicos que presentan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebras) de sociedades que han venido operando en insolvencia. Ello se califica como *ardid*, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. ... refiriéndose a la figura del art. 174, 6º, CP. que tipifica el delito penado con 2 a 6 años que consagra en su primera parte como “*el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios*”, con afectación del patrimonio como prenda común.

Sobre el plan de insolvencia no podemos dejar de agradecer al juez Vitale que -en su fallo revocado en el caso Oil Combustibles S.A.- nos alentó: “...comparto la interpretación que da el Dr. Efraín Hugo Richard en el sentido que cuando se acude al fraude concursal se presenta una situación que formaría parte de un plan de insolvencia (“Primera visión cualitativa de propuestas írritas en concursos de sociedades comerciales”, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, 2006, Tº I, pág. 727)”, y allí recordamos muchas ilicitudes conforme el plan de insolvencia¹⁹⁹. Situaciones similar describimos alguna vez en “Economía del Derecho”²⁰⁰, sobre una suerte de ganancia posiblemente inexistente si los créditos a las vinculadas o controlantes o controladas eran total o parcialmente incobrables, pues se había estado ocultado algo más grave que es el “estado de insolvencia”, evitando la aplicación de las normas imperativas de los arts. 94.5,

¹⁹⁷ PALAZZO, Carlota “El art. 100 de la ley 19.550 como herramienta preconcursal”, pag. 173. Estudios de Derecho Empresario n° 14.

¹⁹⁸ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

¹⁹⁹ “PRIMERA VISIÓN CUALITATIVA DE PROPUESTAS ÍRRITAS EN CONCURSOS DE SOCIEDADES COMERCIALES” (Concursos con propuestas írritas - Enriquecimiento sin causa de socios) Publicado en libro colectivo “VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA” (Santa Fe 2006), tomo I MORALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES, pág. 723.

²⁰⁰ “LA ECONOMÍA DEL DERECHO en Revista LA LEY, Sección Actualidad Pág.2 y ss., día 18 de abril de 1989

96 y 99 LGS, con la interpretación que ahora apoya y clarifica en su defecto el art. 167 CCC.

3. LA VIABILIDAD Y LA TEMPESTIVIDAD EN EL OBRAR

¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”²⁰¹.

Esta apreciación cumpliría la finalidad prevista en el art. 100 LGS, pero de no haberse incorporado en el momento oportuno, deberá formalizarse cuando se intente remover la causal disolutoria, eventualmente cuando se pretenda la homologación de un acuerdo concursal.

Queda así en claro que ante la crisis y recurriendo al concurso, los administradores y socios deben en su propuesta asegurar la conservación de la sociedad, perfilando por lo menos la viabilidad de su actividad y el no perjuicio a terceros.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa", y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, generando un *plan de negocios*, que se corresponde sea aunque sea insinuado en la Memoria anual, o en el informe a los socios, y esto tiene respuesta en el derecho societario como hemos acreditado.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica²⁰², sino solidaria²⁰³, lícita y viable.

²⁰¹ PALMERO, Juan Carlos "Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal" en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización", Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

²⁰² Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. RICHARD, Efraín Hugo "La conservación de la empresa" cit..

Nos hemos explayado en “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”²⁰⁴, en “La planificación preconcursal”²⁰⁵ y en “Por la eficiencia del sistema concursal: Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”²⁰⁶, entre otros.

A riesgo de repetir, insistimos que la Memoria que acompañe un Balance del que resulta la pérdida del capital social –causal de disolución uniforme en el derecho comparado- o un pasivo corriente mayor que el activo corriente impone una explicitación sobre las conductas a seguir por socios o previsiones de los administradores. ¿Se puede suponer que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro, y contratan con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir las obligaciones conforme los están asumiendo? Contraria, además de normas generales de la actuación de buena fe los códigos de conducta impuestos por la teoría de la “Responsabilidad Social Empresaria”.

X - CONSISTENCIA Y CRISIS DEL PATRIMONIO SOCIAL

Como anticipamos la viabilidad de una sociedad y de sus objetivos está vinculada al capital social que forma el patrimonio de ese sujeto o persona jurídica.

La tensión entre intereses aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Volvemos al interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho²⁰⁷, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en tales casos frente a los acreedores y terceros, y deben centrarse en la viabilidad de la actividad y en no dañar. La

²⁰³ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

²⁰⁴ En libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

²⁰⁵ Comunicación al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en PUNTA DEL ESTE, República Oriental del Uruguay, 12/14 de Noviembre de 2008, hace algo menos de once meses.

²⁰⁶ Comunicación al III Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “Por la eficiencia del sistema concursal”, Barcelona, dic. 2007.

²⁰⁷ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente pág. 67, en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti* collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

Un eje fundamental debe tener en cuenta la subcapitalización material constitutiva o sobrevenida –o subpatrimonialización-, distinguiendo la subcapitalización nominal o formal, que ocurre cuando la sociedad está dotada de un capital social de importe muy reducido, que no aseguraría el cumplimiento con el patrimonio neto respecto al objeto social. En este caso no necesariamente hay una subcapitalización material, y no hay alteraciones del riesgo de empresa, no configurándose por tanto ningún efecto sobre la responsabilidad. Pero esta es una zona gris que no abordaremos²⁰⁸. Pero la infrapatrimonialización material puede no demostrarse claramente, dando lugar a zonas grises. En cambio la función de garantía del capital social, siempre relativizada, cumple una función realmente preventiva de la insolvencia²⁰⁹.

En el caso de la crisis de la persona humana el riesgo es de los acreedores pues hay un solo patrimonio en juego, propiedad del mismo responsable de las decisiones. Pero en el caso de crisis de sociedades el riesgo es de los socios conforme la tipificación de una relación societaria –art. 1º LGS-, remarcado por el art. 1º del Anteproyecto de Ley General de Sociedades de junio de 2019.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto de ley concursal novedoso, simple y disuasivo, en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²¹⁰.

Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o

²⁰⁸ HOLZ, Eva "Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia", pág. 401; RICHARD, Efraín Hugo "El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad societaria", pág. 415, ambos en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV Directoras Eva Holtz – Rosa Poziomek, Ed. Facultad de Ciencias Económicas y la Administración, Universidad de la República, Montevideo 2014.

²⁰⁹ RICHARD, Efraín Hugo "LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL FRENTE A LA AGENDA CONCURSAL –ESTUDIO COMPARATIVO- ENSAYAMOS SOBRE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU VINCULACIÓN A LA CRISIS, APRECIANDO LA NATURALEZA DE SUS NORMAS Y LA INTERACCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL SIGUIENDO LAS ENSEÑANZAS DE EMILIO BELTRÁN, CON VISION COMPARATISTA", en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

²¹⁰ En "DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto*. Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”²¹¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”²¹², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las reformas española de la ley de sociedades y la italiana²¹³, en compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²¹⁴.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “*La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación*”²¹⁵.

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento²¹⁶.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El análisis de ciertos aspectos vinculados a estos aspectos son dirimentes para entender el *obiter dictum* de nuestra Corte en el

²¹¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

²¹² DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

²¹³ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugrío-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

²¹⁴ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

²¹⁵ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

²¹⁶ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en *Rivista delle Società* anno 57º, noviembre-diciembre 2012 fas. 6º, pág. 1353.

caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es última alternativa para solucionar la crisis societaria²¹⁷.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores²¹⁸, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”²¹⁹. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos.

Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica²²⁰.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso por no ejercerse contra un sujeto concursado, ni afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.²²¹

XI - SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Las soluciones primarias son de conservación de la misma sociedad, pero indirectamente de la o las empresas que explote, dirija o coordine. Ahondamos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o aumentar el capital por aporte de los socios, capitalizando el

²¹⁷ RICHARD, Efraín Hugo “DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE” , en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

²¹⁸ MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

²¹⁹ MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” cit. pág. 1309.

²²⁰ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

²²¹ RICHARD, Efraín Hugo “AMANECE, QUE NO ES POCO... (Sobre crisis societarias)” en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Editorial FIDAS, Director Ricardo A. Nissén, año 16, 2015 Nos. 2/3, pág. 99, Buenos Aires abril 2016.

pasivo²²² o de terceros, o constatada contablemente la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

La pérdida del capital social, que configura causal de disolución, tiene solución en el art. 96 LGS, que constituye una opción imperativa: "*Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento*".

El derecho societario argentino no impone ningún plazo para la remediación, sólo la responsabilidad si se genera daño -art. 99 LGS-.

Se incentiva de este modo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y provisiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomente su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores. Es una suerte de scheme de arregement del derecho concursal inglés.²²³ Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LGS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación -con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar

²²² Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

2. ²²³ RUBIN, MIGUEL EDUARDO "LECCIONES DE ESPAÑA SOBRE LO QUE NO HAY QUE HACER PARA QUE EL SISTEMA CONCURSAL FRACASA PERMANENTEMENTE" EL DERECHO, DIARIOS DÍAS 14 Y 15 DE AGOSTO DE 2019, PARTICULARMENTE NOTA 154 SOBRE EL ESTADO DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN 2014. DE ESA FECHA PUEDE VERSE RICHARD, EFRAÍN HUGO "NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO" EN REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL, EDITORIAL LA LEY,. RPC 20/2014, RESEÑA LEGISLATIVA ESPAÑOLA Y COMPARADA. MADRID 2014, PÁGS.. 423 A 446: NO PUEDE PRETENDERSE QUE LAS CRISIS ECONÓMICO PATRIMONIALES DE LAS SOCIEDADES SEAN RESUELTAS POR EL DERECHO CONCURSAL, PARTICULARMENTE POR SER PREVENIDAS POR NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA. ÉSTAS ACTÚAN COMO SISTEMA PRECONCURSAL, DEJANDO A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL COMO UN REMEDIO MARGINAL. ESTA VISIÓN, A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA SE CORRESPONDE A LAS SIMILARES, A PARTIR DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL DERECHO COMPARADO. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL ES UNA CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD, QUE NO ATENDIDA GENERA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y CONDICIONA QUITAS EN ACUERDOS CONCURSALES QUE CABRIA TACHAR DE ABUSIVAS Y EN FRAUDE A LA LEY.

reconocimiento de prima o posibilidad de rescate-. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ. Esa solución aparece perfeccionada en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades de junio de 2019. Ya habíamos referido la conferencia de este año de Karsten Schmidt centrada en el “*Debt-to-Equity-Swap*”, con el ingreso de acreedores a la sociedad, como un proceso genuinamente jurídico insertado entre el derecho societario y el derecho concursal. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²²⁴.

Como venimos predicando, la abusiva quita –que empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantes- puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad.

Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad²²⁵, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores²²⁶, quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la deudora, en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones²²⁷.

El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas. Así lo recordaba Karsten Schmidt en el año 2000 en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la

²²⁴ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” cit. pág. 1310

²²⁵ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Artículo 156. Aumento por compensación de créditos”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), Thomson Civitas, Madrid, 2006, t. VII, vol. 2º, pág. 197.

²²⁶ Vid. al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., “El aumento del capital por compensación de créditos”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., y otros (coords.), Civitas, Madrid, 1994, t. III, vol. 1.º, pág. 365.

²²⁷ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), Bosch, Barcelona, 2013, pág. 330.

Insolvencia que organizamos en La Cumbre. ²²⁸

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado, resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podría responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Como señaló la jurisprudencia²²⁹ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y -eventualmente- la capitalización del pasivo.

XII - LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO DISPARADOR DE SOLUCIONES

Los problemas patrimoniales de la empresa, organizada libremente como sociedad, son abordados en esa causal de disolución de “pérdida del capital social”²³⁰. Es para asegurar la conservación de la empresa.

La previsión de ley uruguaya de sociedades²³¹ impone la causal de disolución con la pérdida del 75% del capital social, permitiendo su reintegro o capitalización, y dispone la apertura del concurso cuando la pérdida alcanzó al 100 del capital social. La ley argentina exige la pérdida del 100%, pero no fija plazo para la remediación, como hemos comentado. Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno

²²⁸ SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *DE LA INSOLVENCIA. II CONGRESO IBEROAMERICANO Héctor Cámara - Francisco Quintana Ferreyra IN MEMORIAM* Ed. Fespresa, Córdoba 2000, tomo III pág. 751.

²²⁹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

²³⁰ “Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. RICHARD, Efraín Hugo. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

²³¹ RICHARD, Efraín Hugo “UNA VISION RIOPLANTENSE SOBRE LAS CRISIS SOCIETARIAS Y COMO ABORDARLAS ¿Un problema del derecho concursal? (AN ARGENTINE PERSPECTIVE ON CONFRONTING CORPORATE CRISIS: Is this a Bankruptcy Law Issue?)”, en n° 8 de la Revista de Derecho *Publicación de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica de Uruguay.

derecho.²³²

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad.

Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, aportes irrevocables –capitalizados, agregamos-)²³³. Una visión más formal llevaría a pensar que la causal se ha generado cuando el pasivo excede al pasivo en una cifra superior al capital social estatutario y no se intentan capitalizar otros importes positivos del patrimonio neto para revertir la pérdida y reconstituir el capital estatutario como cifra de garantía para los terceros y la sociedad.

¿Cuándo se genera esa causal de disolución? La cuestión es cuándo objetivamente queda reconocida la existencia de esta causal por los administradores y por los socios. La respuesta fluye de la realidad: indubitablemente los primeros cuando preparan el proyecto de balance y por tanto debería contener la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaran. Desde ese momento la causal pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley.

De inmediato debe interrogarse si ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación de la sociedad. Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 LGS la causal de disolución puede enervarse, en cualquier momento a nuestro entender. Ricardo Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance.

Fourcade apuntaba que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las

²³² VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

²³³ FUSHIMI, Jorge Fernando “Sobre el reintegro del capital en las sociedades anónimas”, en publicación referida en nota 48 pág. 427, específicamente 428. NISSEN, Ricardo A. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., quien transcribe parte de la Resolución 055 de la Inspección General de Justicia de fecha 14.1.2002 en “Duque Seguridad S.A. “Antes de hacer el cálculo para constatar la existencia de la causal disolutoria consistente en la pérdida del capital social, hay que revalorizar el patrimonio social, computar sólo el pasivo hacia terceros y luego absorber las pérdidas en término con las reservas y sólo después proyectar su remanente sobre el capital social. Además debe tratarse de una pérdida definitiva y no meramente circunstancial”. Agregamos que esas operaciones deben ser serias, reflejarse en la reunión donde se descartó la obligatoriedad del reintegro o el aumento de capital social para poder continuar las operaciones, y que quedará cuestionada si posteriormente la sociedad se concursa o quiebra.

operaciones en curso. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria – conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LGS. Si luego el patrimonio social es insuficiente para atender a los acreedores el daño se habrá consumado y la responsabilidad prevista se patentizara.

¿Por qué antes de la presentación en concurso, o en el momento de ratificar tan onerosa vía, los socios no optan por la solución prevista en el art. 96 LGS? Será porque la cuestión no ha sido sometida a su consideración ni advertido el riesgo de asumir responsabilidad que importa esa ratificación.

Es posible que en análisis del balance de presentación y del monto de la reintegración del capital social, los socios pueden dubitar sobre si deben hacerlo por el monto original u otro monto, y también porque no tienen idea de la responsabilidad que puede imputárseles. Pero en los procesos concursales no se habla de esto.

El monto sería el que requiera la situación patrimonial y no meramente la cifra nominal del capital original, pues la pérdida que registrara el balance podría ser muy superior al mismo. El desembolso por reintegro debe ser tal que permita equiparar el activo con el pasivo y recomponer la cifra del capital social. La decisión de reintegro adoptada en el caso de sociedad anónima por asamblea extraordinaria con mayorías agravadas, impone a todos los socios la obligación –salvo ejercicio del derecho de receso sin valor económico evidentemente, pero que evita la obligación de reintegrar-.

No necesariamente la ley impone la reintegración para evitar la liquidación. La opción es capitalizar la sociedad por los socios –ejerciendo derecho de preferencia y de acrecer en su caso- o por terceros.

Fushimi²³⁴ sostiene que de ninguna manera el reintegro del capital puede ser obligatorio para los accionistas. No es posición mayoritaria en doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “*reintegre o receda*”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LGS, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Sostiene con la mayoría de la doctrina que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito²³⁵.

²³⁴ FUSHIMI, Jorge F. y nosotros, comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635.

²³⁵ Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y estos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de receso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que cero, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “*reintegre o receda*”, apunta el mismo Fushimi.

Consideramos que este análisis de Fushimi encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida²³⁶.

“Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.), quien establece que: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) in fine de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”²³⁷.

Dasso²³⁸ expresa *“Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ... Si bien el derecho de receso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes- con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos-, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el receso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.*

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias frente a terceros y sólo modifica el balance.

Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado

²³⁶ HAGGI, Graciela A. “El reintegro del capital social” en AAVV dirección Laura Filippi y Maria Laura Juarez *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje del profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2001, pág. 193. NISSEN, Ricardo A. “La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales”, cit. pág. 77/78. Van Thienen, Pablo A. *Pérdida total del capital social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón* en Revista de las Sociedades y Concursos n1 27 marzo abril 2004, pág. 81; NORTE SABINO, Osvaldo J. *Reintegro del capital social* en Impuestos XLI A p. 495.

²³⁷ NORTE SABINO, Osvaldo J. “Reintegro del Capital Social” - Impuestos XLI - A - Pág. 495, En igual sentido, se expide VAN THIENEN, Pablo A. “Pérdida Total del Capital Social: ¿Reintegro, aumento u operación bandoneón?” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 27 Marzo / Abril 2004, pág. 81.

²³⁸ DASSO, Ariel Ángel *Tratado del Derecho de separación o receso del socio y del accionista (Derecho Argentino y Comparado*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 301.

substantialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LGS.

Por eso es más factible la capitalización del pasivo. Parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello, como otras soluciones receptadas en el derecho comparado a las que hemos hecho referencia más arriba.

De no tratarse la causal de disolución una vez acreditada, sin asegurar la conservación de la empresa, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes.

Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo. La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art. 99 LGS agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores. Estas son las previsiones actuales del art. 99 LGS integrado por el art. 167 in fine CCC, que dispone “*En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al afecto*”.

Se ha llegado a sostener que en tal caso la sociedad torna en irregular, y en tal supuesto todos los socios o accionistas serían responsables, no así en la interpretación que formalizamos del art. 99 LGS, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se

beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables.

(c) Los alcances de la responsabilidad también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurrir en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros, claro que en todos los casos se deberá acreditar la existencia de daño.

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes, de la sociedad, lo que -a su vez- podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

No cabría duda que el efecto responsabilisatorio de la norma del art. 99 LGS, que alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u omitan el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños derivados de la insolvencia, o sea un sistema de preconcursalidad, fincado en toda la ley societaria y específicamente en los arts. 94 5°, 96 y 99 LGS.

¿El art. 99 LGS alcanza a las deudas postconcursoales? No aparece en nuestro derecho una opción para los administradores, como en España²³⁹ e Italia, y administradores y socios -al aceptar la continuación del giro social sin asumir ni el reintegro del capital social ni su aumento, quizá en búsqueda de que el problema sea asumido por los acreedores a través de quitas y esperas²⁴⁰-, deberán afrontar la responsabilidad del art. 99 LGS para el caso de una ulterior quiebra²⁴¹.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?

²³⁹ Conforme a ley publicada el 3 de julio de 2010, prevé en el art. 367 la responsabilidad de administradores que no convocaran a asamblea o, en su caso no presentaran en concurso a la sociedad en el término de 60 días de constatada la causal de disolución.

²⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo "SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?" en Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss.

²⁴¹ RICHARD, Efraín Hugo "CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)", en *Tratado de los Conflictos Societarios* -Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios²⁴². Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

Toda esta normativa confirma el sistema societario de conservación de la empresa.

XIII - LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES

El art. 1º LGS define la esencia de la relación societaria, la consecución del objeto social repartiendo las ganancias y soportando las pérdidas, en favor o a cargo de los socios.

En Derecho Societario, dentro del sistema de Derecho Privado, es necesario considerar la tipicidad de primer grado (tipología societaria) -de una supuesta relación societaria para determinar ciertos efectos, pues es secundario referirse a los tipos societarios o tipicidad de segundo grado (tipicidad societaria)²⁴³.

Si bien el Art. 1. LGS norma "*Concepto. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas*", el art. 21 LGS ref. Ley 26994 amplía el concepto de sociedad, excluyendo la "forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley".

Por ello, si hay sociedad es nula toda cláusula que altere esa causa del negocio, conforme el art. 13 LGS, en apartado "1. Que alguno o algunos de los socios ... sean liberados de contribuir a las pérdidas", pues se generaría una atipicidad de una relación societaria, debiendo descartarse ello.

Nuestra sorpresa -ante tales normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su obligación, además de correr el riesgo operativo y asumir las pérdidas, y ante ellas de capitalizar, requieren a los acreedores una quita que los

²⁴² En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso "Trottar S.A. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)" - CNCOM - 30/06/2010 "...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de "subsidiaria" la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8º de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de "solidaria e ilimitada". "Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente." eDial.com, 12/08/10.

²⁴³ Utilizamos la terminología que compartimos con Orlando Manuel MUIÑO en *DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Astrea, Buenos Aires, la. Edición 1997 págs. 49 y ss, 133 y ss., donde también pueden verse otras notas.

empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensen que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

En el caso "Von Sanden" se impuso la responsabilidad solidaria de los socios ante la falta de patrimonio de la sociedad, en un fallo ejemplar fundado en el perjuicio a terceros y el art. 54 LGS.²⁴⁴

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente.

Se especifica, sin contradecir ello y conforme el art. 1° LGS, pues "la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal"²⁴⁵.

Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: "soportar las pérdidas", no es siquiera "participar" en las pérdidas".

Las múltiples "finalidades" de los socios se objetivan en dos datos causales finalísticos, uno estructural, organizarse en un ente personificado, y otro funcional, el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido, que permitirá obtener la causa mediata y posible participación en las utilidades, bajo el riesgo de soportar las pérdidas. Ninguna de las dos causas (la inmediata y la mediata) puede ser desconocida. Ni la pretensión de la utilidad puede hacer sucumbir la causa de cumplimiento del objeto social, ni el perfeccionamiento del cumplimiento del objeto social puede impedir el goce de utilidades existentes.

Congruente con ello el art.11 ap.7 LGS dispone "Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa.... 8. Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9 Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad."

²⁴⁴ RICHARD, Efraín Hugo "RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR", en Revista de Las Sociedades y Concursos, año 18, 2017-3. Ed. Fidas, Buenos Aires diciembre 2017.

²⁴⁵ COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

Conforme a esa estructuración normativa el art. 13 LGS, ya comentado, regula la estipulación nula de liberación “de contribuir a las pérdidas”.

Esa regulación en torno a la soportación de las pérdidas establece como causal de disolución la pérdida del capital social –art. 94.5 LGS-, la forma de recomponer el patrimonio –art. 96 LGS- y en el marco de normas imperativas – que son motivo de otra comunicación-, tendientes a asegurar que no se dañará a terceros con la generación de la sociedad persona jurídica, el art. 99 LGS señala la responsabilidad de los administradores, obvio en caso de déficit patrimonial, “respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”.

Nos parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indica el artículo primero de las leyes de sociedades argentina –y de otras legislaciones del derecho comparado: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello. La quita altera esa esencialidad.

Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para reestablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest of creditors*, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas²⁴⁶, como hemos referido.

Estamos ante una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivalor-, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial. Se trata del mandato del art. 52.4 de la ley 24522 – LCQ-, que no puede ser soslayado por el juzgador: no homologar acuerdos en abuso de derecho o fraude a la ley.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso

²⁴⁶ RICHARD, Efraín Hugo “El art. 99 , ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013; “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793.

patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado²⁴⁷ y no lo beneficia la novación²⁴⁸.

Para tratar ello nada mejor que recurrir a los “Principios Generales” con que se inicia el CCC. Así el CAPÍTULO 3 que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece en el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el art. 10º, CCC titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “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”.

La expresión “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”, cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad-, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º CCC, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

Por otra parte, impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

²⁴⁷ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. RICHARD, Efraín Hugo. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

²⁴⁸ RICHARD, Efraín Hugo “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, Buenos Aires mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

Justamente el Art.12 de esos "Principios Generales" se refiere al "Fraude a la ley". Dispone en tal sentido "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones²⁴⁹. La Corte²⁵⁰ con tal comprensión afirmó que es evidente que los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

XIV - MEDITACIONES

Estamos perplejos sobre la realidad de lo que es aceptado como legal en los concursos de sociedades en nuestro país. El olvido de la Constitución Nacional sobre confiscatoriedad, y el fraude a la ley societaria frente a las nuevas normas de los arts. 12 y 150 CCC.

Y así están las cosas. *"Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis*

²⁴⁹ OLIVERA GARCIA, Ricardo, "Estudios de derecho societario", Rubinzal, Buenos Aires, 2005, ps. 92/93.

²⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) con fecha: 07/12/2001, en autos "Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.", LA LEY2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”²⁵¹, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente.”²⁵².

Es el marco de la conservación de la empresa.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte en el caso Comercial del Plata S.A.-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Es que como bien señala Dasso en importantísimo libro²⁵³: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible ... La Ley Francesa del 23/07/67 introdujo una novedad digna de ser comentada: la separación entre el hombre y la empresa... de que se trata de un derecho de las empresas en dificultades, bastante diverso del derecho concursal clásico... (en el) convencimiento de que la función social de la empresa reside en un difícil equilibrio entre lo público y lo privado o, mejor dicho, entre lo social y lo privado”.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social -insolvencia-. Si hay insolvencia son las

²⁵¹ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

²⁵² BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

²⁵³ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, del que puede verse nuestra rescensión en RDCO 240-175, Enero/Febrero 2010 y RDCO 244-567 (B), Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2010.

soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas para asegurar la conservación de la sociedad, y por ende la conservación de la empresa, que eventualmente puede transferirse. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva²⁵⁴ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4^a) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas *que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente..* Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”²⁵⁵.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresarial que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley²⁵⁶, asegurando la conservación de la empresa.

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite las efectivas e imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades, traspasando las pérdidas que deben ser soportadas por los socios –por tipicidad de la relación- a los acreedores, por las maniobras que entre otros describen Martorell y Kolliker Frers.

Toda una misión reconstruir jurídicamente el sistema de crisis de las sociedades, con el análisis de la interacción de las legislaciones societaria y concursal argentina.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre

²⁵⁴ RICHARD, Efraín Hugo. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

²⁵⁵ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* citado.

²⁵⁶ RICHARD, Efraín Hugo ¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades, particularmente en este ámbito interdisciplinario, y en momentos cruciales para nuestro país ante la especulación financiera y la ineficiencia del sistema judicial por tardío.

No abogamos porque se dicten nuevas normas, como se pretende para el ámbito de la persona humana –quizá innecesariamente-, sino en abordar sistemáticamente las normas imperativas que atienden a la crisis de sociedades en el ámbito de su ley específica, la ley de sociedades, en cuanto de carácter imperativo e indisponibles, compatibilizando las normas concursales.

Creemos haber demitificado la idea de la inmortalidad de la empresa, pero nos preocupa la viabilidad de todas y su posibilidad de reestructuración y lograr su consistencia dinámica.

No podemos concluir sin afirmar que hay una “empresa inmortal”, que es la de asegurar la Nación. Es un problema de los Poderes Ejecutivos y Legislativos asegurar el funcionamiento de un país, aún frente a la crisis más grave. Adoptar las decisiones necesarias, generando el menor impacto social en la población que no pueda soportar ciertas medidas, asegurar la solidaridad, la paz social, aparecen como un mandato jurídico y social. Es la inmortalidad de una sociedad, de una comunidad humana inmersa en un destino: asegurar sus derechos humanos, no como providencia sino como fruto de su colaboración e inserción en la conservación de la esencialidad de la vida en común.

No advertimos a la fecha en que cerramos estas líneas un alineamiento político y social, cualquiera sea su ideología, en asegurar la viabilidad del sistema jurídico, rescatando la solidaridad, la paz social, afrontando la violencia y la corrupción, evitando marginar y persiguiendo a los que se marginan para impedir la convivencia en el orden del orden social que tenemos vigente desde nuestro nacimiento como Nación.

Desconocer que la globalización altera la soberanía, que el dinero es sólo un medio pero que puede actuar organizadamente y ser más letal con un huracán.

Las sociedades personas jurídicas abusan sociológicamente invocando el derecho comparado, la práctica –desleal- y el olvido del sistema jurídico, aferrándose a un amañado proceso concursal para transferir las responsabilidades de administradores y socios de control a acreedores. La respuesta debería ser la conservación de la sociedad, alejando a administradores y socios, o imponiendo que los acreedores compartan la continuidad viable –capitalización de pasivo-.

Los estados tienen un sistema electivo que permite alejar periódicamente a los gobernantes, para bien o para mal, pero es una forma de intentar forzar un reanálisis situacional, lamentablemente sin que medien análisis colectivos sistemáticos y constructivistas.

¡Que malas noticias!

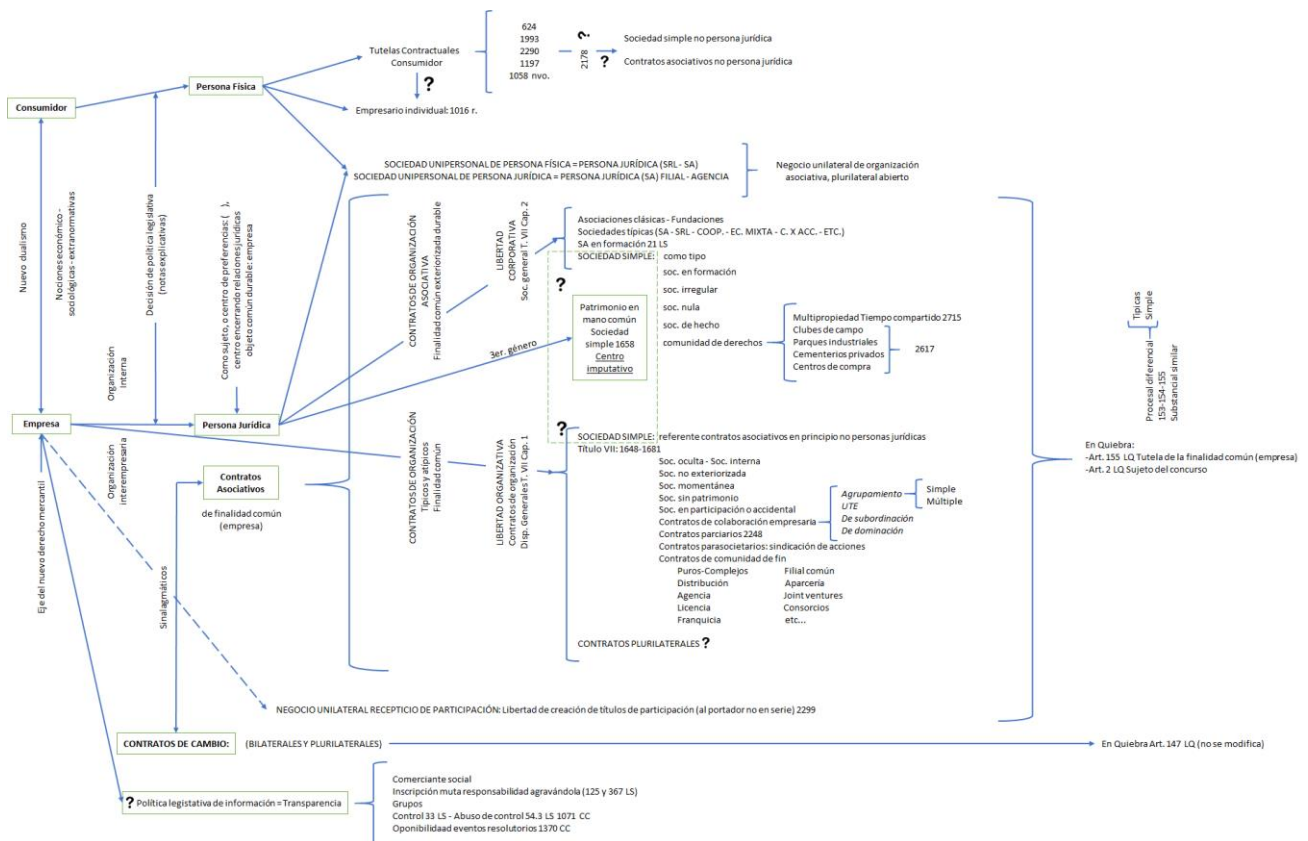
Anexo A

SISTEMA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1987, QUE FUERA LEY VETADA POR EL P.E. EN EL AÑO 1989.

Se corresponde a nuestra PRESENTACIÓN EN EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, Tucumán 24 de octubre de 1987, a la intervención en el panel de cierre con todos los proyectistas, al que sorpresivamente éstos sumaron a Fernando López de Zavalía y nosotros, que presentamos este cuadro confeccionado esa madrugada para ilustrar nuestra exposición, ante la limitación que nos fijamos todos por el tiempo fijado al panel

CLAVES:

- Horizontales: Flechas y llaves: Sistema del Proyecto, luego Ley vetada.
- Verticales: Comentarios y sugerencias
- ? : Nuestras dudas sobre el sistema.



LEALTAD COMERCIAL, DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: MODERNAS VINCULACIONES Y DESAFÍOS

Francisco Junyent Bas - Andrés F. Varizat.

RESUMEN

El punto de partida del trabajo son dos aspectos de importante actualidad: a) Las vinculaciones entre *lealtad comercial, defensa de la competencia y protección del consumidor*. b) La necesidad de lograr mayor "eficacia" en la aplicación de tales regulaciones jurídicas.

En un primer momento los tres ámbitos mencionados tuvieron un desarrollo doctrinario y legislativo individual. Pero en los últimos tiempos, se advierte una clara tendencia hacia mayores puntos de contacto. Un claro ejemplo son las recientes modificaciones a la ley Lealtad Comercial N° 22.802 (1983). El texto originario limitaba su alcance a problemas de rotulados, publicidad y peso de productos. Pero el reciente Decreto 274-2019, que deroga la ley anteriormente mencionada, ha ampliado notablemente dicho concepto. Y hoy la lealtad comercial también comprende cuestiones de defensa de la competencia un ámbito con el cual antes no presentaba vinculaciones tan claras.

El trabajo pone de manifiesto que tanto la *lealtad comercial y la defensa de la competencia* se orientan a la protección del interés económico general de quienes actúan en el mercado de consumo (consumidores). Sobre la base de estas claras vinculaciones, se plantea la existencia de nuevos desafíos: a) Como lograr mejores indicadores de "eficacia". b) Como lograr una mejor organización y especialización de las autoridades de aplicación.

En síntesis: el trabajo plantea nuevas y actuales líneas de investigación en relación a la visión jurídica y social de la empresa.

Palabras clave: Lealtad comercial. Defensa de la competencia. Derecho del consumidor. Vinculaciones. Eficacia.

Work title: "COMMERCIAL LOYALTY, DEFENSE OF COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION: MODERN LINKS AND CHALLENGES".

ABSTRACT

The starting point of the work are two important aspects: a) The links between commercial loyalty, antitrust law and consumer protection. b) The need to achieve greater "efficiency" in the application of such legal regulations. At first the three areas mentioned had an individual doctrinal and legislative

development. But in recent times, there is a clear trend towards greater points of contact.

A clear example is the recent amendments to the Commercial Loyalty Law No. 22.802 (1983). The original text limited its scope to problems of labeling, advertising and product weight. But the recent Decree 274-2019, which repeals the aforementioned law, has significantly broadened that concept. And today, commercial loyalty also includes issues of defense of competition, an area with which it did not previously have such clear links.

The work shows that both commercial loyalty and the antitrust law are aimed at protecting the general economic interest of those who act in the consumer market (consumers). On the basis of these clear links, the existence of new challenges is posed: a) How to achieve better indicators of "effectiveness". b) How to achieve a better organization and specialization of the enforcement authorities.

In summary: the work proposes new and current lines of research in relation to the legal and social vision of the company.

Keywords: Commercial loyalty. Antitrust law. Consumer's law. Linkings. Effectiveness.

I. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA LEALTAD COMERCIAL. 1. CUESTIONES GENERALES. 2. COMPETENCIA DESLEAL. 2.2. LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL. 3. DE LA PUBLICIDAD Y PROMOCIONES. 4. DE LA INFORMACIÓN EN EL COMERCIO.

II) AUTORIDAD DE APLICACIÓN, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y SANCIONES. 1. AUTORIDAD DE APLICACIÓN Y FACULTADES. 2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL Y RECURSOS. 2.1. LA DENUNCIA DE PARTE O LA INSTANCIA DE OFICIO. 2.2. LA INSTRUCCIÓN DEL SUMARIO. 2.3. LA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. 3. DILIGENCIAS PRELIMINARES, CAUTELARES, INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y RECURSOS. 3.1. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO. 3.2. LAS SANCIONES REGLADAS EN LA LEY. 3.3. RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL PODER JUDICIAL.

III) EL MERCADO DE CONSUMO Y SU REGULACIÓN. 1. LOS DISTINTOS CRITERIOS REGULATORIOS DEL MERCADO DE CONSUMO. 1.1. EL ENFOQUE REGULATORIO "SECTORIZADO". 1.2. EL ENFOQUE REGULATORIO "INTEGRADO". 2. VINCULACIÓN ENTRE "LEALTAD COMERCIAL, DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR". 3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA. 3.1. EL TRÁNSITO HACIA UN ENFOQUE REGULATORIO "INTEGRADO".

IV) POLÍTICAS PÚBLICAS DE IMPLEMENTACIÓN Y MEJORES INDICADORES DE "EFICACIA" Y "EFICIENCIA". 1. LOS DISTINTOS CRITERIOS DE IMPLEMENTACIÓN. 2. POSIBILIDAD DE AVANZAR HACIA

UNA IMPLEMENTACIÓN POR VÍA DE UNA AUTORIDAD FEDERAL DE APLICACIÓN.

I. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA LEALTAD COMERCIAL

1. CUESTIONES GENERALES

El DNU n° 274/19 del 22 de abril de 2019, dictado por el Poder Ejecutivo, derogó la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Dicho decreto contiene una nueva regulación en esta materia con *“la finalidad de asegurar la “lealtad y transparencia en las relaciones comerciales” y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios que se comercializan en nuestro país”*.

La primera reflexión que cabe realizar, es que un tema de derecho sustantivo, como la regulación de la lealtad comercial debiera haberse regulado en el Congreso de la Nación y no mediante un Decreto de Necesidad de Urgencia, al que se le pueden realizar una serie de observaciones de índole constitucional, máxime en un país que requiere con urgencia el respeto de la Carta Magna y el ejemplo de la dirigencia en este sentido, sin perjuicio de que el art. 76 ordene dar cuenta a la Comisión Bicameral del Congreso.

De todas formas, la relevancia de la legislación dictada justifica que le dediquemos algunas reflexiones.

El decreto consta de un título preliminar donde se define el objeto de la nueva regulación y de otros 8 títulos que contienen las Disposiciones Generales; de la Publicidad y Promociones; de la Información en el Comercio; Autoridad de aplicación, Procedimiento Administrativo, Recursos y Sanciones; Disposiciones Comunes; Defensa del Consumidor; y Disposiciones Finales, los que a su vez se subdividen en capítulos.

El título preliminar define, tal como dijimos supra, que la nueva regulación tiende a asegurar la *“lealtad y transparencia”* en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a *“información esencial”* sobre los productos comercializados en la República Argentina.

A esos fines, se define el *“mercado”* como: el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales.

Va de suyo, que el intento de conceptualización del mercado queda a *“mitad de camino”*, por su generalización, aunque cabe admitir que no es sencillo caracterizarlo en pocas líneas; pese a ello, al menos se debió puntualizar qué etapas comprende verbigracia: producción, distribución, y comercialización.

De esta forma, hubiese quedado claro que en el mercado se producen y/o fabrican bienes, los cuales después requieren un sistema de distribución mediante redes contractuales y por último, la comercialización con destino final en los consumidores.

En suma, en el mercado actúan una serie de agentes, empresarios de diverso nivel, y aún el mismo Estado, para lograr que los bienes y servicios

lleguen al consumidor y de allí, la importancia de que dicho ámbito se maneje con transparencia e información, asegurando así el derecho de todos los intervinientes.

En esta línea, el título preliminar declara de “orden público” a la normativa sancionada, estipulando que las convenciones particulares, no pueden dejar sin efecto sus previsiones; en una palabra, estamos frente a normas imperativas.

Sin perjuicio de lo cual, la ley permite que las partes de un proceso judicial pueden conciliar o encontrar una forma de solución en audiencia que convoque el juez al efecto, flexibilizando de alguna manera la imperatividad del esquema normativo, en pos de una solución que sea equitativa y, consecuentemente, pueda ser homologada por el órgano jurisdiccional.

Por último, éste título preliminar establece la vigencia de la ley nacional de Procedimientos Administrativos, lo cual, solo aplica en el ámbito nacional pero no en las provincias, pues estas deben definir su autoridad de aplicación, y a partir de allí, regirá indudablemente la ley de procedimiento administrativo local, por imperio de las facultades que le son propias, art. 121 de la Carta Magna.

Sin embargo, debe aclararse que el propio art. 67 señala que el proceso establecido en la presente ley no resulte alcanzado por la ley nacional de procedimiento administrativo, excepto lo previsto en el art. 3 lo cual implica una verdadera contradicción, cuyo alcance no alcanza a comprenderse.

2. COMPETENCIA DESLEAL.

El título I del Decreto ley que nos ocupa regula lo relativo a “disposiciones generales” y “actos de competencia desleal”, a los fines de prohibir dicho tipo de conductas y establecer el procedimiento para su determinación y la sanción que corresponda.

Así, el art. 4 al definir el “ámbito objetivo” de la nueva ley sostiene que *“la finalidad competitiva del acto se presume cuando éste resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*.

Desde la perspectiva “subjetiva” el decreto dispone que se aplica a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos, puedan producir efectos en el mercado nacional. En ambos casos tanto el art. 4 como el 5, disponen que la ley será de aplicación a cualquier acto de competencia realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse.

En una palabra, la normativa con buen criterio, define que la transparencia del mercado y ,consecuentemente, la prohibición de la competencia desleal y la falta de información debe darse en todo el proceso de producción, distribución y comercialización, o como lo dice la ley “antes, durante o después de una operación comercial”.

En esta misma línea de pensamiento, el art. 6 establece que para determinar la “naturaleza” del acto de competencia desleal, se atenderá al principio de “primacía de realidad”, es decir a las situaciones y efectos económicos que pueda producir aquel y no meramente, al esquema normativo o formal en que se encuadre la operación comercial.

Por otra parte, se dispone que queden exceptuados de la presente regulación los actos alcanzados por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia, atento a que dichos actos tienen su propio régimen de determinación y eventual esquema de sanciones.

2.2. LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

A partir del capítulo II la nueva legislación determina lo que se entiende por acto de “competencia desleal” y regula una serie de supuestos particulares.

Así, el art. 9 establece que *“constituye un acto de Competencia Desleal toda acción u omisión, que por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”*.

En el art. 10 se reglan una serie de supuestos particulares como: a) actos de engaño; b) de confusión; c) de violación de normas; d) abuso de situación de dependencia económica; e) obtención indebida de condiciones comerciales; f) venta por debajo del costo; g) explotación indebida de la reputación ajena; h) actos de imitación desleal; i) acto de denigración; j) violación de secretos; k) inducción a la infracción contractual; l) actos de discriminación; y m) publicidad prohibida.

Cada una de dichas conductas, se encuentra explicada en el citado artículo, el que termina señalando que: *“la enumeración es taxativa a los fines de la imposición de sanciones y, enunciativa a los fines de promoción de las acciones judiciales por los afectados”*.

En rigor, podemos señalar que la enumeración no es taxativa en ningún caso, pues en materia administrativa, rige el principio de la flexibilidad en la tipología de los actos prohibidos, pues, es propio de la actividad comercial que esta se desarrolle con diversas modalidades, por lo que, la supuesta taxatividad carece de sentido y ello se advierte, con toda claridad cuando el propio texto legal expresa que en el supuesto de acciones judiciales, la enumeración de los actos prohibidos carece de dicha nota de tipicidad legal estricta.

Es más, la actividad empresarial es “móvil y dinámica” y no se ajusta a esquemas rígidos, sino por el contrario, como siempre ha sido en el ámbito comercial, se realiza mediante diversas alternativas de negocios y contratos, entre lo que cabe destacar la conexidad contractual y el uso de diversas formas societarias y empresarias para la producción, distribución y comercialización, por lo que la enumeración de conductas prohibidas debe adecuarse a cada situación concreta.

De esta forma, lo que la ley pretende es que los empresarios y/o comerciantes que actúan en el mercado, sean leales entre sí y no utilicen técnicas que impliquen el desplazamiento de la operatoria de las pautas de buena fé y lealtad, que deben primar, aún, cuando compitan entre sí para colocar en el mercado los bienes y servicios que producen.

En una palabra, se intenta dotar al mercado de un esquema de pautas y reglas que habilite a la intervención de las empresas, y una correcta comercialización para que los productos lleguen al consumidor, en condiciones de competencia e información que permitan elegir lo más conveniente para cada uno de los intervinientes.

3. DE LA PUBLICIDAD Y PROMOCIONES.

En el título II, bajo el título "Publicidad y promociones", el decreto regula tres clases de publicidad: engañosa, prohibida y comparativa.

El art. 11 señala que *"... queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño, o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condición de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios."*

En tales términos, se prohíbe el ofrecimiento o la entrega de premios en relación a la compra de mercaderías o a la contratación de servicios; promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada a la adquisición de algún producto; como así también entregar dinero o bienes a título de rescate de envases o de partes integrantes de ellos, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos destacados.

En una palabra, la enumeración de las hipótesis de publicidad engañosa, tiende a evitar promociones que lleven a confusión y/o desconocimiento de la calidad del producto o servicio que se ofrece, y de allí, la prohibición de que aquella sea "engañosa".

Desde otro costado, el decreto, define la "publicidad comparativa" entre competidores expresando que estará permitida siempre que cumpla con las condiciones siguientes: *"... no inducir a engaño o confusión; que la comparación de bienes y servicios sea objetiva; que su finalidad sea informar las ventajas de los bienes o servicios; no desacreditar a ningún competidor; no presentar un bien o servicio como réplica de otro."*

Cabe señalar que si falta alguna de estas notas, la publicidad dejará de ser comparativa y deberá ser considerada engañosa, y por ende, prohibida de conformidad al art. 11 del decreto de ley.

Con dicha regulación se pretende articular el mercado dinámico con intervinientes que respeten las pautas de lealtad comercial y que, en su publicidad no se engañen ni entre ellos ni el consumidor, desvirtuando el funcionamiento de la oferta y la demanda.

Por ello, el texto legal, prosigue estableciendo una "serie de pautas" en orden a la forma y modo en que deben individualizarse los productos y servicios que se comercializan, dando claras pautas para la correcta formalización de una información adecuada y veraz.

4. DE LA INFORMACIÓN EN EL COMERCIO.

En el título tercero, a partir del art. 16 se establecen los requisitos para la “identificación de los productos” envasados en el país estableciéndose los recaudos que deben contemplar; a saber: a) Nombre del producto, b) El país donde fueron producidos o fabricados, c) su calidad, pureza o mezcla, y d) las medidas netas de su contenido; y agregándose que la reglamentación establecerá de qué manera será suministrada la información aludida. De tal modo, aparece una delegación de las características de la información en la reglamentación de la ley que no puede desvirtuar las pautas establecidas en el art. 42 de la Carta Magna, ni las específicas relativas a la lealtad comercial regladas en la presente ley.

Por su parte, el esquema legal, individualiza a los productos nacionales y, en relación a los productos de origen extranjero, que sufren en el país un proceso de fraccionado, armado o terminado, exige que lleven una “leyenda” que indique dicho proceso.

Los productos fabricados en el país, deben llevar la indicación relativa a que son “Industria Argentina” a cuyo fin, se considerarán nacionales aquellos que se elaboran en nuestro país, aunque se empleen materias primas o insumos extranjeros en cualquier proporción.

El capítulo termina señalando que los comerciantes mayoristas y minoristas, no deberán comercializar bienes cuya identificación contravenga lo dispuesto en esta normativa, y que serán responsables de la veracidad de la información consignada en los envases.

Por último, se dispone que las máquinas, equipos y sus componentes que se comercializan en nuestro país deben cumplir los estándares de eficiencia energética, que defina la Secretaría de la Energía.

En una palabra, la denominación del origen de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado y más específicamente de los productos, debe respetar sus cualidades y características de manera tal que los fabricantes, productores, envasadores, fraccionadores e importadores, están alcanzados por esta obligación de información que otorga transparencia al mercado.

Tal como se advierte, las pautas de identificación de los productos, están en el ámbito de la información detallada y veraz que impone el art. 42 de la Carta Magna, pero que se alza como un eje que tutela el funcionamiento del mercado para la correcta relación entre los empresarios y, muy especialmente, para conocimiento de los consumidores.

II) AUTORIDAD DE APLICACIÓN, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y SANCIONES.

1. AUTORIDAD DE APLICACIÓN Y FACULTADES.

El título IV del Decreto ley 274/2019 que venimos analizando, que comprende los arts. 25 a 60, regula el procedimiento administrativo estableciéndose que la autoridad de aplicación es la Secretaría de Comercio Interior, a la cual se le otorgan una serie de facultades contenidas en el art.26.

Entre ellas se encuentran las siguientes: a) Tipificar la correcta identificación de bienes y servicios; b) Establecer requisitos mínimos de seguridad; c) Determinar el lugar, forma y características de las informaciones; d) Determinar los contenidos o las medidas con las que deberán comercializarse los bienes; e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones de exhibición o publicidad de precio; f) Realizar inspecciones en días y horas hábiles a los locales donde se ejerzan las actividades reguladas en la normativa y exigir la exhibición de libros y examinar documentos, verificar existencias, requerir información, proceder al secuestro de los elementos probatorios de la presunta infracción, citar y hacer comparecer a las personas que se considere procedente, pudiendo dichos fines recabar el auxilio de la fuerza pública. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos, físicos, magnéticos o electrónicos, como así también, tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias; g) Ordenar el cese de la publicidad durante la instrucción del pertinente sumario; h) Sancionar los actos previstos en el art. 10 del decreto, como así también las infracciones previstas en los títulos 2 y 3, asegurando en ambos casos el derecho de defensa.

En una palabra, se le otorgan entre las facultades realizar inspecciones en los locales y exigir la exhibición de libros y documentos, verificar la existencia, proceder al secuestro de elementos probatorios y recabar el auxilio de las fuerzas públicas si fuera menester a los fines de constatar una infracción al decreto o a su reglamentación y cuando la falta de verificación pueda frustrar la aplicación de las sanciones que ofrece esta normativa.

En esta línea, puede ordenar el cese de la publicidad durante la introducción del sumario, y sancionar las infracciones previstas en la normativa, solicitando al juez competente el allanamiento de domicilio y de locales, como así también, el dictado de medidas cautelares.

En esta inteligencia, se establecen que para el cumplimiento de la ley, tanto los gobiernos provinciales como la CABA, pueden realizar los actos enumerados en el art. 26, es decir, que cada uno de los distritos federales tiene facultades para tener su propia autoridad de aplicación de la ley de Lealtad Comercial, atento a que estamos frente a una ley sustantiva que debe aplicarse a una ley federal, y consecuentemente, corresponde respetar las facultades de las provincias, art. 121 de la Constitución Nacional.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL Y RECURSOS.

2.1. LA DENUNCIA DE PARTE O LA INSTANCIA DE OFICIO.

El art. 30 del nuevo régimen, establece que el procedimiento administrativo puede iniciarse “de oficio” o a través “de denuncia” de quienes tengan un interés legítimo, agregando que el denunciante será parte en el procedimiento, y que la autoridad de aplicación dispondrá los mecanismos para que el trámite y las etapas del procedimiento, se realicen por medios electrónicos. Además, la autoridad puede ordenar la reserva de las actuaciones, bajo resolución fundada.

En una palabra, la nueva norma, regla el procedimiento administrativo y autoriza a la autoridad de aplicación a disponer los mecanismos para que tanto

los trámites, como las etapas del procedimiento, se realicen por medios electrónicos, con la finalidad de facilitar y agilizar el proceso, por lo que tiene su propio esquema normativo que hace inaplicable las leyes de procedimiento generales, tal como lo dice el art. 67 de la presente.

El art. 31 dispone los “requisitos de la denuncia” donde se destacan que además del nombre y domicilio del denunciante y la constitución de un domicilio especial, debe explicarse claramente el objeto de la denuncia y la identificación del presunto responsable. En igual línea, se deben narrar los hechos con toda claridad y explicitar el derecho en que se funda la denuncia como así también, ofrecer los medios de prueba considerados conducentes.

A su vez, se establece que la denuncia debe ser ratificada ante la autoridad bajo apercibimiento de desestimación y, que en caso de existir varias, deberán acumularse las adecuaciones.

De tal forma, la denuncia administrativa contiene los mismos elementos que una demanda judicial y se intenta articular un procedimiento articulado al exigir que se acompañen también a la prueba documental y se ofrezcan los demás elementos probatorios, de manera tal de respetar el debido proceso y el derecho de defensa para poder concluir en una resolución fundada.

En esta línea, cuando se trata de la comprobación de oficio de una infracción, el funcionario actuante deberá labrar el acta correspondiente, y se notificará al infractor para que realice el descargo en el plazo de 10 días, siguiéndose en lo demás el procedimiento de instrucción prevista en el art. 39.

La nueva normativa establece que los plazos se cuentan en días hábiles administrativos y, que si hubiera más de una denuncia, las actuaciones deben acumularse.

Por su parte, el art. 35 dispone que ratificada la denuncia, la autoridad de aplicación tiene diez días para admitir o rechazarla y, si estima que es pertinente, debe correr traslado por diez días al presunto responsable para que realice su descargo y ofrezca la prueba que considere pertinente.

2.2. LA INSTRUCCIÓN DEL SUMARIO.

Una vez contestada la denuncia, debe procederse a la “instrucción del sumario” llevando adelante las medidas probatorias pertinentes vinculadas al objeto de la denuncia, entre ellas, todo pedido de informe, audiencia, pericias o auditorías que sean pertinentes, todo lo cual, debe realizarse en un plazo de 90 días prorrogables cuando haya causa justificada (arts 37 y 38).

En esta línea, podemos advertir que el plazo de 90 días hábiles parece excesivo, pues, aquí y ahora, la celeridad constituye una directriz central de la actuación de las autoridades y el tipo de infracción que afectan el funcionamiento del mercado, no pueden estar sujetas a un proceso alongado que quizás sea tardío y por ende, ineficaz.

Por su parte, concluido el período de prueba, y diligenciada la ofrecida en el plazo establecido, se debe dictar el decreto de “autos” a los fines de que las partes puedan presentar sus respectivos alegatos, entregándose copia del expediente a cada una de ellas por el plazo de 5 días, para recién quedar habilitado el plazo con que cuenta la autoridad, para dictar la resolución que corresponde.

2.3. LA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

A su vez, el art. 41 dispone que oportunamente la autoridad de aplicación debe dictar resolución en el plazo máximo de 30 días, debiendo aquella estar debidamente fundada y motivada, decidiendo sobre todas las cuestiones que se derivan del expediente.

Tal como se advierte, la resolución deberá hacer mérito de la prueba diligenciada, con el objeto de definir la existencia de la infracción, dando respuesta a los planteos de las partes intervinientes para que el acto administrativo esté adecuadamente motivado y resuelva en plenitud, toda la contienda que se haya planteado.

Va de suyo, que se trata, nada más y nada menos, que obtener la erradicación de conductas que afectan la transparencia del mercado, por lo que, la finalización del proceso requiere del respeto del principio de congruencia y realidad para dotar de eficacia a la normativa.

El proceso es tan relevante, que la nueva normativa regula la necesidad de realizar diligencias preliminares, pedir medidas cautelares ante el juez competente, tomar medidas de confidencialidad cuando estén en juego secretos empresarios, todo lo cual correrá durante el proceso administrativo y servirá de base también, a la resolución final que comentamos.

3. DILIGENCIAS PRELIMINARES, CAUTELARES, INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y RECURSOS.

3.1. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO.

El art. 44 regla lo que se denomina “diligencias preliminares” a los fines de producir pruebas que pudieran resultar imposibles o muy dificultosas durante el período probatorio, pudiendo también, solicitar o determinarse de oficio que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1) declaración de testigos; 2) Constatación de la existencia de documentos, o el estado, o calidad o condición de cosas o lugares; 3) Período de informes; 4) Exhibición resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto del procedimiento.

A su vez, se habilita que la autoridad de aplicación puede, de oficio o petición de parte requerir el juez competente, el dictado de “medidas cautelares” para asegurar el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas que correspondan, incluidas la adopción de comportamientos a los fines de preservar la lealtad comercial afectada.

El art. 47 establece una norma “fondal” que se introduce en materia jurisdiccional al señalar que las medidas cautelares deberán ser razonables y proporcionales al daño que se pretenda evitar. Además, exige que la autoridad de aplicación verifique las condiciones de procedencia de la medida, es decir: (i) verosimilitud del derecho; (ii) peligro en la demora; y (iii) contracautela.

En una palabra, la ley introduce dentro del procedimiento administrativo normas que tienen que ver con los requerimientos que deben hacerse al Poder

Judicial, es decir, al juez competente y reitera requerimientos que ya están en todos los códigos de rito, por lo que se vuelve redundante e innecesaria.

Un aspecto que se define expresamente en el procedimiento, es el requerimiento de declaración de reserva sobre “un secreto comercial, industrial, tecnológico, o en general, empresarial”.

A esos fines, la normativa expresa que el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial y justificar su solicitud, todo lo cual, debería realizarse por “cuerda separada” para evitar la demora del proceso principal, que debe concluir en tiempo oportuno.

3.2. LAS SANCIONES REGLADAS EN LA LEY.

Una vez concluido el procedimiento, la autoridad de aplicación dictará la resolución que corresponde pudiendo sancionar el incumplimiento de la lealtad comercial con las siguientes penalidades:

a) Apercibimiento;

b) Multa por un monto equivalente, entre UNO y DIEZ MILLONES de “unidades móviles”. A esos fines, se define la unidad móvil, como unidad de cuenta y el valor inicial es el establecido en la ley 27.442 y será actualizado todos los años mediante el Índice de Precio al Consumidor (IPC). Cabe aclarar que la ley de Defensa de Competencia, define a la unidad móvil expresando que: “... El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la unidad móvil en su página web.”

c) Suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado, hasta CINCO (5) años.

d) Pérdida de concesión, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales y clausura del establecimiento hasta un plazo de 30 días.

De la lectura del régimen sancionatorio se sigue que dichas penalidades pueden imponerse en forma independiente o conjunta, según las circunstancias del caso, pudiendo exigirse la rectificación de la publicidad del infractor que, a través de información o publicidad hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas.

La nueva normativa regula también, la publicación de las sanciones en el boletín oficial, a costa del sancionado.

Va de suyo, que para que la sanción quede firme, debe tenerse presente, que la resolución final puede ser impugnada por vía de recurso de apelación de la sanción, ante la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, según el asiento de la autoridad que dicte la resolución.

3.3. RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL PODER JUDICIAL.

El art. 53 que regla el “recurso de apelación” expresa que éste debe interponerse y fundarse dentro de los 10 días de notificada la resolución sancionatoria, y que el expediente debe elevarse ante la Cámara en un plazo de 10 días más, teniendo su articulación efecto “suspensivo”. Se agrega que en los casos de imposición de multa, el infractor tendrá una reducción del 50% si es abonada dentro de los 10 días de notificada, salvo que se interponga el recurso de apelación.

Tal como se advierte, tanto el procedimiento como las resoluciones administrativas están sometidos al control del Poder Judicial, mediante la intervención de la Cámara Federal que corresponda, de conformidad a lo que se denomina recurso de apelación y que en rigor, es un incidente impugnativo.

Asimismo, la ley, en rigor el decreto regula la prescripción de las acciones en el art. 55 estableciendo un plazo de 3 años, contados desde que se cometió la infracción.

La nueva normativa mantiene el criterio de que el “acto administrativo” que implica la resolución sancionatoria requiere del pertinente control judicial para obtener firmeza y poder ser ejecutado, salvo que el propio interesado, es decir el infractor no interponga el recurso de apelación, en cuyo caso se podrá iniciar la ejecución fiscal, siendo título suficiente el testimonio de la resolución recaída expedida por la autoridad que la impuso.

III) EL MERCADO DE CONSUMO Y SU REGULACIÓN.

En términos generales el *mercado de consumo* consiste en un ámbito geográfico en el cual interactúan dos clases de sujetos: por una quienes necesitan y requieren bienes o servicios denominados “consumidores”. Y por otra parte quienes ponen a disposición tales bienes y servicios en este caso las empresas o “proveedores”. Desde un punto de vista de la teoría económica los primeros son generadores de la demanda y los segundos de la oferta.

Los mercados de consumo han existido siempre en todas las sociedades mínimamente organizadas, entendiéndolo a estas últimas como un conjunto de sujetos que conviven bajo determinados parámetros sociales, culturales y jurídicos comunes en un espacio y tiempo determinado. La imprescindible necesidad de tener que utilizar un número mayor o menor de bienes o servicios para el desarrollo de la vida humana es algo innegable.

Como expone PAISANT, el fenómeno del consumo es tan antiguo como el hombre; es *“consustancial con su naturaleza y, por lo tanto, presenta un carácter universal”*. Por este motivo, parece en vano buscar su origen. Utilizando palabras de Lemerrier de la Rivière, autor del siglo dieciocho, *“no podemos existir sin consumir; nuestra existencia es un consumo perpetuo”*²⁵⁷.

1. LOS DISTINTOS CRITERIOS REGULATORIOS DEL MERCADO DE CONSUMO.

²⁵⁷ PAISANT, Gilles, “*défense et illustration du droit de la consommation*”, Lexis Nexis, Paris, 2015, p. 1.

El mercado de consumo plantea diferentes y conocidos problemas tales como conductas anticompetitivas, publicidades engañosas, información insuficiente, prácticas comerciales abusivas, etc, que obligan a regularlo. Dicha regulación admite diferentes variantes.

1.1. EL ENFOQUE REGULATORIO “SECTORIZADO”: Un primer modelo es el enfoque regulatorio sectorizado. En este caso se identifican los distintos problemas y luego se les otorga una regulación *específica* a cada uno de ellos. A modo de ejemplo: Frente a los problemas de concentraciones económicas y conductas anticompetitivas se establece una regulación específica a través de una ley especial. El mismo sistema se utiliza para los problemas de lealtad comercial, marcas y patentes, derecho de los consumidores y usuarios, etc.

1.2. EL ENFOQUE REGULATORIO “INTEGRADO”: A diferencia del caso anterior, el enfoque regulatorio integrado procura legislar con la finalidad de la protección integral de “todos” los participantes del mercado de consumo. Un claro ejemplo es la ley contra la Competencia desleal de Alemania (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) más conocida con la sigla UWG, sancionada en fecha 8/07/2004 y que cuenta con varias modificaciones posteriores.

Esta ley transpone al derecho alemán la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas hacia los consumidores en el mercado interior. Su particularidad es que protege los derechos de todos los participantes del mercado, entre los cuales se hallan los “consumidores” y los “competidores” (empresas o comercios) quienes también tienen derechos (ej. a un funcionamiento competitivo del mercado). En tales términos, se plantea el objetivo superior de asegurar el buen funcionamiento del *mercado de consumo* donde convergen intereses múltiples a través de un enfoque regulatorio “integrado”.

Autores de la doctrina alemana moderna como ALEXANDER en su obra “Protección del consumidor”, señalan que aparte de las disposiciones de protección del consumidor de derecho civil, las disposiciones de la ley alemana de competencia desleal (UWG) constituyen el segundo pilar importante de la protección del consumidor. Pero aclara que la UWG no es una ley de protección al consumidor “pura” (reines Verbraucherschutzgesetz), es decir, no está dirigida únicamente a proteger los intereses de los consumidores. Sino que consiste en un enfoque regulatorio “integrado” (integrierter Regelungsansatz), señalando que en su versión actual, el art. 1 de la UWG expresa inequívocamente que dicha ley protege a los “*competidores, consumidores y otros participantes del mercado contra las prácticas negociales desleales*”, y al mismo tiempo, la ley apunta a proteger el *interés de la generalidad* a una competencia no distorsionada (unverfälschten Wettbewerb) ²⁵⁸.

Agrega que el referido enfoque “integrado”, que incluye intereses múltiples (mehrere Interessen), se basa en considerar que en la realidad del mercado se encuentran *diferentes actores* y, en caso de conflicto, en la medida de lo posible, todos los intereses deben ser considerados; puntualizando que un derecho de

²⁵⁸ ALEXANDER, CHRISTIAN, “Verbraucherschutzrech”, Verlag C.H. Beck, München 2015, p. 154.

competencia desleal, que solo tenga en cuenta los intereses de ciertos actores del mercado, corre el riesgo de descuidar aspectos importantes de la actividad del mercado (*wichtige Aspekte des Marktgeschehens außer Acht zu Lassen*)²⁵⁹. Advierte finalmente, que el enfoque regulatorio "integrado" presenta la dificultad de *ponderar y pesar* (*abwägen und gewichten*) los diversos intereses, porque los intereses de los competidores y los consumidores no siempre coinciden²⁶⁰.

2. VINCULACIÓN ENTRE "LEALTAD COMERCIAL, DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR".

El enfoque regulatorio integrado al que nos hemos referido anteriormente, pone de manifiesto un aspecto de importancia: la estrecha vinculación existente entre *lealtad comercial, defensa de la competencia y protección del consumidor*.

Desde esta perspectiva, el buen funcionamiento del mercado de consumo exige proteger distintos intereses que comprenden tanto los problemas entre empresas (Defensa de la competencia, y algunos aspectos de la Lealtad comercial) como los problemas que se plantean entre empresas y consumidores (derecho del consumidor). Por otra parte, resulta importante señalar que la defensa de la competencia supone una protección "indirecta" para los consumidores, ya que en caso de verificarse concentraciones económicas y conductas anticompetitivas los bienes y servicios ofrecidos en el mercado de consumo verificarán tendencias hacia precios más altos y menor calidad situación que -en definitiva- termina perjudicando a aquellos.

En síntesis tanto la *lealtad comercial* como así también *la defensa de la competencia* se orientan a la protección del interés económico general de quienes actúan en el mercado de consumo entre quienes se hallan los consumidores.

3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA.

Con anterioridad al dictado del Decreto 274/2018, el derecho argentino se orientó claramente hacia un sistema regulatorio "sectorizado". Así frente a los problemas de concentraciones económicas y conductas anticompetitivas se establecieron regulaciones específicas tales como las leyes 22.906 (1980), 25.156 (1999) y 27.442 (2018). Del mismo modo en materia de Lealtad Comercial la principal regulación fue la ley 22.802 (1983), aunque también merecen mencionarse el Decreto 1153/97 y Resolución 89/98 (reglamentarios del art. 10 de la ley 22.802), la Resolución 789/98 (requisitos de la publicidad de bienes o servicios por cualquier medio), Resoluciones 319/99 y 859/2008 (comercialización de aparatos eléctricos de uso doméstico) la primera de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería y la segunda de la Dirección Nacional de Comercio Interior, Resolución 364/91 (comercialización de aguas lavandinas para uso doméstico) de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación y sus Anexos, Resolución 306/92 (valores y tolerancias de los contenidos de los productos alimentarios envasados) de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación y sus Anexos, etc. Por su parte los derechos

²⁵⁹ ALEXANDER, CHRISTIAN, "Verbraucherschutzrech", cit., p. 155.

²⁶⁰ ALEXANDER, CHRISTIAN, "Verbraucherschutzrech", cit., p. 155.

de los consumidores estuvieron regulados por la ley 24.240 (1993) y sus sucesivas modificaciones.

3.1. EL TRÁNSITO HACIA UN ENFOQUE REGULATORIO “INTEGRADO”.

El Decreto 274/2018 cuyo comentario realizamos en este trabajo, parece señalar el inicio del tránsito desde el criterio regulatorio sectorizado hacia un nuevo sistema regulatorio “integrado”. Esta afirmación se fundamenta en dos aspectos: a) La regulación en un mismo cuerpo normativo de cuestiones relativas a defensa de la competencia, lealtad comercial y derecho del consumidor. b) La expresa mención a la finalidad de dicha regulación en “*interés de todos los participantes del mercado*”. En efecto el art. 1 del citado Decreto que lleva por título “Finalidad” establece que el mismo tiene por *objeto asegurar la lealtad y la transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a la información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales “...en interés de todos los participantes del mercado”*.

IV) POLÍTICAS PÚBLICAS DE IMPLEMENTACIÓN Y MEJORES INDICADORES DE “EFICACIA” Y “EFICIENCIA”.

Las políticas públicas caracterizarse como proyectos, programas que se planifican y luego se ejecutan y gestionan desde el estado frente a problemas, necesidades o demandas sociales. ¿Qué debe entenderse por *eficacia*?. Se trata de un concepto que hace referencia al efectivo logro de determinada finalidad u objetivo. Por su parte la *eficiencia*, se propone que la finalidad u objetivo antes referida se logre con el menor uso o gasto posible de los recursos disponibles (*Ej. recursos humanos, edilicios, insumos, tiempos u horas hombre invertidas, etc*). En estos términos *eficacia* y *eficiencia* resultan ser conceptos diferentes pero complementarios.

En la actualidad, y en lo que respecta a defensa de la competencia, lealtad comercial y derecho del consumidor se advierte un buen nivel de recepción normativa, lo cual pone de manifiesto que la política pública “legislativa” en estos temas ha sido exitosa. Pero no puede decirse lo mismo en el ámbito de las políticas públicas tendientes a la implementación práctica y correcto funcionamiento de tales derechos. De ello se deriva que actualmente el problema ya no es el reconocimiento de los derechos sino su *eficacia*. En otras palabras, la implementación de la normativa de *lealtad comercial, defensa de la competencia y derecho del consumidor* exige políticas públicas de implementación que conduzcan a mejores indicadores de *eficacia* y *eficiencia*. Ahora bien: ¿Como lograr mejorar dichos indicadores?.

1. LOS DISTINTOS CRITERIOS DE IMPLEMENTACIÓN.

En materia de implementación de las normas regulatorias de la *lealtad comercial, defensa de la competencia y derecho del consumidor* pueden distinguirse dos grandes sistemas:

- **Descentralización en la facultad de aplicación y en la ejecución:** Un primer sistema es el que establece una autoridad nacional de aplicación pero reconociendo en los gobiernos provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de ejercer el control y vigilancia respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción juzgando las presuntas infracciones. Es el criterio del Decreto 274/2019 en sus artículos 25 y 27, que también estableció la anterior ley de Lealtad Comercial 22.802 y la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y usuarios (arts 41 y ss). En los hechos, este sistema supone que cada provincia e incluso algunos municipios, pueden organizar libremente tanto los criterios de aplicación como así también la ejecución de los mismos. El aspecto crítico de este sistema es la falta de unidad de concepción en distintos aspectos de la materia que nos ocupa. Ello ha dado lugar a la proliferación de diferentes criterios, la dispar implementación y la dificultad para lograr aplicar políticas públicas coordinadas en todas las jurisdicciones, situaciones que se verifican repetidamente en la práctica. Tal situación, aparte de afectar la eficacia de las políticas públicas a implementarse, también puede vulnerar el derecho de igualdad de los sujetos que operan en el mercado de consumo (art. 16 CN).

- **Centralización en la facultad de aplicación con descentralización en la ejecución:** Un segundo sistema es establecer una autoridad nacional federal centralizada en lo que respecta a la facultad de aplicación de todas las leyes que regulan el mercado de consumo y solo descentralizar la *ejecución* a través de sedes en todas las provincias y ciudades importantes del país. De este modo al contar con *unidad de acción* y presencia en todo el territorio nacional, dicha autoridad puede diseñar, implementar, aplicar y evaluar las políticas públicas de un modo no solo más uniforme, sino también más eficaz y eficiente.

En el derecho comparado un caso ilustrativo es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), organismo público que inició sus actividades en el año 1992 ²⁶¹. El INDECOPI Tiene como funciones la *“promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Asimismo, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y libre competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y derechos de autor, hasta las patentes y biotecnología”*. Asimismo *“como resultado de su labor en la promoción de las normas de leal y libre competencia entre los agentes de la economía peruana, el Indecopi es concebido como una entidad de servicios que impulsa el desarrollo de una cultura de calidad, para lograr la plena satisfacción de la ciudadanía, los empresarios y el Estado”* ²⁶².

En síntesis, dicho organismo es la autoridad de aplicación de distintas leyes y normas regulatorias del mercado de consumo tales como las que regulan la defensa de la competencia, lealtad comercial, metrología legal, defensa del consumidor, marcas y patentes, propiedad intelectual, etc. Dicha *unidad de acción*

²⁶¹ www.indecopi.gov.pe

²⁶² www.indecopi.gov.pe

le brinda una mejor capacidad de respuesta frente a los modernos problemas que plantea el moderno mercado de consumo.

2. POSIBILIDAD DE AVANZAR HACIA UNA IMPLEMENTACIÓN POR VÍA DE UNA AUTORIDAD FEDERAL DE APLICACIÓN.

Los desarrollos anteriores ponen de manifiesto que el Decreto 274/2018 cuyo comentario realizamos en este trabajo, ha adoptado un criterio regulatorio “integrado” de cuestiones de derecho sustancial relativas a defensa de la competencia, lealtad comercial y derecho del consumidor. Pero en materia de implementación ha mantenido la vigencia de un sistema de aplicación descentralizado tanto en lo que respecta a los criterios de aplicación como así también en la ejecución de los mismos.

Consideramos que la creación de una autoridad federal nacional de aplicación de las distintas leyes y normas regulatorias del mercado (Defensa de la Competencia, Lealtad Comercial, Metrología legal, Defensa del Consumidor), que establezca una conducción centralizada y una ejecución descentralizada a través de sedes en todas las provincias del país permitirá lograr una mejor organización y especialización de las autoridades de aplicación, contribuyendo a lograr mejores indicadores de eficacia y eficiencia.

EMPRESAS BIC - IMPACTO SOCIAL

Orlando M. Muiño
María Fernanda Cocco

INTRODUCCIÓN

Richard²⁶³ nos define a la empresa como *“... organización y actividad, un patrimonio afectado al cumplimiento de determinados objetivos, o la organización sistemática, funcional y activa de medios (factores de la producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado. ... los elementos que integran a la empresa: a) El empresario, que es quien organiza la actividad y procura el lucro que la misma le produce; y b) Los elementos materiales, inmateriales y humanos de que dispone y organiza el empresario para llevar adelante la actividad, ... un conjunto de bienes materiales y/o inmateriales que son organizados para llevar adelante la explotación de la “empresa” ...”*.

Fourcade²⁶⁴ nos dice, también, que *“... el concepto de empresa, comercial, industrial o de servicios, como actividad económica organizada, adhiriendo al enfoque socioeconómico y sistémico, que la define como un sistema sociotécnico que organiza un centro de trabajo utilizando factores elementales: capital, mano de obra y tecnología; y factores dispositivos: planificación, dirección, registración y control, que, reconocidos como una universalidad, se orientan al logro de un objetivo socioeconómico, mediante la producción o intercambio de bienes y servicios, afectando al medio ambiente, a la comunidad y al Estado⁽³⁾ ...”*.

B Lab²⁶⁵ nos brinda la siguiente definición de “Empresa B”: *“las corporaciones B certificadas son empresas que cumplen con los más altos estándares de desempeño social y ambiental verificado, transparencia pública y responsabilidad legal para equilibrar las ganancias y el propósito”*. Battistel²⁶⁶ las caracteriza como *“... empresas que buscan el beneficio y sustentabilidad económica desarrollando una nueva forma de relacionarse*

²⁶³ Prólogo al libro Empresa y sociedad. Actualidad y relevancia. Ed. Jurídicas Olejnik - 2019 - Chile - Dir. María Cristina Mercado de Sala.

²⁶⁴ Fourcade, Antonio Daniel Sociedades. Parte General. Ed. Advocatus - 2000 - Córdoba - pág. 16 citando a García Echeverría, Santiago.

²⁶⁵ <https://bcorporation.net/about-b-corps>

²⁶⁶ Battistel, Paola “UNA APROXIMACION A LAS EMPRESAS B. SER LAS MEJORES PARA EL MUNDO” - Estudios de Derecho Empresario - Volumen 2 - 2013

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/6339>

con el mercado, sin perder de vista otros objetivos que la hacen relevantes para la sociedad, teniendo especial consideración por los propios trabajadores, el medio ambiente y la sociedad en su conjunto”.

El proyecto de ley²⁶⁷ las caracteriza como “... serán Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) las sociedades constituidas conforme a alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades ... y los que en el futuro se incorporen a dicha normativa y/o se creen en forma independiente a la misma, cuyos socios además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas se obliguen a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad, en las formas y condiciones que establezca la reglamentación”.

Las sociedades son una de las formas jurídicas que adoptan muchas empresas. Al adoptar esta especial “forma” que prevé el derecho, se produce el nacimiento de una nueva persona jurídica con la consiguiente división patrimonial que acarrea este reconocimiento. La división patrimonial es el principal efecto que produce tal reconocimiento y, en consecuencia, el nuevo centro de imputación autogestante necesita ser administrado adecuada y responsablemente. Esta cuestión asume mayor importancia si se trata de empresas BIC.

Entendiendo que el régimen de las empresas BIC es un claro ejemplo de un intento de regular la funcionalidad interna de la empresa que impacta en la funcionalidad externa, nos adentraremos a analizar el gobierno y administración de estas empresas.

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS BIC

El proyecto de ley establece: “...En el desempeño de sus funciones, la ejecución de los actos de su competencia y en la toma de decisiones, los administradores deberán tomar en cuenta los efectos de sus acciones u omisiones respecto de: i) los socios, ii) los empleados actuales y, en general, la fuerza de trabajo de la sociedad, iii) las comunidades con las que se vinculen, el ambiente local y global, y iv) las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad, de tal forma que se materialicen los fines de la misma. La responsabilidad de los administradores por el cumplimiento de la obligación antedicha sólo podrá ser exigible por los socios y la sociedad. ... Los administradores, además de las obligaciones establecidas en los artículos 62 y siguientes de la Ley General de Sociedades ... deberán confeccionar un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental previsto en su estatuto.

El Reporte Anual confeccionado por los administradores deberá ser auditado por un profesional independiente matriculado especializado en los ámbitos en los que se pretende lograr impacto positivo social y ambiental.

²⁶⁷ Integra el Anexo I del presente trabajo.

Los requisitos de información que deberá contener el Reporte Anual, así como las pautas para la realización de la auditoría y los mecanismos de publicidad serán establecidos mediante reglamentación.

El Reporte Anual deberá ser de acceso público. El mismo deberá ser presentado dentro de un plazo máximo de SEIS (6) meses desde el cierre de cada ejercicio anual, ante el Registro Público del domicilio social.

El Registro Público deberá publicar en su página web los reportes Anuales presentados por las sociedades BIC.”.

a) Aportes de la teoría de la administración²⁶⁸:

Podemos decir que la administración es la “... coordinación de todos los recursos a través de los procesos de planear, organizar, dirigir y controlar, para alcanzar objetivos establecidos ...”²⁶⁹ o el “... proceso de consecución de objetivos organizacionales mediante la combinación del trabajo con personas, y de las personas, con otros recursos organizacionales ...”²⁷⁰.

En cuanto a la figura del administrador nos dice que es la persona “... responsable del desempeño de una o más personas de la organización ... que obtiene resultados a través de la organización y de las personas que trabajan en ella ... que planea, organiza, dirige personas, gestiona y controla recursos materiales, financieros, informáticos y tecnología para conseguir determinados objetivos ...”²⁷¹. Actividades estas que “... atañen no sólo al alto ejecutivo sino también al supervisor de primera línea ... se aplican al administrador en cualquier nivel de la organización ...”²⁷².

Para el derecho societario el administrador es la persona que lleva adelante: 1- la gestión operativa consistente en los actos que integran el objeto social; 2- la gestión empresarial que implica la organización, desarrollo y conservación de la empresa de la sociedad; 3- la representación societaria al vincularse con terceros²⁷³.

Para la teoría de la administración el administrador se desempeña en todos los niveles de la organización, y según en cuál de esos niveles se encuentre será su papel²⁷⁴.

²⁶⁸ Seguimos en este punto lo expuesto por Cocco, María Fernanda en su trabajo LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA ADMINISTRATIVA - Ensayos de Derecho Empresario Volumen VIII - Ed. FESPRESA - 2013 - págs. 15 a 25

²⁶⁹ CHIAVENATO, Idalberto ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS - Ed. Mac Graw Hill - Colombia - 2002 - pág. 7.

²⁷⁰ CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 7.

²⁷¹ CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 6.

²⁷² CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 7.

²⁷³ RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando Manuel op. cit. pág. 224 - 225. ROITMAN, Horacio op. cit. T. II pág. 285 - 288.

²⁷⁴ Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 13 y ss.

Tenemos tres niveles organizacionales, a saber: a- institucional, b- intermedio y c- operacional.

Corresponde al nivel institucional, por ser la alta administración de la organización, tomar las decisiones principales y marcar la estrategia de negocios de la empresa. Define la misión y visión de la organización. Se encuentra en relacionado íntimamente con el entorno externo de la empresa y, por ello, recepta los cambios y presiones que ocurren en el exterior.

Corresponde al nivel intermedio, por ser la articulación entre los niveles institucional y operacional, receptar las decisiones adoptadas en el nivel institucional y operativizarlas, a través de diversos programas de acción, en directivas para el nivel operacional. Interpreta la misión y los objetivos de la empresa y genera las tácticas de negocio de la organización.

Corresponde al nivel operacional, por ser el basamento ejecutivo de la empresa, administrar la realización de las tareas rutinarias de la organización afectando los recursos humanos no administrativos. Tiene contacto directo con la línea de producción.

En este punto, apreciamos una notable diferencia entre la conceptualización de la administración o gestión social que realiza el derecho societario. Para este último, la gestión social tiene tres actores: 1- la asamblea, 2- el órgano de administración y 3- la sindicatura; y constituyen, para la teoría de la administración, el mismo nivel organizacional.

La asamblea es el órgano de gobierno de la sociedad, por ende, todas las decisiones que afectan el desenvolvimiento de la misma son adoptadas en su seno; y se trata de un ámbito colegial en el cual impera el principio de las mayorías. Es quien aprueba el plan de gestión propuesto por el órgano de administración y quien, en definitiva, puede asumir o no, como expresión máxima de la voluntad social, las consecuencias del actuar del órgano de administración determinando el punto de permeabilidad patrimonial.

La sindicatura es un órgano de contralor, opcional en muchos casos, que impone límites administrativos -modos, plazos, etc.- al ejercicio del derecho de información de los socios. Realiza un control de tipo formal, salvo cuando se constituye el Consejo de Vigilancia (integrado por socios) en cuyo caso el control se extiende a la oportunidad y mérito del actuar de los demás órganos.

El órgano de administración es el único órgano permanente de la sociedad, por ser el encargado de ejecutar las directivas impartidas por la asamblea. Administra los diversos recursos de la sociedad y la representa legalmente; formula y eleva a consideración de la asamblea el plan de negocios de la sociedad plasmado en la memoria y en el informe de gestión.

El proceso administrativo es estudiado por la teoría de la administración identificando cuatro componentes: 1- planeación, 2- organización, 3- dirección y 4- control. Funciones que son permanentes y continuas²⁷⁵.

La planeación define los objetivos a alcanzar por la organización en un determinado periodo de tiempo, estableciendo cómo se alcanzarán los mismos, determinando los recursos organizacionales que serán afectados para dicho propósito y describiendo las tareas que deberán ejecutarse. Implica toma de decisiones y solución de problemas.

La organización conlleva la asignación de tareas y recursos organizacionales a los diferentes equipos de trabajo de la empresa y la atribución de autoridad para conseguir los objetivos establecidos.

La dirección es la concreción de lo planeado y organizado, a través de la motivación de las personas que integran los diferentes equipos de trabajo de la empresa. Guía el actuar de las personas adecuándolo a los objetivos organizacionales. Trata de conseguir que los objetivos se cumplan trabajando con y a través de las personas.

El control evalúa el desempeño de la organización en el logro de sus objetivos preestablecidos. Verifica si todas las tareas desarrolladas por la empresa se adecuan a lo planeado, organizado y dirigido tratando de corregir los desvíos producidos. El control puede ser previo, concomitante o posterior al acto sujeto a verificación.

Todas estas funciones del proceso administrativo recaen, en la teoría de la administración, en cabeza de los administradores y bajo su responsabilidad.

En cambio, para el derecho societario, aparentemente, y considerando los actores que conforman la gestión social, no siempre recaerían en el órgano de administración. Siendo más explicativos, y siempre en principio dejando a salvo excepciones, la planeación estaría adjudicada a la órbita de la asamblea; la organización y dirección, al órgano de administración; y el control a cargo de la sindicatura.

Siguiendo la lógica impuesta desde la teoría de la administración, lo expuesto en el párrafo precedente constituiría una falacia, debido a que la sociedad, como organización, tiene un nivel institucional integrado por la asamblea, el órgano de administración y la sindicatura que debería planear, organizar, dirigir y controlar estratégicamente.

No tenemos en la actual Ley General de Sociedades regulado la constitución, funcionamiento, atribuciones, etc. de los demás niveles organizacionales de administración; la única posibilidad de normatización de estos aspectos queda

²⁷⁵ Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto op. cit. pág. 16 y ss..

librado a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores, que, en pleno ejercicio de esa autonomía de la voluntad, valga la redundancia, decidan organizar y reglamentar estos otros niveles de administración en el estatuto social; o posteriormente, lo hagan en una modificación del contrato social, pero ya con las reglas de funcionamiento de la asamblea y sujetos al régimen de mayorías.

b) Aportes de la teoría del buen gobierno corporativo²⁷⁶:

Podemos considerar, siguiendo a Martínez-Echevarría y García de Dueñas²⁷⁷, que la teoría del gobierno corporativo se ocupa de determinar quién ejerce el poder en la sociedad y cómo se puede exigir responsabilidad a los gestores. Existen dos tipos de normas que pueden regular el gobierno corporativo de las organizaciones: las de cumplimiento voluntario y las de cumplimiento obligatorio. Respecto de las normas de cumplimiento voluntario, tal como nos dice el autor citado, si una sociedad no las cumple, debe explicar por qué.

Esta teoría del gobierno corporativo implica quebrar la concepción clásica de la gestión de las organizaciones -esto es, delegar la administración y demás decisiones sociales a los administradores profesionalizados- y aceptar que existen otras partes interesadas en la gestión social (accionistas, proveedores, empleados, la comunidad en la que se inserta, etc.) con derecho a exigir la rendición de cuentas o a controlar esa gestión. Esta teoría comprende dentro de sí pautas de comportamiento ético empresarial²⁷⁸.

Ese código de buen gobierno implica recomendaciones de buenas prácticas empresarias y es adoptado voluntariamente u obligatoriamente, dependiendo del sistema normativo vigente, por las sociedades comerciales. El hecho de adoptarlo las convierte en sociedades con gestión socialmente responsable y, a la vez, identifica más detalladamente los supuestos de responsabilidad de los administradores por su gestión y amplía el concepto de rendición de cuentas.

Tal como sostienen Server Izquierdo y Villalonga Grañana²⁷⁹, “se avanza paulatinamente en la adopción de normas legales que exigen la inclusión de indicadores sociales en la información que se requiere a las corporaciones” para así pasar de un sistema voluntarista a un sistema reglamentario.

²⁷⁶ Seguimos en este punto lo expuesto por Cocco, María Fernanda en su trabajo *El informe de gestión de los administradores societarios. Una aproximación a su contenido.* - Estudios de Derecho Empresario Volumen 1 - 2013
<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/4934>

²⁷⁷ Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA Y EL GOBIERNO CORPORATIVO - CEU Ediciones Julián Romea, 18 - 28003 Madrid
<http://www.ceu.es> Depósito legal: M-3903-2009 Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

²⁷⁸ Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas ob. cit.

²⁷⁹ Ricardo J. Server Izquierdo - Inmaculada Villalonga Grañana ob. cit.

Se distinguen cuatro modelos²⁸⁰ o diseños de la administración y gobierno de las sociedades:

1. el modelo **financiero**: se basa en el principio de la gestión empresarial entendida como la maximización del valor de la empresa para los accionistas. Este modelo, basado en la teoría de la agencia, se fundamenta en un conflicto de intereses entre la propiedad y la dirección y el gobierno corporativo; por eso su fin último es la preservación de los intereses de los accionistas. En pos de ello, separa la gestión y la rendición de cuentas de los administradores²⁸¹.

2. el modelo de **gestión**: se basa en el principio de la profesionalización de los directores y en la confianza depositada en ellos, por parte de los accionistas. Esa confianza se ve reflejada en amplias facultades otorgadas a los administradores para la toma de decisiones con el objetivo de alcanzar el máximo beneficio para los accionistas. Este modelo cuestiona el conflicto de intereses entre principal y agente; la actuación de los administradores no necesariamente responde a privilegiar intereses individuales por sobre el interés social²⁸².

3. el modelo **político**: se basa en la influencia que pueden ejercer los propietarios de la empresa en la administración de las sociedades, no siendo un aspecto intrínseco únicamente a los accionistas, directivos y grupos de interés;

4. el modelo de las **partes interesadas**: se basa en el principio de responsabilidad social empresarial, entendiendo que la sociedad no busca alcanzar sólo beneficios para sus accionistas sino que, también, aspira a beneficiar a los grupos de interés de la sociedad debido a las especiales vinculaciones entre ellos. Tiene en cuenta la incidencia de las decisiones que se adoptan dentro de la administración de la sociedad y cómo la misma repercute en sus proveedores, clientes, inversores, etc. Desde esta teoría existen más grupos de interés implicados en la relación de agencia²⁸³.

Se denomina en doctrina “gobierno corporativo” a la forma cómo los administradores planifican, dirigen, organizan, y supervisan la sociedad a fin de garantizar que los principios de integridad, transparencia y responsabilidad sean asegurados en toda su actuación y en el desarrollo de su actividad empresarial²⁸⁴.

²⁸⁰ Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS - REVESCO N° 98 - Segundo Cuatrimestre 2009 - ISSN: 1885-8031 - www.ucm.es/info/revesco

²⁸¹ Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁸² Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁸³ Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁸⁴ Georgina C. Tamborino Morais LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROL INTERNO EN EL GOBIERNO CORPORATIVO: CASO PORTUGAL / ESPAÑA - Profesora Adjunta, de auditoría y control interno Departamento de Contabilidad y Auditoria do ISCAC Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra IPC- Coimbra- Portugal Quinta Agrícola- Bencanta 3040-316 Coimbra Portugal

Esta estructuración permite identificar los derechos de los accionistas en oposición con los deberes de los administradores²⁸⁵; y habrá de estar dirigida a fortalecer los sistemas de gestión, control y administración de las empresas, constituyéndose en un instrumento de armonización de las relaciones entre propietarios, administradores y partes interesadas.

Existen dos puntos de vista según que la relación de la sociedad con las partes interesadas sea un medio o un fin. Como consecuencia de esta diferenciación hay dos teorías de partes interesadas: la teoría instrumental y la teoría normativa²⁸⁶.

Para la primera, la relación del gobierno corporativo con las partes interesadas se enmarca dentro de la visión estratégica de la sociedad con la finalidad de lograr el posicionamiento dentro del mercado asegurando, de esa manera, el rédito económico.

Por su parte, para la otra teoría, la mencionada relación gira en torno a los valores societarios explicitados en la misión-visión estratégica. Esos valores orientan la gestión socialmente responsable que deben llevar adelante los administradores. Siguiendo a Puentes Poyatos, Velasco Gámez y Vilar Hernández²⁸⁷ se vincula a la "gestión moral" frente a otros tipos de gestión, como la inmoral y la amoral, que persiguen la rentabilidad como su objetivo.

Estos cuatro diseños de la administración y gobierno de las sociedades influyen, directamente, en la manera de rendir cuentas por parte de los administradores societarios y en el contenido de los diversos informes que presentan a esos fines.

c) Aportes de la teoría de la responsabilidad social empresaria²⁸⁸:

Existe una corriente que influye decisivamente en esta contrastación: la de la responsabilidad social empresaria.

Podemos conceptualizar a la Responsabilidad Social Empresaria como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones

²⁸⁵ Georgina C. Tamborino Morais ob. cit.

²⁸⁶ Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁸⁷ Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁸⁸ Seguimos en este punto lo expuesto por Cocco, María Fernanda en su trabajo *El informe de gestión de los administradores societarios. Una aproximación a su contenido.* - Estudios de Derecho Empresario Volumen 1 - 2013 <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/4934> y lo expuesto por Cocco, María Fernanda en su trabajo LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA ADMINISTRATIVA - Ensayos de Derecho Empresario Volumen VIII - Ed. FESPRESA - 2013 - págs. 15 a 25.

sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores²⁸⁹.

En este sentido, en el concepto de responsabilidad social se puede distinguir, al decir de Server Izquierdo y Villalonga Grañana²⁹⁰, una dimensión interna y otra externa. En lo interno, se afecta directamente a los trabajadores y se vincula con la inversión en recursos humanos, la salud e higiene laboral, la seguridad y la gestión del cambio; en lo externo, lo que se afecta es el medio ambiente, se vincula con la gestión de los recursos naturales utilizados en la producción y se extiende a las comunidades locales incluyendo: trabajadores, accionistas, socios comerciales, proveedores, consumidores, etc.

Estas dos dimensiones, sumadas a las inquietudes que tienen las partes interesadas en la gestión societaria, llevan a cristalizar el plan de empresa que incluye adoptar valores, definir la misión-visión, establecer la planificación estratégica y las políticas generales y fijar objetivos. Este plan de empresa debe responder a "parámetros de eficiencia, productividad y competitividad"²⁹¹ dentro del marco de responsabilidad social empresaria.

Contar con una buena estructura o diseño de administración y gobierno de las sociedades se ha convertido, al decir de Puentes Poyatos, Velasco Gámez y Vilar Hernández²⁹², en un indicador clave de la buena gestión y responsabilidad social de dichas entidades. Esto se materializa en los códigos de buen gobierno y en los controles internos.

Esta nueva concepción de la rendición de cuentas de los administradores societarios viene de la mano de la ampliación de los destinatarios interesados en la información acerca del desenvolvimiento de la empresa en la comunidad en la que se inserta. Asimismo, estos nuevos destinatarios y la comunidad exigen conocer cuáles son los valores que reconoce como propios dicha empresa y cuáles son los indicadores no financieros que utiliza para evaluar su gestión. Todo ello en el marco de lo que se conoce como Responsabilidad Social Empresaria.

Al decir de Martínez González²⁹³ "... poder, responsabilidad y rendición de cuentas son conceptos relacionados. Sin la delegación de cierto poder, o cierta capacidad de hacer, no se puede exigir responsabilidad, esa responsabilidad se

²⁸⁹ Ricardo J. Server Izquierdo - Inmaculada Villalonga Grañana *LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA (RSC) Y SU GESTIÓN INTEGRADA* CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 53, noviembre 2005, pp. 137-161.

²⁹⁰ Ricardo J. Server Izquierdo - Inmaculada Villalonga Grañana ob. cit.

²⁹¹ Georgina C. Tamborino Morais ob. cit.

²⁹² Raquel Puentes Poyatos, María Del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández ob. cit.

²⁹³ Alberto Martínez González *NUEVOS ENFOQUES DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. ESTUDIO DE LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN A TRAVÉS DE INTERNET POR LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS* - Auditoría Pública nº 36 (2005) p.p. 83-100

demuestra, justifica y descarga mediante la oportuna rendición de cuentas. La rendición implica la demostración de los resultados de la gestión de tal forma que ello supone revelar y explicar lo que se ha hecho ... consideran que su ámbito debe ampliarse, yendo más allá de la típica justificación contable ... la rendición de cuentas en el ámbito empresarial se ha visto sometido a un doble proceso que ha evolucionado en paralelo: ... la ampliación del concepto de responsabilidad ... y de la información a suministrar, forma de presentarla y su acceso ...”.

Las corrientes que propugnan la responsabilidad social empresarial pretenden imponer la realización del balance social que comprenda todos los elementos de gestión²⁹⁴, basadas en el supuesto que la contabilidad tradicional no informa adecuadamente sobre el logro de la finalidad para la que se ha creado la entidad²⁹⁵ ni refleja la imagen fiel de la empresa y, menos aún, recoge los aspectos de naturaleza social que le atañen²⁹⁶, sobre todo en aquellas que no persiguen un fin de lucro.

Se recurre al balance social como un instrumento de información para la empresa y sus propietarios complementario a la rendición de cuentas. Al ser un documento paralelo a los estados contables tradicionales, se posiciona como un instrumento para construir una planificación sobre bases más científicas²⁹⁷; por este hecho, sirve para la evaluación de la gestión realizada²⁹⁸. A la vez, se trata de un sistema informativo para las actuales necesidades que plantea la gestión social de la empresa²⁹⁹.

Además, la sociedad demanda información sobre la incidencia del actuar empresarial en temas de alta sensibilidad, tales como la política de empleo y de personal que se adopta en las empresas y todo lo relacionado con el medioambiente³⁰⁰.

Hablar de responsabilidad social empresarial implica tomar postura sobre varios aspectos como ser: a) concepción de empresa, b) modelo económico, c) condiciones laborales de los asalariados y d) tipo de organización empresarial. Es necesario explicitar la misión, visión y valores de la empresa como parte de

²⁹⁴ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel *PROPUESTA DE BALANCE SOCIAL PARA FUNDACIONES* – CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 51-78.

²⁹⁵ RIBAS BONET, Ma. Antonia *EL BALANCE SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA LA EVALUACIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL EN LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS* – CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 115-147.

²⁹⁶ RIBAS BONET, Ma. Antonia op. cit.

²⁹⁷ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel op. cit.

²⁹⁸ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel op. cit.

²⁹⁹ TOUS ZAMORA, Dolores – CIRUELA LORENZO, Antonio Manuel *RESPONSABILIDAD SOCIAL Y CULTURA EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS AGRARIAS. MODELO GENERAL DE BALANCE SOCIAL* – CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 53, noviembre 2005, pp. 209-240.

³⁰⁰ TOUS ZAMORA, Dolores – CIRUELA LORENZO, Antonio Manuel op. cit.

la responsabilidad social de ésta³⁰¹. Este aspecto se presenta como la respuesta por parte de las empresas a las demandas de los diversos sectores con los que se relaciona, tomando especial consideración si la empresa trata de que:

- sus productos y servicios contribuyan al bienestar de la sociedad
- sus actividades sean respetuosas del medio ambiente
- su comportamiento vaya más allá del cumplimiento de la normativa vigente
- sus directivos tengan un comportamiento ético con su personal
- sean respetados los derechos y deberes de los trabajadores
- sea fomentado el apoyo a los sectores más desfavorecidos de las comunidades³⁰².

Según Tous Zamora – Ciruela Lorenzo³⁰³, con la expresión balance social se “... hace referencia al conjunto de técnicas, modelos, sistemas y procedimientos tendentes a evaluar, medir y contrastar la situación de la empresa en el ámbito de la eficiencia social ...” es así “... un instrumento de gestión para planear, organizar, dirigir, registrar, controlar y evaluar, en términos cuantitativos y cualitativos, la gestión social en un periodo determinado, y en el que deben aparecer indicadores económicos, humanos y sociales relacionados con el entorno y los grupos internos y externos con los que la empresa se relaciona ...”.

Como instrumento de evaluación de la gestión social, nos dice Cabra de Luna³⁰⁴ que puede adoptar dos modalidades, a saber: “... 1) expresar los aspectos sociales y los económicos sumados a los financieros por separado y luego presentar una conclusión sobre ambos aspectos; o 2) realizar un documento único tomando el sistema de valores de la sociedad ...”. Al adoptar esta función, el documento tiene destinatarios básicos: los propietarios o accionistas, los empleados y las empresas con las cuales se vincula.

Continúa diciéndonos Cabra de Luna³⁰⁵ que para su elaboración se necesita contar con indicadores que deben reunir los siguientes requisitos: “... significación teórica, totalidad, selectividad, jerarquía, operatividad, concentración, escalonamiento, validez, simplicidad, facilidad, inambigüedad, agregatividad, ponderación, homogeneidad, unidireccionalidad, cooperatividad, objetividad y polivalencia ...”.

Siguiendo parcialmente a Spear³⁰⁶, podemos decir que la elaboración de un balance social se conforma con los siguientes ítems:

³⁰¹ MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber *RESPONSABILIDAD Y BALANCE SOCIAL HOY EN DÍA: UN RETO PARA LAS COOPERATIVAS* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 25-50.

³⁰² TOUS ZAMORA, Dolores - CIRUELA LORENZO, Antonio Manuel op. cit.

³⁰³ TOUS ZAMORA, Dolores - CIRUELA LORENZO, Antonio Manuel op. cit.

³⁰⁴ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel op. cit.

³⁰⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel op. cit.

³⁰⁶ SPEAR, Roger *EL BALANCE SOCIAL EN LA ECONOMÍA SOCIAL. ENFOQUES Y PROBLEMÁTICA* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 9-24.

1. **Planificación:** implica establecer objetivos y la verificación del cumplimiento de los mismos en un periodo determinado. Se puede incorporar e integrar al proceso de planificación estratégica de la empresa.
2. **Participación:** implica la comunicación entre la administración de la empresa y el resto de sus recursos humanos.
3. **Información:** para el adentro y el afuera de la empresa.
4. **Legalidad:** implica el efectivo cumplimiento de las normas aplicables a la actividad de la empresa.
5. **Toma de decisiones:** toda la información que se brinda está orientada a permitir y facilitar el proceso de toma de decisión empresarial.
6. **Cuantificación:** permite unificar la manera de evaluar todos los resultados de la empresa.
7. **Actualización:** permite conocer la situación real de la empresa y la adaptación de la misma a su entorno a través del análisis de: a- marcadores cualitativos y cuantitativos de los aspectos relevantes; b- desviaciones positivas o negativas más significativas; y c- acciones correctoras para hacer frente a las desviaciones negativas y apoyar los puntos fuertes.

Esto supone adoptar una postura crítica de la manera en que se puede administrar una empresa y que puede concluir en una transformación de los niveles gerenciales, sobre todo del nivel estratégico, y de la empresa misma³⁰⁷.

d) Informe de gestión como equivalente a Reporte Anual:

Desde otro lado, y tratando de unificar las posturas pro memoria y pro balance social, nos posicionamos en la necesidad de un “informe de gestión”.

Informe de gestión destinado a brindar todas las explicaciones necesarias para los socios que conforman esa sociedad –a modo de rendición de cuentas– y todas las futuras líneas de acción a adoptarse –a modo de planificación estratégica–. Este informe de gestión, por su flexibilidad de contenido (por no tratarse de un estado contable) y su sencillez de presentación, permite ser adaptado a las particularidades de cada una de las sociedades; particularidades dadas por la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la estructura societaria adoptada en el momento constitutivo de la sociedad.

El Código de Buen Gobierno Corporativo intenta orientar la conformación y actuación de los administradores societarios. También cumple la función de servir de indicador de cumplimiento para la rendición de cuentas, efectivizada a través del informe de gestión.

Es, al decir de Tamborino Morais³⁰⁸, un sistema a través del cual las organizaciones son dirigidas y controladas; proporcionando una estructura

³⁰⁷ SPEAR, Roger op. cit.

para establecer los objetivos empresariales, los medios para obtenerlos y seguir su consecución.

Su contenido apunta a plasmar las políticas generales de la sociedad sobre:

1. gestión de recursos humanos: incluyendo formas de ingreso y ascenso del personal, formas de contratación del personal, programas de capacitación y formación del personal, escalas salariales y participación en las ganancias, negociación colectiva.
2. gestión de higiene y seguridad laboral: procedimientos de trabajo seguro, medidas de bioseguridad, utilización de elementos de protección personal, procedimientos ante siniestros, disposición de residuos peligrosos y/o patógenos, preservación del medio ambiente.
3. gestión administrativa: programas de mejora continua y/o de reestructuración socialmente responsable.
4. gestión ambiental: programas de eficientización de los recursos consumibles y/o no renovables, tratamiento de desechos y emisiones contaminantes, tratamiento de residuos peligrosos y/o patógenos, preservación del medio ambiente, tratamiento de disposición final de los productos.
5. gestión vecinal: programas de integración local y/o comunal y/o municipal.
6. gestión vincular: programas de asociacionismo de segundo y tercer grado, programa de integración y conformación de grupos económicos, programas de captación de inversores.
7. gestión de atención directa: programa de contratación de proveedores, programas de captación y atención de consumidores, programa de estadísticas de satisfacción de consumidores y calificación de proveedores.

Se debe tener en cuenta que “... la adopción e implementación de las prácticas de gobierno corporativo pueden constituirse en un intangible para cada empresa, la implementación de un modelo y la complejidad del mismo puede generar unos costos y cargas que no siempre se está en capacidad de atender y que pueden no obedecer a su tamaño financiero y a su estructura legal ...”³⁰⁹.

Ese intangible pretende alcanzar el posicionamiento de la empresa basándose en la confianza y transparencia brindada a sus “partes interesadas”. Esto se logra, según Prada Mancilla³¹⁰, a partir de los siguientes aspectos: a) revelación de información financiera clara, oportuna, precisa y con acceso, b) divulgación de la información contable y financiera con una periodicidad mínima anual con los principales indicadores financieros y sociales, c) divulgación de la misión, visión, el objeto social y los estatutos sociales actualizados y d) identificación y

³⁰⁸ Georgina C. Tamborino Morais ob. cit.

³⁰⁹ Elizabeth Prada Mancilla EL MODELO DE GOBIERNO CORPORATIVO DE UNA SOCIEDAD DEPENDE DE SU ESTRUCTURA LEGAL -Diferencias entre Sociedades Anónimas y/o Limitadas- - REVIST@ e - Mercatoria Volumen 8, Número 2 (2009)

³¹⁰ Elizabeth Prada Mancilla ob. cit.

revelación de los principales conflictos de interés de los administradores y la forma como se debe proceder ante ellos.

Asimismo, se establecen pautas de buena gestión administrativa y, entre ellas, encontramos: a) separar administración y propiedad de la empresa, b) administradores con experiencia y prestigio profesional, c) identificar los intereses de los pequeños, medianos y grandes inversores, d) comisiones de supervisión y control del órgano de administración, e) periodicidad del mandato de los directivos impidiendo la reelección indefinida y declarando nulas las cláusulas de blindaje, f) políticas empresariales aplicables en todos los niveles de la empresa, g) mecanismos de respuesta con respecto al cumplimiento o incumplimiento de las políticas empresariales, h) difusión de información institucional y estadística³¹¹.

e) Impacto del artículo 100 de la Ley General de Sociedades³¹²:

El artículo 100 de la Ley General de Sociedades insta el concepto de viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria. Implica reconocer que la sociedad se concibe como “empresario” y la consiguiente “profesionalización” de la actividad.

El Plan de Negocios³¹³ es entendido como el conjunto de múltiples factores tenidos en cuenta para concebir y poner en marcha un proyecto empresario. Este plan se plasma en dos documentos: a) en el contrato constitutivo de sociedad en lo que refiere a la especial estructura y organización de las funciones societarias; y b) en la planificación estratégica de la organización empresaria.

En cuanto a su contenido, podemos indicar dos grandes componentes: a) el componente económico-financiero y b) el componente social.

Respecto del componente económico-financiero, el contenido del Plan de Negocios aspira a explicitar la ingeniería financiera diseñada para la consecución del objeto social. En este sentido, cobran relevancia, y siempre a modo enunciativo, los ítems siguientes: 1) el producto o servicio, 2) el valor de ese producto o servicio desde la óptica del destinatario, 3) los requerimientos financieros para su colocación en el mercado, 4) el recupero de la inversión, 5) las condiciones imperantes en el mercado y la situación particular de los competidores, 6) las posibles alianzas comerciales, 7) el cronograma de implementación y ejecución.

³¹¹ Ricardo J. Server Izquierdo - Inmaculada Villalonga Grañana ob. cit.

³¹² Seguimos en este punto lo expuesto por Cocco, María Fernanda en su trabajo La viabilidad económica y social. El plan de negocios, el informe de gestión y la memoria. - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Mendoza - 2016 - <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/7799>

³¹³ FOURCADE, Antonio op.cit. pág. 21.

Respecto del componente social, el contenido del Plan de Negocios aspira a explicitar la visión y misión y los valores sustentados y adoptados por la sociedad para la consecución del objeto social. En este sentido, cobran relevancia, y siempre a modo enunciativo, los ítems siguientes: 1) los integrantes del equipo de gestión y de trabajo, 2) los logros alcanzados, 3) la estrategia de marketing y ventas, 4) la política de gestión del capital humano, 5) la política salarial, 6) la estructura organizacional, 7) la política ambiental, 8) el impacto de la sociedad como generadora de empleo en la comunidad en la que se inserta, 9) el cronograma de implementación y ejecución.

Al inicio de la actividad societaria-empresaria es el punto de referencia y comparación para la elaboración del Informe de Gestión y de la Memoria.

Con el transcurso del tiempo, esa planificación estratégica va sufriendo los cambios o adaptaciones necesarios derivados del entorno en el cual se inserta la sociedad. Estas modificaciones sólo son posibles si se mantiene la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria; por ello es que sostenemos que debe mantenerse durante toda la vigencia de la sociedad y que debe surgir de un análisis técnico-profesional del estado de situación de la sociedad.

En cuanto al contenido del Informe de Gestión y de la Memoria, sostenemos que debe incorporarse un nuevo punto expresamente al confeccionarlos: “la valoración técnico-profesional sobre la viabilidad económica y social de la actividad societaria-empresaria.

Respecto de este nuevo punto a incorporar en los documentos mencionados, se deben tener en cuenta los dos componentes del Plan de Negocios, puesto que, tanto la Memoria cuanto el Informe de Gestión, dan cuenta de su implementación y ejecución. Un dato adicional a incluir en la Memoria y en el Informe de Gestión, es la suficiencia, en cantidad y liquidez, del patrimonio social para la continuidad de la actividad societaria desarrollada para la consecución del objeto social.

En el supuesto que de dicha valoración surja la inviabilidad económica y social, se indicarán los mecanismos societarios de saneamiento de la crisis financiera, o las soluciones concursales que se estimen más adecuadas; adicionalmente, se identificarán las acciones de responsabilidad societarias que pudieren ser incoadas.

f) Lo que nos dice B Lab³¹⁴:

La certificación como Corporación B va más allá de la certificación de nivel de producto o servicio. La certificación B Corp es la única certificación que mide todo el desempeño social y ambiental de una empresa. La evaluación de impacto B evalúa cómo las operaciones y el modelo comercial de su empresa

³¹⁴ <https://bcorporation.net/certification>

impactan a sus trabajadores, la comunidad, el medio ambiente y los clientes. Desde su cadena de suministro y materiales de entrada hasta sus donaciones caritativas y beneficios para los empleados, la certificación B Corp demuestra que su empresa cumple con los más altos estándares de rendimiento verificado.

El impacto positivo está respaldado por los requisitos de transparencia y responsabilidad. La certificación B Corp no solo prueba dónde se destaca su empresa ahora, sino que lo compromete a considerar el impacto de las partes interesadas a largo plazo al incorporarlo a la estructura legal de su empresa.

CONCLUSIONES A MODO DE PROPUESTA

- La pauta objetiva fijada para la responsabilidad de los administradores societarios es la de “actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios”.
- La teoría de la administración nos permite dotar de “contenido”, tangible y concreto, a las obligaciones de los administradores societarios.
- La “lealtad de un buen hombre de negocios” tiene por contenido: a) el guardar reserva de las negociaciones y secreto de demás información comercial relevante que maneja la sociedad; b) hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés; c) abstenerse de procurar cualquier beneficio personal a cargo de la sociedad; y d) abstenerse de participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad.
- La “diligencia de un buen hombre de negocios” tiene por contenido: a) definir la misión y visión societaria; b) marcar la estrategia y generar las tácticas de negocios de la empresa (plan de empresa); c) establecer las políticas empresariales; d) brindar pautas directivas para el nivel operacional; e) implementar el proceso administrativo societario en sus cuatro etapas: 1- planeación, 2- organización, 3- dirección y 4- control; f) elaborar y confeccionar los estados contables; y g) rendir cuentas a través del informe de gestión.
- El “informe de gestión” tiene como contenido mínimo: a) el detalle de los objetivos fijados y efectivamente alcanzados en el ejercicio; b) definir los objetivos a alcanzar en el próximo ejercicio; c) detallar el impacto de las políticas empresariales en el desenvolvimiento del plan de empresa; d) informar sobre el efectivo cumplimiento de las normas aplicables a la actividad de la empresa; e) calificar el comportamiento ético de los directivos con el personal de la empresa; f) verificar el respeto de los derechos y deberes de los trabajadores de la empresa; g) informar si se ha contribuido al bienestar de la sociedad a través de la implementación de algún política empresarial; y h) detallar la aplicación y administración de los recursos financieros de la sociedad de acuerdo a las pautas que se hayan fijado.
- Los administradores de una sociedad tienen, como obligación al asumir sus funciones, que establecer la planificación estratégica y definir las políticas generales de la empresa. Para ello, es necesario, previamente, estipular la misión-visión de la sociedad, definir el diseño de administración y delinear el sistema de toma de decisiones.

- Si bien las definiciones apuntadas arriba implican aspectos técnicos, deben intervenir, directa o indirectamente, todas las partes interesadas.
- Como consecuencia de la planificación estratégica y las políticas generales se establecerán los objetivos a alcanzar en cada uno de los ejercicios comprendidos en el periodo de gestión.
- Sobre esos objetivos fijados se efectuará la rendición de cuentas periódica o de ejercicio.
- La rendición de cuentas de la gestión se efectuará a través del informe de gestión.
- Se redefine la rendición de cuentas, entendiendo por tal al mecanismo a través del que se evalúa la gestión no sólo de los administradores societarios sino también de la sociedad comercial misma.
- El diseño de gobierno corporativo implica asegurar la plena vigencia de los principios de transparencia y responsabilidad social en la actuación de la sociedad.
- El diseño de administración y de gobierno corporativo incide directamente en el contenido de la rendición de cuentas y en los parámetros para evaluar la gestión social.
- La corriente de responsabilidad social empresaria provoca un quiebre con la concepción clásica de la gestión social, esto es, en la relación administrador-socio; e introduce nuevos actores en la gestión social y en su evaluación.
- La información que da cuenta del estado de avance de la gestión social debe estar disponible y accesible para todas las partes interesadas.
- Por ello, es necesario adoptar una política empresarial que respete el principio de transparencia.
- El reglamento del gobierno corporativo permite plasmar los objetivos empresariales, adoptar las medidas necesarias para su consecución y realizar su seguimiento.
- El informe de gestión tiene dos facetas: la interna y la externa. La faceta interna del informe de gestión se identifica con la rendición de cuentas a los socios. La faceta externa del informe de gestión se identifica con la rendición de cuentas a las partes interesadas; tiene directa vinculación con la aplicación efectiva del principio de transparencia y difusión.
- Cumplir efectivamente con una rendición de cuentas dirigida a todas las partes interesadas, difundirla junto a la información societaria y empresarial, adoptar un diseño de gestión societaria sumado a las buenas prácticas de administración y enmarcarse dentro de la corriente de responsabilidad social empresaria constituye el intangible por excelencia de toda sociedad comercial.
- La planificación estratégica de la sociedad comercial debe incluir como mínimo: a) plan de inversiones, b) plan de endeudamiento, c) plan de aprovisionamiento, d) plan de posicionamiento en el mercado, e) plan de recursos humanos, f) plan de gestión de riesgos y contingencias, g) plan de impacto ambiental, h) plan de gestión de la calidad de los productos, i) plan de evaluación de satisfacción de los clientes, j) plan de investigación y desarrollo,

k) plan de vinculación con la comunidad, l), plan de control de gestión y m) plan de difusión y transparencia.

- Las políticas generales empresariales se desprenderán de la planificación estratégica, sin embargo, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos: a) mecanismo de toma de decisiones, b) diseño de administración y gobierno corporativo, c) participación de las partes interesadas, d) implementación de los niveles organizacionales, e) mecanismo de solución de conflictos de interés, f) indicadores de comportamiento, seguimiento y evaluación, h) mecanismo de control interno y externo, i) auditorías especiales y j) publicidad de la información empresarial y de gestión.

- El informe de gestión periódico tiene que dar cuenta de: a) el detalle de los objetivos fijados y efectivamente alcanzados en el ejercicio; b) definir o reprogramar los objetivos a alcanzar en el próximo ejercicio; c) detallar el impacto de las políticas empresariales en el desenvolvimiento de la planificación estratégica; d) informar sobre el efectivo cumplimiento de las normas aplicables a la actividad de la empresa; e) calificar el comportamiento ético de los directivos con el personal de la empresa; f) verificar el respeto de los derechos y deberes de los trabajadores de la empresa; g) informar si se ha contribuido a la vinculación con la comunidad a través de la implementación de alguna política empresarial; h) detallar la aplicación y administración de los recursos financieros de la sociedad de acuerdo a las pautas que se hayan fijado; e i) detallar la información que se difunde y la que no, dando cuenta de las razones de la decisión.

- El informe de gestión total tiene que dar cuenta del grado de cumplimiento de la planificación estratégica y debe dar cuenta de todos los aspectos incluidos en la misma. Este informe es el que permite aprobar la gestión de los administradores societarios.

- En este aspecto, introducimos una variante en la aplicación de la Ley General de Sociedades: la aprobación del informe de gestión periódico no implica la aprobación de la gestión del administrador societario. La aprobación de la gestión se obtiene a través de la aprobación del informe de gestión total.

- El régimen de gobierno y administración del proyecto de ley de Empresas BIC puede ser adoptado por cualquier sociedad sin necesidad de ampararse en el régimen propuesto.

- Las empresas B nos marcan un nuevo parámetro ético en la manera de desarrollar actividades económicas.

ANEXO I

Proyecto de ley:

EL SENADO Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS
DE LA NACIÓN ARGENTINA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTÍCULO 1°.- Caracterización - Régimen aplicable. Serán Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) las sociedades constituidas conforme a alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades N° 19550, T.O. 1984 y sus modificatorias (en adelante "LGS"), y los que en el futuro se incorporen a dicha normativa y/o se creen en forma independiente a la misma, cuyos socios además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas se obliguen a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad, en las formas y condiciones que establezca la reglamentación.

Las Sociedades BIC se registrarán por las disposiciones de la presente ley, la Ley General de Sociedades N°19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias, de la reglamentación de la presente y, en particular por las normas que le sean aplicables según el tipo social que adopten y la actividad que realicen.

ARTÍCULO 2°.- Denominación. A la denominación que corresponda según el tipo social adoptado se agregará la expresión "de Beneficio e Interés Colectivo", su abreviatura o la sigla B.I.C.

ARTÍCULO 3°.- Requisitos. Podrán ser Sociedades BIC, las sociedades que decidan constituirse como tales, así como también aquellas ya existentes que opten por adoptar el régimen de la presente ley.

A los fines de la adhesión al régimen B.I.C, las sociedades existentes deberán incorporar a su estatuto o contrato social las previsiones que se detallan en la presente ley e inscribir las modificaciones en el Registro Público respectivo.

Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos generales exigidos por las normas de aplicación según el tipo social adoptado, tanto las sociedades ya existentes como las que se creen a posteriori de la presente ley, que soliciten adherirse al régimen B.I.C, deberán incluir en su contrato social:

a) el impacto social, ambiental, positivo y verificable que se obligan a generar especificando en forma precisa y determinada; y.

b) la exigencia del voto favorable del SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de los socios con derecho a voto para toda modificación del objeto y fines sociales, no correspondiendo la pluralidad de voto.

ARTÍCULO 4.- Administración. En el desempeño de sus funciones, la ejecución de los actos de su competencia y en la toma de decisiones, los administradores deberán tomar en cuenta los efectos de sus acciones u omisiones respecto de: i) los socios, ii) los empleados actuales y, en general, la fuerza de trabajo de la sociedad, iii) las comunidades con las que se vinculen, el ambiente local y global, y iv) las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad, de tal

forma que se materialicen los fines de la misma. La responsabilidad de los administradores por el cumplimiento de la obligación antedicha sólo podrá ser exigible por los socios y la sociedad.

ARTÍCULO 5°.- *Derecho de receso.* La adopción, por parte de sociedades ya constituidas y registradas, del régimen previsto en la presente ley, dará derecho de receso a los socios que hayan votado en contra de dicha decisión y a aquellos ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, en los términos del artículo 245 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 6°.- *Control y transparencia.* Los administradores, además de las obligaciones establecidas en los artículos 62 y siguientes de la Ley General de Sociedades N°19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias, deberán confeccionar un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental previsto en su estatuto.

El Reporte Anual confeccionado por los administradores deberá ser auditado por un profesional independiente matriculado especializado en los ámbitos en los que se pretende lograr impacto positivo social y ambiental.

Los requisitos de información que deberá contener el Reporte Anual, así como las pautas para la realización de la auditoría y los mecanismos de publicidad serán establecidos mediante reglamentación.

El Reporte Anual deberá ser de acceso público. El mismo deberá ser presentado dentro de un plazo máximo de SEIS (6) meses desde el cierre de cada ejercicio anual, ante el Registro Público del domicilio social.

El Registro Público deberá publicar en su página web los reportes Anuales presentados por las sociedades BIC.

ARTÍCULO 7.- *Sanciones.* El incumplimiento de las obligaciones asumidas por aplicación de la presente ley, hará perder la condición de sociedad BIC en los términos y condiciones que establezca la reglamentación.

El Registro Público informará, mediante publicación en su página web, sobre aquellas sociedades que hubieran perdido, por la razón que fuere, su condición de BIC.

ARTÍCULO 8°.- *Autoridad de Aplicación* El MINISTERIO DE PRODUCCIÓN será la Autoridad de Aplicación de la presente ley.

ARTÍCULO 9°.- El PODER EJECUTIVO NACIONAL reglamentará la presente ley dentro de los SESENTA (60) días de su publicación en el Boletín Oficial.

ARTÍCULO 10.- Comuníquese al PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Fundamentos:

El presente proyecto de ley tiene como objeto dar reconocimiento a las empresas de triple impacto que son aquellas que integran la creación de valor económico, social y ambiental. Las empresas de triple impacto son un sector clave para evolucionar hacia una nueva economía más inclusiva y sustentable.

A nivel global, los actuales problemas de sustentabilidad demandan una evolución en la forma de realizar negocios por parte de las empresas. Es conveniente, en ese sentido, establecer las condiciones que permitan a las mismas focalizarse en la creación de valor económico a largo plazo, generando al mismo tiempo valor social y ambiental.

En este sentido, cabe destacar que los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) dictados por el Pacto Global promovido por la Organización de las Naciones Unidas, prevé propuestas para que las empresas apliquen en su actividad un conjunto de valores fundamentales en materia de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción, inyectando en el mercado los valores y prácticas fundamentales para resolver problemas sociales y ambientales.

Existe también una marcada tendencia por parte de los emprendedores a volcarse o elegir para sus primeras incursiones en el mundo de los negocios, la ejecución de emprendimientos que no solo tengan como objetivo el lucro, sino también el logro de impacto positivo social y ambiental que trascienda a distintas generaciones.

Ante el desafío de lograr un crecimiento sostenible y equitativo y la necesidad de encontrar soluciones de escala a los problemas que enfrentamos, es muy relevante el rol de las empresas de triple impacto, innovadoras y sustentables, ya que generan oportunidades reales de desarrollo económico, particularmente, en distintos sectores excluidos y con problemáticas sin resolver desde hace décadas mediante el sistema económico tradicional.

Hoy estas empresas de triple impacto no tienen un reconocimiento legal que las identifique y proteja, permitiendo así su desarrollo. El reconocimiento legal de éstas beneficiaría a:

- (i) Emprendimientos de triple impacto (PyMEs y/o grandes empresas) que estén evolucionando a incorporar en sus modelos de negocios la creación de valor económico, social y ambiental;
- (ii) Inversores de impacto que desean invertir en organizaciones impulsadas por un propósito económico, social y ambiental, y que exigen una protección formal en contra del desvío de la misión;
- (iii) Trabajadores que serán considerados por sus empleadores en la toma de decisiones; y,
- (iv) La población en general que demanda una economía más inclusiva y la inminente solución a los problemas sociales y ambientales que atraviesa nuestro

país contribuyendo de manera sostenida al cuidado y protección de nuestro planeta.

En lo mencionado precedentemente se encuentra la gran innovación y las externalidades positivas para la sociedad.

Es objetivo de esta norma que se pone a consideración del HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, promover el desarrollo de un ecosistema de empresas de triple impacto que tengan entre sus fines el cuidado y preservación del ambiente así como el diseño de soluciones de mercado para problemas sociales que las políticas públicas y el mercado tradicional no han podido resolver, siendo especialmente relevante el rol de los emprendedores en el proceso de creación de soluciones innovadoras para problemáticas sociales y ambientales.

Actualmente, en la REPÚBLICA ARGENTINA estas empresas de triple impacto ven restringido su desarrollo por distintas limitaciones, entre las cuales se advierte como central la cuestión referida a que las formas legales existentes no permiten reflejar adecuadamente el espíritu de su objeto y accionar.

Es por ello que se propone dar reconocimiento legal a las empresas de triple impacto denominadas, las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.), cuyos aspectos fundamentales son:

- (a) la ampliación del propósito, que bajo la tipología de B.I.C., busca un beneficio económico y al mismo tiempo generar un impacto positivo en la comunidad y el medio ambiente; es decir un triple impacto: económico, social y ambiental;
- (b) la obligación de plasmar en su instrumento constitutivo en forma precisa y determinada cual es el impacto social ambiental, positivo y verificable que se obligan a generar;
- (c) dotar al administrador de resguardo frente a acciones o reclamos que pudieran sufrir por decisiones que, si bien pueden generar un beneficio a la comunidad, no persiguen necesariamente maximización de ganancias de sus accionistas como fin único y último.
- (d) adecuar los deberes de los administradores considerando que deberán tomar en cuenta los intereses a mediano y largo plazo de los actores vinculados al negocio tales como a los socios, empleados, consumidores, la comunidad donde opera la empresa, y el ambiente; actuar en un marco de control y transparencia, mediante la confección de un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental, el cual será de acceso público y auditado por un profesional independiente matriculado especializado en el ámbito respectivo.

La REPUBLICA ARGENTINA tiene hoy la oportunidad de ser un país pionero en contar con un régimen jurídico innovador para las empresas de triple

impacto y que la legislación promueva la transformación de la sociedad hacia una nueva economía inclusiva y sustentable.

Por todo lo expuesto solicito a mis pares que acompañen el presente proyecto de Ley.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Héctor Felipe *ADMINISTRACIÓN. UN ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO Y COMPETITIVO* - Ed. Eudecor - Argentina - 2003.

ARECHA, Martín - GARCIA CUERVA, Héctor M. *SOCIEDADES COMERCIALES Análisis y Comentario de la ley 19.550 y complementarias* - 2ª edición actualizada y aumentada - Ed. DEPALMA - Buenos Aires - 1976.

BATTISTEL, Paola "UNA APROXIMACION A LAS EMPRESAS B. SER LAS MEJORES PARA EL MUNDO" - Estudios de Derecho Empresario - Volúmen 2 - 2013 <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/6339>

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel *PROPUESTA DE BALANCE SOCIAL PARA FUNDACIONES* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 51-78.

CHIAVENATO, Idalberto *ADMINISTRACIÓN: TEORÍA, PROCESO Y PRÁCTICA* - 3ª Edición - Ed. Mc Graw Hill - Colombia - 2001.

CHIAVENATO, Idalberto *ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS* - Ed. Mac Graw Hill - Colombia - 2002.

COCCO, María Fernanda *LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA ADMINISTRATIVA* - Ensayos de Derecho Empresario Volumen VIII - Ed. FESPRESA - 2013 - págs. 15 a 25.

COCCO, María Fernanda *EL INFORME DE GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. UNA APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO.* - Estudios de Derecho Empresario Volumen 1 - 2013 <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/4934>

COCCO, María Fernanda *LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL. EL PLAN DE NEGOCIOS, EL INFORME DE GESTIÓN Y LA MEMORIA.* - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Mendoza - 2016 - <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/7799>

DAFT, Richard - MARCIC, Dorothy *INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN* - 4ª Edición - Ed. Thomson - México - 2006.

FOURCADE, Antonio Daniel *SOCIEDADES. PARTE GENERAL.* Ed. Advocatus - 2000 - Córdoba.

GARCÍA MARTÍ, E. Aranda Ogayar, M. *PROBLEMAS EXISTENTES EN LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN EN LA SOCIEDAD COOPERATIVA*

- Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 7, N° 3, 2001, pp 139-154

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso *LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA Y EL GOBIERNO CORPORATIVO* - CEU Ediciones Julián Romea, 18 - 28003 Madrid <http://www.ceu.es> Depósito legal: M-3903-2009 Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Alberto *NUEVOS ENFOQUES DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. ESTUDIO DE LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN A TRAVÉS DE INTERNET POR LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS* - Auditoría Pública n° 36 (2005) p.p. 83-100

MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber *RESPONSABILIDAD Y BALANCE SOCIAL HOY EN DÍA: UN RETO PARA LAS COOPERATIVAS* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n° 39, noviembre 2001, pp. 25-50.

MUGUILLO, Roberto *ASPECTOS CONTABLES PARA ABOGADOS* - Ed. Abeledo Perrot - Buenos Aires - 2008.

PRADA MANCILLA, Elizabeth *EL MODELO DE GOBIERNO CORPORATIVO DE UNA SOCIEDAD DEPENDE DE SU ESTRUCTURA LEGAL -Diferencias entre Sociedades Anónimas y/o Limitadas-* - REVIST@ e - Mercatoria Volumen 8, Número 2 (2009).

PUNTES POYATOS, Raquel; VELASCO GÁMEZ, María Del Mar y VILAR HERNÁNDEZ, Juan *EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS* - REVESCO N° 98 - Segundo Cuatrimestre 2009 - ISSN: 1885-8031 - www.ucm.es/info/revesco

RIBAS BONET, Ma. Antonia *EL BALANCE SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA LA EVALUACIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL EN LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n° 39, noviembre 2001, pp. 115-147.

RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando Manuel *DERECHO SOCIETARIO* - Ed. Astrea - Buenos Aires - 1997.

RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando Manuel *DERECHO SOCIETARIO 2ª Edición actualizada y ampliada* - Ed. Astrea - Buenos Aires - 2007.

RIVERO TORRE, Pedro - *RESPONSABILIDAD SOCIAL Y GOBIERNO CORPORATIVO: INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA* - REVISTA ASTURIANA DE ECONOMÍA - RAE N° 34 2005

ROITMAN, Horacio *LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Comentada y Anotada* - 2ª edición actualizada y ampliada - Ed. LA LEY - Buenos Aires - 2011.

SAITUA IRIBAR, Ainhoa - *ANÁLISIS DE LA DIVULGACIÓN SOBRE RECURSOS, RIESGOS Y RELACIONES CLAVE EN EL INFORME DE GESTIÓN: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA* - Profesora Titular de la Universidad del País Vasco

SERVER IZQUIERDO, Ricardo J. - VILLALONGA GRAÑANA, Inmaculada *LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA (RSC) Y SU GESTIÓN INTEGRADA* CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 53, noviembre 2005, pp. 137-161.

SPEAR, Roger *EL BALANCE SOCIAL EN LA ECONOMÍA SOCIAL. ENFOQUES Y PROBLEMÁTICA* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 39, noviembre 2001, pp. 9-24.

TAMBORINO MORAIS, Georgina C. *LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROL INTERNO EN EL GOBIERNO CORPORATIVO: CASO PORTUGAL / ESPAÑA* - Profesora Adjunta, de auditoría y control interno Departamento de Contabilidad y Auditoria do ISCAC Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra IPC- Coimbra- Portugal Quinta Agrícola- Bencanta 3040-316 Coimbra Portugal

TOUS ZAMORA, Dolores - CIRUELA LORENZO, Antonio Manuel *RESPONSABILIDAD SOCIAL Y CULTURA EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS AGRARIAS. MODELO GENERAL DE BALANCE SOCIAL* - CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 53, noviembre 2005, pp. 209-240.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD E INTERESES EN PUGNA: SOCIOS, SOCIEDAD Y EMPRESA

María Cristina Mercado de Sala

Sumario

- I. *Introducción*
- II. *Relaciones de Organización. Autonomía de la Voluntad.*
- III. *Empresa y Sociedad .*
- IV. *Portadores de Interés.*
 1. *Emprendedores.*
 2. *Propietarios del Capital: Socios, Terceros.*
 - A. *Empresa de Familia y Familia Empresaria.*
 3. *Trabajadores.*
 4. *Estado.*
 5. *Medio Ambiente.*
 6. *Mercado.*
 7. *Consumidores*
 8. *Participantes en las Relaciones de Actividad Social y Económica.*
- V. *Tensión entre Intereses: La Autonomía de la Voluntad Y SUS Límites. Viabilidad Económica y Social de la Actividad Organizada y de la Sociedad.*
- VI. *Ética y Negocios.*
- VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCION

La motivación que tuvimos en oportunidad de esta propuesta tiene su origen en principios que suscribimos, y visualizamos en nuestro sistema jurídico, a saber:

- Humanismo³¹⁵
- Sociedad pluralista.
- Buena fe - (prevención del abuso del derecho).
- Sociabilidad.³¹⁶

³¹⁵ SCHMIDT, EDUARDO, "ETICA Y NEGOCIOS PARA AMERICA LATINA", EDUCC, Córdoba 2003, pg 551 "Lo ético en el mundo de los negocios es una conducta conforme con lo que es la persona humana y acorde con los derechos y las obligaciones de todas las personas afectadas por esta conducta".

³¹⁶ PALMERO J. C.- BISIO DE VIANO, M.I.- MERCADO DE SALA, M.C. en "Agrupamientos...." "Primer Congreso de derecho Societario, La Cumbre 1977 Ed. Depalma. "El hombre obedeciendo a su instinto gregario, establece vinculaciones con sus congéneres

- Autonomía de la voluntad – (Límites legales y autoregulados).
- Conservación de la sociedad y de la empresa.³¹⁷
- Unidad económica autosustentable.
- Finalidad económica común.
- Actividad económica organizada, profesional y responsable.³¹⁸
- Explotación productiva respetuosa del Medio Ambiente.
- EMPRESA COMO VALOR.³¹⁹
-

II. RELACIONES DE ORGANIZACIÓN

Autonomía de la voluntad

Parafraseando el art. 1 de la Ley general de sociedades argentina: “Habrà sociedad si una o más personas en **forma organizada** conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar **aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...**”, surge evidente que desde el instante mismo en que nace la relación, sin perjuicio del fin que aglutina, subsisten intereses individuales y del sujeto que deviene conforme el art 2 LGS, lo que en razón de la actividad productiva e intercambio tendrá múltiples efectos. Un e interés por lo común, que es necesario delimitar, a los fines de que el todo (interés social y de los stakeholders) no avasalle el interés individual coadyuvando a la solución de los eventuales conflictos de interés, en un ejercicio responsable de los derechos y obligaciones respectivos.

como una manera de obtener los bienes necesarios para satisfacer sus exigencias vitales que individualmente no alcanzaría a cubrir”.

³¹⁷ CAMARA, HÉCTOR, “El Concurso preventivo y la quiebra” , Vol I, Ed. DepLM, Bs. As, 1978, pg. 85 y ss.: “La empresa, organismo funcional y dinámico, elemento vital del capitalismo, que ha producido múltiples beneficios y hasta ha cambiado las formas operativas de la actividad económica, desempeña un papel preponderante en la vida negocial actual, a pesar de que su concepto aún no ha sido aprehendido unitariamente, luciendo variados matices...”, “En definitiva **procura la “conservación de la empresa”, dogma consolidado** definitivamente luego de una larga evolución histórica... tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”.

³¹⁸ RICHARD, EFRAÍN H. : “Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404 128 RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL, “Las relaciones de organización son aquellas de potencial duración en las que las partes tienen la misma posición (participes, socios, etc.) aunque pueden tener diferentes derechos, personificadas o no, respondiendo a disposiciones normativas o a la autonomía de la voluntad, normalmente vinculadas a la actividad empresarial y a técnicas de perfeccionamiento de la gestión. La regulación más amplia de las personas jurídicas, más la sistematización de los contratos asociativos y una visión unitaria del sistema societario se corresponde a una visión más abarcadora de los negocios jurídicos para facilitar la organización y desarrollo productivo. La autonomía de la voluntad puede pergeñar nuevas formas dentro de esos marcos”.

³¹⁹ Alegria, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”. La Ley 2006. D 1172. “LA EMPRESA, como organización solo estructural, reconoce un valor. Este valor no es el propio de los bienes que la componen ni el que resulta de una estimación de un monto dinerario para fines determinados (valor llave)”.

En oportunidad de la creación del sujeto de derecho es indispensable compatibilizar los intereses contrapuestos, yuxtapuestos y superpuestos. Los intereses individuales del/los socios, el interés social y los de los terceros, están reconocidos y delimitados por el propio sistema jurídico en tanto “los derechos deben ser ejercidos de buena fe” y “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto” , (arts 9 y 10 CCCN).

Hablar de intereses, es hablar asimismo de derechos, que encuentran su límite en las obligaciones que se asumen en consecuencia y el derecho de los otros. Así el art 962 CCCN expresa “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su expresión, de su contenido, o de su contexto, resulta su carácter indisponible”. Todo ello sin dejar de lado la prelación normativa y su integración a lo previsto en ejercicio de la autonomía de la voluntad. (arts 963 y 964 CCCN).

Autonomía de la voluntad, es fundamental en oportunidad ³²⁰de establecer la relación, ³²¹ en tanto:

- Es la base de la doctrina consensualista.
- Se explicita en la libertad con la que cuentan las partes para establecer sus convenciones, a las cuales se le otorga efecto vinculante, con carácter y fuerza obligatoria recíproca.
- Consiste en la voluntad jurídica para determinar condiciones del negocio jurídico a los fines de determinar en libertad las condiciones del mismo, con las limitaciones naturales impuestas por normas de Orden Público, moral, buenas costumbres, derechos de terceros y dignidad humana.

En ejercicio de las libertades de asociarse y contratar, que tienen rango constitucional, “las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”, (art 957 CCCN), son libres dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, (art 958 CCCN), y la obligación de actuar de buena fe comprende “no sólo lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor” .

Las relaciones jurídicas patrimoniales y las de organización tienen efectos sustanciales sobre el derecho de propiedad, constitucionalmente reconocido y expresamente mencionado en el art. 965 CCCN. “Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

Resulta necesario identificar en las relaciones jurídicas que se entablan, las meras formas de organización contractual y/o tipificante de organización de segundo grado en lo jurídico, y las llamadas relaciones jurídicas patrimoniales,

³²⁰ LGS 19550 y sus reformas 26994, arts. 11, y Secciones V a IX, XII y ccs.

³²¹ Richard E. H, “una necesaria economía del derecho aconseja sistematizar mejor las normas, enfatizando la autonomía de la voluntad y limitando sólo aquello que afecte el orden público interno”.

que tienen una clara connotación jurídico económica, en las que el derecho de propiedad tiene importancia gravitante.

Esto es distinguir entre empresa organizada bajo una comunidad contractual (contratos asociativos Arts 1442 y ss CCCN “contrato de colaboración, de organización o participativo con comunidad de fin que no sea sociedad”), de sujeto derecho distinto de los socios (art. 148 CCCN Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades...y art. 2 LGS la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley³²²), que organiza una empresa/actividad económicamente autosuficiente sustentable y sostenible, legalmente protegida por el art 100 de la LGS.³²³

Entendemos por actividad organizada la facultad de moverse, obrar, trabajar, o realizar una acción, conjunto de acciones y movimientos propios de una persona o entidad.

Entendemos por Organización: la forma como se dispone un sistema para lograr los resultados deseados. Etimológicamente de origen griego “organon” significa instrumento, utensilio, órgano o aquello con lo que se trabaja. Se forma por el interrelacionamiento entre los individuos, el ordenamiento y la distribución de los diversos elementos implicados, con vista para el mismo fin.

La organización de una empresa es una función administrativa y de gestión que comprende la organización, estructuración e integración de las unidades orgánicas y los recursos materiales, financieros, humanos y tecnológicos de una empresa así como el establecimiento de sus atribuciones y las relaciones. Los recursos deben ser suficientes para el desafío que implican el riesgo y la incertidumbre que encaran todos los que se atreven a enfrentar el desafío y la dinámica de la actividad. Tales recursos deben responder a un proyecto de inversión a corto, mediano y largo plazo afectado a un Plan de Empresa elaborado con diligencia y profesionalidad adecuadas. La gestión requiere profesionalidad.

El anteproyecto de reforma a la LGS incorpora nueva terminología que contempla estas circunstancias, a saber: “Riesgo común, Solvencia o viabilidad económica de la sociedad. Datos sensibles de la sociedad, Interés social prevalente, Operaciones que generen conflictos, Conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento. Restricciones a la transmisibilidad que no superen los 10 años. Acciones sectoriales. Derecho a dividendo mínimo establecido por estatuto. Diligencia profesional exigible/consideración de

³²² Etcheverry A., “El derecho y la vida moderna. Los llamados contratos asociativos y la nueva legislación civil y comercial” La Ley, 14-02-2012. “En el derecho vigente, los sistemas jurídicos organizados para administrar y disponer de un patrimonio, son establecidos por la ley con fuerte tipicidad y pueden o no tener personalidad jurídica.” El objeto preciso determinado, restringido a su precisión legal limita y condiciona su funcionamiento, que establece derechos, obligaciones, facultades y deberes. (sistemas jurídicos funcionales y estructurales: consorcios de PH, sociedades, UT, AC, consorcio de coop., cooperativas, asociaciones, fundaciones. Negocios fiduciarios de organización, administración o construcción. Sistema de administración de patrimonio más perfecto: personificado)

³²³ ... las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen si existe viabilidad económica y social de la actividad... En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la subsistencia de la sociedad. Ley 26994.

información disponible. Equilibrio razonable entre interés social y grupal. Plan de negocios (política empresarial, su planificación y financiación”.³²⁴

La actividad económicamente organizada está expresamente reconocida en el CCCN ART. 320, al referirse a los obligados a llevar contabilidad: “Obligados. Excepciones. Están obligados a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma sección.

La contractualización de las relaciones empresarias: se expande en el mundo globalizado, y su análisis filosófico ha sido objeto de estudio de la escuela americana del análisis económico del derecho³²⁵, ya que :“La Economía consiste en el estudio de cómo las personas y la sociedad eligen, con o sin el uso de dinero, utilizar los recursos escasos que tienen usos alternativos, para producir commodities, y distribuir las mismas para el consumo, actual o futuro, entre varias personas o grupos de la sociedad. Analiza los costos y beneficios de mejora de modelo de distribución de los recursos”. (Samuelson, 1976, p 3).

En la actual crisis de valores (expresaba el maestro Ascarelli), el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones. Es necesario por tanto reexaminar los conceptos fundamentales, incorporando los principios que mueven a la economía: el mercado (ley oferta y demanda), libre competencia, mercado competitivo y globalizado, contratos modernos flexibles y dinámicos que desplazan a las figuras tradicionales civiles y comerciales, atractivos para inversionistas nacionales y extranjeros.

III. EMPRESA Y SOCIEDAD

Jurídicamente el sistema de derecho argentino reconoce:

- Art. 5 ley 20744: “Empresa: organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.”
- “Se llama Empresario a 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.”
- En consecuencia es menester distinguir :
- a) Sociedad: LGS art 1. como técnica de organización jurídico patrimonial, en sentido estricto, que genera un patrimonio individualizable por terceros, y es sujeto de derecho.

³²⁴ Senado de la Nación. Año 2019, Folio 215, N° 1726/19-PINEDO E ITURREZ DE CAPPELINI. proyecto de ley general de sociedades.

³²⁵ POSNER, RICHARD A. (Economic Analysis of Law, third ed., Little, Brown and co. 1986 Boston & Toronto). “Economía es la ciencia de la elección racional, en un mundo en el cual los recursos son limitados, con relación a los requerimientos humanos. El ser humano es un maximizador racional para la satisfacción de sus propios intereses que responde a incentivos”

- b) Empresa, en tanto es actividad organizada, y objeto de derechos al que la doctrina reconoce un valor especial.
- c) Relaciones de organización que son las relaciones que se entablan con finalidad de organizarse tanto bajo: a) forma de contratos asociativos típicos, con la posibilidad de otros, y b) bajo forma personificada.

La LGS en su art. 1 hace referencia a la empresa cuando expresa “aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”.

El proceso productivo es en sí mismo destructivo, en tanto se sirve de medios materiales e inmateriales a los que transforma en la intención de agregarle valor, con la asunción del riesgo de alcanzar resultados inciertos.

La previsibilidad de éstos depende de la responsabilidad y profesionalidad con la que se conduzca/gestione el proceso productivo, en cuya gestión y administración deben preverse en tiempo y forma las alternativas a los eventuales desvíos.

Los recursos, que siempre resultan escasos, deben preverse a partir de fuentes de financiamiento, que pueden provenir tanto de aumentos de capital y/o aportes irrevocables por parte de los socios o de terceros,

Las necesidades de la empresa deben resolverse con responsabilidad y diligencia oportunas. Lo manifiesta expresamente el CCCN en tanto la obligación de actuar de buena fe comprende “no sólo lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

Es precisamente en estas circunstancias donde la autonomía de la voluntad y la solución de los conflictos de intereses se hacen presentes. Las necesidades de la empresa para alcanzar la autosuficiencia económica para la **productividad**, el interés social de permanencia de la persona jurídica sociedad, los intereses individuales de los socios o cocontratantes y el de todos los llamados “portadores de interés”/ “stakeholders” (terceros), constituyen intereses diversos que no sólo están en constante tensión durante la actividad organizada, sino que en ocasiones de crisis, obligan a una respuesta responsable, considerando valores jurídicos de diferente jerarquía. Consideramos a la Empresa como un valor en sí misma a la que debemos preservar como fuente de trabajo, crecimiento y desarrollo.

IV. LOS PORTADORES DE INTERÉS

Identificamos bajo este título a todos aquellos que de una u otra forma se relacionan con la actividad organizada, tienen respecto de ella, expectativas, derechos y eventuales reclamos. De esta forma reconocemos a:

1. Los emprendedores. Esta terminología aparece claramente en el art 2 de la ley 27349, y designa como tal a “aquellas personas humanas que den inicio a nuevos proyectos productivos en la Republica Argentina, o desarrollen y lleven a cabo un **emprendimiento** en los términos de la ley”. A los fines de la ley, se considera emprendimiento “a cualquier actividad con o sin fines de lucro desarrollada en a República Argentina por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete años”.

2. Los propietarios del capital. Todos aquellos que contribuyen al financiamiento de la actividad organizada, ya sea internos o externos. Internos llamamos a los socios que no retiren dividendos y constituyan reservas voluntarias libres a los efectos de contribuir a la innovación y desarrollo de nuevos productos. Externos llamamos tanto a los terceros, personas humanas que hagan aportes propios directamente a emprendimientos, como a personas jurídicas organizados como instituciones financieras (Leyes 21526, 24144, 24485, 24627, 25562, 25782, 26173 y ccs), y a las llamadas “instituciones de capital emprendedor” por el art 3 de la ley 27349 (fondos comunes de inversión Ley 24083) y fideicomisos.

Especial atención merecen las llamadas Empresas de Familia y Familias Empresarias, que en Argentina, adoptan distintos tipos societarios y se relacionan principalmente con las PYMES cerradas, aunque también algunas grandes empresas lo son (de Córdoba, Arcor, Alladio, Agrometal, por ejemplo). La Ley 14394 art. “ autorizaba a quien creó un establecimiento mercantil, industrial, agrícola, ganadero, etc para imponer a los herederos la indivisión hereditaria hasta por diez años con el objetivo de tutelar la empresa.”³²⁶ “LA FAMILIA” en estos casos es una interesada más en el “rinde de la empresa”, y pretende para sus miembros un lugar de trabajo. Si al lazo sanguíneo o político no se le agrega “profesionalidad” las consecuencias afectan a la actividad organizada.

El CCCN en su articulado habilita considerar la Empres de Familia.³²⁷

El anteproyecto de reforma del CCCN contempla en los arts 1010 bis. el Protocolo de familia, 1010 ter. El Contenido y efectos., 1010 quater. agrega “En la interpretación de las cláusulas del protocolo los jueces privilegiarán el interés en la continuidad de la explotación productiva familiar.”

En los fundamentos expresa: “el art 1010 del CCCN trata de los pactos relacionados con lo que comúnmente se llama empresa familiar. pero lo hace de manera muy elemental, limitándose a determinar sus efectos con relación a futuros derechos hereditarios. Lo cierto es que la doctrina viene reclamando desde hace tiempo un reconocimiento más claro del denominado Protocolo de la Empresa Familiar, y ello es lo que se propone, aunque evitando la expresión Empresa Familiar dado que el CCC **no contiene un Estatuto de la Empresa, por lo tanto se conserva la noción de explotación productiva.**”

3. Los trabajadores. Salarios por actividad vs salarios por posibilidades de la empresa. Profesionalidad

³²⁶ CAMARA HECTOR, “DERCHO SOCIETARIO”, Ed. Depalma, Bs As. 1985, pgs 80 y 81, “En el país son numerosas las sociedades que agrupan exclusivamente los miembros de la familia...para explotar el establecimiento mercantil o industrial que nació y se desarrolló por la tarea laboriosa y de muchos años del padre, a fin de que perdure en manos de los hijos y se trasmita después a sus herederos”.

³²⁷Arts.: 1010. herencia futura. 2377. formación de lotes. 2380. atribución preferencial de establecimiento. 2382. petición por varios interesados. 2445. porciones legítimas. 2448. mejora a favor de heredero con discapacidad. 499. atribución preferencial. 2382. petición por varios interesados. 2445. porciones legítimas.. 448. mejora a favor de heredero con discapacidad.

“Art 4 LCT Art. 4° – Concepto de trabajo. Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.”

La presunción de la indeterminación del plazo de la LCT es contradictoria, con la mortalidad del ser humano y el plazo determinado del art 11 LGS, salvo que se la relacione con el principio de la conservación de la empresa y la responsabilidad de los portadores de interés en esfuerzo compartido.³²⁸

Las convenciones colectivas por actividad no distinguen las MiPYME de las Grandes empresas, con lo que la viabilidad económica difiere. Distinto es el efecto que tiene sobre economía de la actividad la posibilidad de consensuar salarios por empresa.

La calidad de la enseñanza educativa afecta directamente a la actividad organizada, la que de no encontrar trabajadores calificados debe disponer recursos en capacitación. Es conocido que no se está educando para trabajos del futuro, y que muchos de los actuales desaparecerán en el corto plazo por efectos de la robotización.

4. El Estado. Nacional, provincial, municipal. Especialistas identifican alrededor de 163 tributos a los que están sometidas las actividades productivas. La carga impositiva actual, se considera la más alta de nuestra historia como porcentaje de PIB. Se paga por adelantado “la renta presunta” y no se considera la inflación ni la moneda constante.

5. El Medio Ambiente. Los principios 3 y 4 de la “Declaración de Río sobre el medio Ambiente y Desarrollo” Conferencia Naciones Unidas, Río de Janeiro, Junio 1992, declaran que: “El Derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”. La conservación del medio ambiente implica un costo más que debe meritarse a la hora de ponderarse un proyecto en su viabilidad económica y social. Véanse Leyes 24051 de residuos peligrosos y 25612 de residuos industriales (presupuestos mínimos de protección ambiental).

³²⁸ **Art. 90. – Indeterminación del plazo.** El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias: a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración. b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado. **Art. 91. – Alcance.** El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley. **Art. 92. – Prueba.** La carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado estará a cargo del empleador.

6. El Mercado. El Destino de la producción e intercambio, no puede ignorar la necesidad de que la actividad organizada se realice en forma competitiva eficiente y eficaz, a pesar de la insuficiencia de recursos.

7. Los consumidores. Mercado interno y externo (exportaciones).

La Ley 24240 y sus modificaciones, protegen al consumidor. Sin empresa productiva no hay consumidor. Los productos de consumo interno no siempre responden a las mismas normas de calidad, por ejemplo las de la Unión Europea. La Empresa que pretende ampliar el mercado a atender, deberá adecuarse a las exigencias de calidad del mismo, lo que implica costos diferenciales.³²⁹

8. Los terceros que participan en las relaciones de la actividad social y económica. Proveedores. Cadena productiva y de pagos³³⁰

En coyunturas económicas como las actuales, los proveedores tienen incertidumbre respecto a los precios de reposición de sus productos, por lo que restringen la oferta y por lógica la demanda aumenta precios. La empresa industrial ante la falta de insumos para líneas de producción con el consiguiente efecto de suspensión de trabajadores y apertura de procesos preventivos. Toda la actividad económica se resiente.

V. TENSION ENTRE INTERESES: la autonomía de la voluntad y sus límites. Viabilidad económica y social de la actividad organizada y de la sociedad.

Todos los “portadores de interés” identificados tienen intereses individuales que en el devenir de la actividad se mantienen en constante tensión, y la justa composición de cada uno es materia de decisión constante, conciliando la autonomía de la voluntad en beneficio de cada uno y sus límites con relación al otro.

En esfuerzo compartido y en el sano ejercicio de la autonomía de la voluntad, los derechos y obligaciones patrimoniales de los socios y el resto de los

³²⁹ **ARTICULO 1º** – Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (*Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014*)

³³⁰ **ARTICULO 2º** – PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación. (*Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008*)

identificados como portadores de interés, deben ejercerse y administrarse de tal forma que no atenten contra la Viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad. De lo contrario, las crisis son inevitables y devienen por la sola inercia.

Acá se aplica el refrán: “la frazada corta”, si todos la tironean algunos quedan al descubierto o termina rompiéndose.

La tensión entre los intereses mal administrada deviene en autonomía de la voluntad sin límites de unos en desmedro de otros. A los abusos debe responderse con acciones de responsabilidad, nos preguntamos si podemos decir que podemos reclamar a todos los portadores de interés por igual. ¿Podría reclamarse al Estado por ejemplo? ¿El riesgo económico asumido por el emprendedor individual o colectivo también debe meritarse en razón de los intereses de terceros y las políticas de Estado? ¿Podremos generar una cultura emprendedora³³¹ si en oportunidad de las crisis ninguno se siente responsable? ¿Puede una PYME sobrevivir en circunstancias en que todos se sienten con derechos sobre ella y ninguno asume corresponsabilidad? ¿Cómo medir la viabilidad económica y social?.

Baste acotar que el proyecto de reforma de la LGS suprime la viabilidad social y que la Resolución General de la CNV 516/07 aprueba contenidos mínimos del **código de gobierno societario**, a los que remitimos. Éste último normatiza la información en procura de determinar el grado de efectividad y la observancia de los deberes de lealtad, diligencia e independencia del directorio de las sociedades abiertas.

VI. ETICA Y NEGOCIOS. RSE

En esta oportunidad recordemos el CCCN cuando menciona, la moral y las buenas costumbres, (art 958 CCCN), y la obligación de actuar de buena fe que comprende “no sólo lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. Asimismo la LGS art.59 establece el deber de administradores y representantes de “**obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios**” y el art 2 de la RG CNV 516/07, se refiere a intereses personales y conflictos de interés de los directores.

En el mundo de los negocios, cabe preguntarse si es posible integrar valores morales en la toma de decisiones.

La crisis socioeconómica por problemas económicos y políticos se agrava por la crisis de valores morales en las personas, no sólo en las que toman decisiones sino de todos aquéllos portadores de interés, que como tales deberían velar por la **Conservación de la Empresa**.

Recuerdo el discurso inaugural (20 de Enero de 1961, Washington D.C.) del presidente John F. Kenendy, cuando pidió al pueblo norteamericano que no se

³³¹ SCHMIDT, Eduardo, “ETICA Y NEGOCIOS PARA AMERICA LATINA”, Copydata Impresos SRL, Córdoba 2003, pg 551 “...Cultura empresarial: .. manera de sentir y pensar frente a la empresa y su misión, que es compartida por todas las personas...”

preguntara qué podía hacer América por ellos, sino qué podían ellos hacer por América.

La empresa es “objeto” de derechos, nos preguntamos qué podemos hacer por ella o sólo ¿“qué podemos obtener de ella”? Si cada uno pretende llevar lo que considera suyo, ¿qué queda para la actividad organizada? Si el financiador pretende alto precio para su dinero, si el socio retira dividendos sin considerar los requerimientos del Plan de Empresa/negocios, si el reclamo laboral de uno lleva a la quiebra la fuente de trabajo de muchos, si no existen incentivos para la asunción de riesgos y nadie quiere asumirlos, si el Estado cobra anticipadamente y no reconoce ajustes por inflación, si la educación no está a la altura de las nuevas fuentes de trabajo, y tantos otros si..... ¿Quién se hace cargo?

Si sólo preocupa el sector al que cada uno pertenece o sólo el negocio (entiéndase por tal aprovechar la oportunidad económica), corremos el riesgo de pasar por alto los principios éticos al tomar las decisiones y ejercer nuestros derechos individuales abusivamente. La autonomía de la voluntad no justifica abusos. El abuso, la falta de lealtad y diligencia devienen en responsabilidad.

Para EDUARDO SCHMIDT ³³², “ Lo ético en el mundo de los negocios es una conducta conforme con lo que es la persona humana y acorde con los derechos y las obligaciones de todas las personas afectadas por esta conducta”. Este sería el límite moral a la autonomía de la voluntad además del legal de no dañar.

Entendemos por **Responsabilidad Social Empresaria** la adopción voluntaria por parte de los responsables de la gestión de la empresa y sus propietarios, de metas económicas, ambientales y sociales, por oposición al mero hecho de la obtención de beneficios, sin desconocer la necesidad de los mismos para el crecimiento sustentable y sostenido de la actividad organizada que crea valor y a la que reconocemos como un Valor en sí misma.³³³ Pongamos nuestra autonomía de la voluntad al servicio de la RSE.

La iniciativa del Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas reúne a empresas con agencias de la ONU, organismos del trabajo, el sector privado, la sociedad civil y los gobiernos para establecer diez principios universales. El Pacto Global en Argentina es una red conformada por más de 500 empresas, organizaciones educativas y de la sociedad civil que se comprometen a cumplir con diez principios para respetar los derechos humanos, los mejores estándares laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. Agenda 2030, insta a comprometerse con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible definidos para luchar contra las desigualdades y hacer frente al cambio climático. ³³⁴

CONCLUSIONES

³³² Opus cit. Pg 40

³³³ VER CANTARELLI, J, LIARTE VEJRUP, N. MORELLO G. Y ZUAZAGA, M, “Responsabilidad social empresaria: miradas argentinas”, UCC, Córdoba, 2004.

³³⁴ Red Argentina para el Pacto Global - comunicacion@pactoglobal.org.ar

En realidad ya las hemos anticipado en lo arriba expresado, sólo queda requerir de todos los que en nombre de la autonomía de la voluntad, de una manera u otra creen tener y/o reclaman derechos sobre la EMPRESA, que reflexionen hasta donde cada uno debe responsabilizarse si pretendemos como decía el Dr. HÉCTOR CÁMARA (a cuya memoria rendimos homenaje): “la **conservación de la empresa**”, como **dogma consolidado** definitivamente luego de una larga evolución histórica...tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa”.³³⁵

³³⁵ CAMARA, Héctor, “El Concurso preventivo y la quiebra”, Vol I, Ed. Depalma, Bs. As, 1978

BIBLIOGRAFÍA

CAMARA HECTOR, "Derecho Societario", Editorial Depalma, Buenos Aires 1985.

CAMARA HECTOR, "El Concurso preventivo y la Quiebra", Editorial Depalma 1978/1990.

CANTARELLI, J, LIARTE VEJRUP, N. MORELLO G. Y ZUAZAGA, M, "Responsabilidad social empresaria: miradas argentinas", UCC, Córdoba, 2004.

MERCADO DE SALA, MARIA CRISTINA, "Formas de organización de la actividad coordinada", capítulo XXVI pg 494, en "DERECHO CIVIL Y COMERCIAL-Cuestiones Actuales", PALMERO. RICHARD, CAMARA, LLOVERAS, ROITMAN Y OTROS, Directores Humberto Vázquez y María Lloveras de Resk, Advocatus, Córdoba 1990.

PALMERO JUAN CARLOS, BISIO DE VIANO, MARIA ISABEL, MERCADO DE SALA, MARIA CRISTINA, "Agrupamiento de Sociedades. Fenómeno de concentración Económica...", en PRIMER CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO, LA CUMBRE 1977, Editorial Depalma, T I, pg. 67, Buenos Aires 1979.

RICHARD, EFRAIN HUGO, "Relaciones de Organización-Sistema Societario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba 2007.

RICHARD, EFRAIN HUGO, "Las Relaciones de Organización y el sistema jurídico del derecho privado", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba 2000.

SCHMIDT EDUARDO, "ÉTICA Y NEGOCIOS PARA AMERICA LATINA", EDUCC, Córdoba 2003.

UN ENSAYO ECONÓMICO ACERCA DEL PLAN DE NEGOCIOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO

Carlota Palazzo

Sumario

- I. *Los problemas de información en el concurso preventivo*
- II. *El plan de negocios*
 - 1. *El rol del plan de negocios*
 - 2. *Su contenido*
 - 3. *La oportunidad de presentación del plan*
- III. *Corolario*

I. LOS PROBLEMAS DE INFORMACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO

Para la teoría económica, la ley de concursos y quiebras debería servir como un filtro³³⁶ entre las empresas económicamente viables, pero financieramente insolventes (y por tanto eficientes), y las empresas económicamente inviables (y por tanto ineficientes).

La razón de ser de que existan dos procedimientos distintos, el concurso y la quiebra, obedece así a que el primero está previsto para empresas viables aunque con problemas financieros temporarios y el segundo para empresas inviables que deben liquidarse y liberar así sus recursos y activos para que sean reasignados a usos más valiosos³³⁷. Tal es la interacción pretendida por la norma concursal.

Sin embargo, en la práctica resulta difícil identificar qué empresa encuadra en qué categoría. Como resultado, la ley de concursos y quiebras puede operar con errores.

Michelle White ha trabajado con profundidad el tema³³⁸ y ha identificado los errores como Error Tipo I, cuando empresas económicamente inviables o ineficientes se valen del concurso preventivo y Error Tipo II, cuando empresas económicamente viables o eficientes se liquidan mediante la quiebra.

El que nos ocupa en este trabajo es justamente el Error Tipo I.

³³⁶ Reproducimos la terminología propuesta por Michelle J. White, *Does Chapter 11 save economically inefficient firms?* Washington University Law Review, 1994, Volume 72, Issue 3: 1319 y *Corporate Bankruptcy as a filtering device: Chapter 11 Reorganizations and Out of Court Debt Restructurings* Journal of Law, Economics and Organization, 1994, Vol. 10 No 2, 268-295.

³³⁷ Michelle J. White, *The corporate bankruptcy decision*, The Journal of Economic Perspectives, 1989, Vol. 3, No. 2, 129-151.

³³⁸ Michelle J. White, *Does Chapter 11 save economically inefficient firms?* op.cit.

Ello porque en la práctica concursal argentina se observa como fenómeno habitual que empresas económicamente inviables o ineficientes echan mano al concurso preventivo, circunstancia que es advertida recién ex post cuando deviene la quiebra indirecta (vgr.: por imposibilidad de obtener un acuerdo preventivo o por homologación de propuestas de cumplimiento imposible).³³⁹ Se modela el juego de modo que hay dos tipos de jugadores, las empresas viables y las inviables. El concursado (y sus socios y administradores) saben si sus empresas son o no viables, pero los acreedores y el tribunal no y tampoco tienen forma de comprobarlo.

La propensión a que se produzca el error en el filtro puede ocurrir ya que:

- los administradores de empresas viables se benefician de hacerlas aparecer menos viables de lo que en verdad son (porque así pueden pagarles menos a los acreedores a través de un plan de reorganización) y porque los administradores de empresas inviables se benefician de hacerlas aparecer más eficientes de lo que en realidad son (porque les permite obtener los beneficios de la reorganización); y,
- se trata de información de imposible corroboración inmediata por los acreedores y por el tribunal.

Se trata de un supuesto, sentado sobre la matriz del normal form game³⁴⁰, en el que directamente se desconoce cuáles son las estrategias del jugador porque no se sabe si es o no viable.

Nos encontramos, entonces, ante un primer supuesto de comportamiento estratégico, vinculado a la viabilidad o no de la empresa concursada que puede identificarse como un típico problema de información incompleta no verificable.

Encuadrado como tal el problema no puede solucionarse a través de los mecanismos de revelación directa de información como son las normas de divulgación obligatoria.

Ahora bien, es posible identificar también un segundo supuesto de comportamiento estratégico íntimamente relacionado con el anterior, pero calificable como un problema de información incompleta verificable: nos referimos al vinculado a la presentación de una propuesta de acuerdo preventivo incumplible.

En este caso se modela el juego de modo que hay dos tipos de jugadores: el que presenta una propuesta de acuerdo preventivo factible y el que presenta una

³³⁹ Quizás el caso más paradigmático fue en su momento “Galassi 2000 SA – Concurso Preventivo”. En el fallo dado por el Juzgado de 1° Inst. Civil y Comercial N° 5 Bahía Blanca, 14/11/2001, “Galassi 2000 S.A. S/ concurso preventivo”, RSyC N° 14, págs. 229/230 y MJ-JU-E-6093-AR | EDJ609. Iniciado en el año 2000 y devenido en quiebra en el año 2005, de cuya sucesión de hechos se advirtió tarde que desde la primera presentación concursal la deudora carecía de bienes, a excepción de aquellos sobre los que recaían garantías reales, que no tenía actividad empresarial, pues facturaba a nombre de un tercero, y nunca tuvo un plan de recuperación de la empresa o superación de la crisis.

³⁴⁰ Para un estudio pormenorizado de las premisas básicas del análisis económico de la información se recomienda la lectura de la investigación de la autora remitida al XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Málaga de 2018 publicada en *Estudios de Derecho Empresario*, 2018, volumen 16, ISSN 2346-9404

incumplible. Se trata de un supuesto, sentado sobre la matriz del normal form game, en el que, si bien se desconoce cuáles son las estrategias del jugador (vgr.: reorganizarse o ganar tiempo), ésta es fácilmente develable a la otra parte si se la acompaña de un plan de reorganización ya que éste constituye información verificable.

Encuadrado este como un problema de información verificable adquieren relevancia los mecanismos de revelación directa de información y la imposición de normas que puntualmente obliguen a develar el plan de reorganización en el que se sustenta la propuesta de acuerdo preventivo. Dichas normas se justificarían aquí en función de que:

- no constituiría información autorevelable por el concursado (es decir no operaría el principio de auto revelación³⁴¹) ya que el deudor (y sus socios y administradores) se encuentran en una posición fuerte a la hora de negociar la propuesta y pueden amenazar con devenir en quiebra indirecta si los acreedores no dan su conformidad a la misma³⁴². Entendemos que el poder de dicha amenaza es tal que hará que la parte informada (la concursada) tenga motivos razonables para creer que la desinformada (los acreedores) no realizará inferencias de su silencio que lo perjudiquen y por tanto omitirá divulgar voluntariamente el plan de reorganización;
- la información involucrada en el plan de reorganización es susceptible de corroboración y los tribunales se encontrarán en condiciones de sancionar al concursado en caso de incumplimiento.

Luego, la imposibilidad de realizar inferencias por parte de acreedores en base al silencio del deudor, cuando propone el acuerdo preventivo (como dijimos no funcionaría aquí el principio de auto revelación), puede justificar el establecimiento de reglas legales sobre la divulgación de información. Reglas legales que tendrían sentido ya que, los tribunales estarían en condiciones de distinguir al ignorante de quien tiene la información, pero no la revela, a la vez que podría verificarse la información y subsiguientemente imponer sanciones por información falsa, incompleta o inexacta.

II. EL PLAN DE NEGOCIOS

1. El rol del plan de negocios

Nos preguntamos a continuación: ¿y cuál sería el efecto de una norma de divulgación obligatoria de un plan de negocios sobre la producción del Error Tipo I?

Y es que si el deudor sabe que existen reglas legales que lo obligarán - bajo apercibimiento de ser sancionado - a divulgar información que de otro modo

³⁴¹ Para profundizar en lo que se conoce como *unraveling result* véase Baird, Douglas G. Gertner Robert H. y Picker, Randal C., *Game, Theory and the Law*, Cambridge, Massachusetts and London England, Harvard University Press, 1998.

³⁴² Téngase presente que en la práctica lo usual (aún cuando lamentablemente tampoco contamos con estadísticas a este respecto) es que los acreedores quirografarios en cuyo beneficio está previsto en concurso preventivo poco o nada cobren en la quiebra ya que el activo es usualmente distribuido entre los acreedores privilegiados (representados fundamentalmente por el fisco y los acreedores laborales).

no habría revelado (por especular con una incorrecta inferencia por parte de los jugadores) debería verse desincentivado para abusar del procedimiento y ello propendería a la autosegmentación eficiente del proceso de modo que aquel deudor inviable seleccione la quiebra (o liquidación) y aquel deudor viable seleccione el concurso preventivo (o reorganización).

Estos son los fundamentos científicos que desde la economía de la información pueden aportarse para explicar porqué es necesario exigir la presentación del plan de negocios en el concurso preventivo y como ello redundaría en beneficio de estructurar un esquema de descincentivos a concursarse por parte de empresas inviables.

2. Su contenido

Establecida que ha sido la utilidad de fijar en este supuesto puntual las reglas de disclosure, por tratarse de un problema de información incompleta verificable en el que no opera el unraveling result, cabe preguntarse cuál debería ser el objeto de esa divulgación.

Cabe traer a colación aquí una materia que con gran agudeza apunta George G. Triantis³⁴³ al referirse al “rol de gobierno de la deuda” (governance role of debt). En esa dirección Triantis refiere que el principio de conservación de la empresa tergiversa el objetivo del concurso al ignorar el rol de gobierno de la deuda que se verá frustrado si el concurso se constituye meramente como un proceso para resolver el financial distress (estrés financiero) sin corregir el economic distress (estrés económico) que aquel puede estar señalando.³⁴⁴

Por ende, los méritos de un régimen de insolvencia deben determinarse por su eficacia para corregir las ineficiencias que están siendo señaladas por el financial distress y en consencuencia dirigidos a asegurar que se aumente el valor de la empresa, en vez de simplemente se lo conserve. Para ello deberá incentivar la toma de medidas por el deudor que sean necesarias según las particularidades del caso en concreto: verbigracia, la remoción de administradores, disposición de activos; reestructuración del negocio, etc.

Para que ello ocurra jugará un rol fundamental el mandatory disclosure que disponga el régimen de insolvencia a través del cual el deudor tendrá que develar determinados datos que permitirán a los acreedores y al tribunal tomar una “decisión informada” sobre el plan y verificar que el plan de reestructuración prevé efectivamente corregir las causas del financial distress para aumentar el valor de la empresa y no solamente preservarlo.

De hecho, UNCITRAL³⁴⁵ parece concordar con el criterio económico expuesto por Triantis ya que en la segunda parte de su Guía Legislativa sobre el Régimen

³⁴³Triantis, George G., *The Interplay Between Liquidation and Reorganization in Bankruptcy: The Role of Screens, Gatekeepers, and Guillotines*, International Review of Law and Economics, 1996, 16:101-119

³⁴⁴ Para un repaso de las diferencias entre *economic* y *financial distress* véase **Armour, John**, 2001, *The law and economics of corporate insolvency: a review*, University of Cambridge, ESRC Centre for Business Research, Working Paper N° 197.

³⁴⁵ UNCITRAL/CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia puede consultarse completa en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law accedida el 12 de agosto de 2019.

de Insolvencia (en especial en las recomendaciones 139 a 159) sugiere que las disposiciones relativas al plan de reorganización deben tener por objeto: a) facilitar la reorganización (no mera conservación) de empresas que se encuentran en dificultades financieras, con arreglo al régimen de la insolvencia, preservando con ello el empleo y, en los casos apropiados, protegiendo la inversión; b) determinar las empresas que son susceptibles de reorganización; c) incrementar al máximo el valor de la masa.

También señalan las recomendaciones que el régimen de la insolvencia debería exigir que el plan vaya acompañado de una nota informativa que permita, a los que tengan derecho a votar acerca de la aprobación del plan, pronunciarse sobre éste con conocimiento de causa. La parte que prepare el plan debería preparar también la nota informativa. El régimen de la insolvencia debería especificar que la nota informativa comprendiera, entre otras cuestiones: un resumen del plan; información relativa a la situación financiera del deudor, con datos sobre el activo, el pasivo y la corriente de efectivo; todo dato no financiero que pueda repercutir sobre el rendimiento futuro de la empresa deudora; una comparación entre el trato otorgado en el plan a los acreedores y lo que percibirían de procederse a la liquidación; una relación de las condiciones que permitirían que el negocio prosiguiera y pudiera ser reorganizado con éxito; información que demuestre que, teniendo presentes los efectos del plan, se han adoptado las medidas pertinentes para cumplir todas las obligaciones en él incluidas.

3. LA OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN DEL PLAN

Viene a echar luz sobre este interrogante también UNCITRAL (en particular en la segunda parte de su Guía en las recomendaciones 14 a 29) cuando desaconseja las legislaciones que añaden requisitos a los criterios de apertura del procedimiento concursal, ya que sostiene que cuantos más se agreguen más difícil será su cumplimiento, especialmente cuando esos requisitos sean subjetivos, lo cual puede dar lugar a la impugnación de solicitudes, causando demoras, inseguridad y gastos.

En definitiva, las recomendaciones de UNCITRAL son aquiescentes con la idea de que al constituir la “viabilidad del deudor” información incompleta no verificable restringir los criterios de apertura no tiene sentido. Por el contrario, tiene más sentido mitigar el riesgo de que un deudor inviable abuse de un procedimiento de reorganización a través de las normas relativas a la preparación del plan de reorganización; del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento y, de las sanciones previstas contra todo recurso indebido a este procedimiento.

En esa dirección la GUÍA señala que es preferible que el régimen de la insolvencia se concentre en desalentar los abusos del procedimiento, en vez de establecer criterios más estrictos para la apertura que puedan perjudicar a quienes cumplan los requisitos para solicitar la apertura.

En el apartado Apertura del Procedimiento 5. Cuestiones de Índole Procesal punto 56. expresamente refiere la segunda parte de la Guía de UNCITRAL que: "...el establecimiento de condiciones sencillas para el acceso al procedimiento de insolvencia, no sólo facilitará la evaluación de la solicitud de apertura por el tribunal u otro órgano, al restar complejidad al proceso decisorio y eventualmente al agilizarlo, sino que reducirá asimismo las costas del procedimiento, dándole además mayor transparencia y previsibilidad. También es menos probable que esa mayor facilidad de acceso suponga una carga para los ordenamientos que carezcan de suficiente capacidad institucional o de competencia técnica para llevar a cabo investigaciones complejas que exijan una considerable pericia comercial y empresarial. La cuestión de las costas procesales y de otros gastos relacionados con el acceso al procedimiento de insolvencia son de particular importancia cuando se trata de pequeñas y medianas empresas..."

Por su parte también encontramos una referencia a la oportunidad de presentación del plan de negocios en los Principios y Líneas rectoras del Banco Mundial³⁴⁶. En particular, el principio 9 relativo a la apertura de los procesos expresamente prevé que el acceso al proceso debe ser adecuado, económico y rápido. Un acceso demasiado restrictivo puede disuadir a los deudores, sofocando la necesidad económica. El retraso puede dar por resultado empresas insolventes que claramente deban ser liquidadas, dejándolas de otro modo fuera de control con la posibilidad de disipación o pérdida de sus activos. El retraso puede provocar también que las empresas insolventes pero viables se marchiten.

Las recomendaciones especializadas internacionales apuntan a responder entonces que el plan de reorganización no debe solicitarse como requisito para la apertura del procedimiento, sino que debería presentarse en instancia procesal ulterior.

¿Pero, cuál instancia entonces? Articuladas estas recomendaciones con nuestro sistema normativo resulta un llamador interesante la norma del artículo 43 de la ley 24.522 en cuanto dispone que el deudor deberá hacer pública su propuesta presentando la misma en el expediente con una anticipación no menor a veinte días (20) del vencimiento del plazo de exclusividad. Quizás esta sea una oportunidad asequible para que el deudor presente el plan y para que los acreedores estén a tiempo de tomar una decisión informada.

De hecho, resulta particularmente interesante aquí el régimen de insolvencia norteamericano al prever que el disclosure statement relativo al plan de reorganización debe ser aprobado por el tribunal previo a ser informado a los acreedores³⁴⁷ de modo que beneficia también al deudor reduciendo la incertidumbre a la que podría estar expuesto respecto al criterio del tribunal. Se reducirían así los riesgos de obtener el acuerdo preventivo sobre un plan por

³⁴⁶ Pueden consultarse completos en <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/123531468159317507/Banco-Mundial-principios-y-lineas-rectoras-para-sistemas-eficientes-de-insolvencia-y-de-derechos-de-los-acreedores> accedido el 12 de agosto de 2019.

³⁴⁷ Véase Douglas G. Baird, *The Elements of Bankruptcy*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1993, Chapter 10; y, *Bankruptcy Code* 1125.

parte de los acreedores que luego el juzgado rechace por considerarlo abusivo y entender que los acreedores hubieran decidido de otro modo de haber tenido información completa (espada de damócles habitual en la práctica tribunalicia argentina que ha derivado en lo que se conoce como “la tercera vía”).

Alguna incursión jurisprudencial ha habido en Argentina a este respecto esbozando la posibilidad de aplicar en la práctica este criterio aún cuando de lege lata no parecerían estar dadas las condiciones.³⁴⁸

III. COROLARIO

La metodología del análisis económico permite proyectar leyes que le den a los individuos incentivos para actuar en un modo que beneficie a todos.

Bajo esa tesitura, la proyección de normas que dispongan la divulgación obligatoria del plan de negocios en que se sustente la propuesta de acuerdo preventivo resulta necesaria y eficaz y propendería – en la medida que sean acompañadas por un adecuado régimen sancionatorio – a evitar el concursamiento de empresas inviables.

³⁴⁸ Nos referimos al fallo Villafañe dado en Mendoza en los autos: “*Villafañe, Juan Agustín s/Concurso Preventivo*” fallo dado el 10 de julio de 2008 por el 2º Juzg. De Proc. Conc. y Registro de Mendoza, por el cual el juez Arcaná asumió que si bien la ley no prevé ningún tipo de control al momento de presentación de la propuesta, razones de economía procesal autorizan al juez *ex officio* a anticipar un juicio de legalidad cuando la propuesta significa una burla al derecho de los acreedores.

PONENCIAS

INSTITUTO DE FILOSOFIA Y DERECHO JUDICIAL

EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. LOS MODELOS DE INTEGRIDAD EMPRESARIAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

**Armando S. Andruet (h).
Director del Instituto de Filosofía del Derecho
y Derecho Judicial**

A. PARTE PRIMERA

I.- ANOTACIÓN GENERAL PRELIMINAR

Con los presentes aportes, se intentará mostrar la vinculación de la empresa con la ética y de allí, con la responsabilidad social empresarial (en adelante RSE); todo ello en función de la introducción que sobre los mencionados temas se advierten en la ley 27.401 de reciente promulgación en nuestro país³⁴⁹, y que en términos generales y muy amplios, es un elemento gravitante para una eventual despenalización de una conducta de la persona jurídica, lo cual para algunos juristas es un despropósito la mencionada categoría imputativa a la persona jurídica, puesto que ella –dicen- carece de aptitud psíquica³⁵⁰.

La mencionada norma, tiene un especial punto de anclaje en la atención que se brinde a los capítulos de la ética empresarial en términos generales, en especial en cuanto conciernen a la calificación de la integridad empresarial o también homologable en alguna medida ella, bajo el nombre americano de *compliance*³⁵¹.

³⁴⁹ La ley 27.401 de Responsabilidad Penal fue sancionada con fecha 8.XI.17 y fue publicada el 1.XII.17 y con fecha 6.IV.18 se dio a conocer el decreto reglamentario respectivo N° 277/2018. El proyecto originario fue remitido por el PEN con fecha 20.X.15.

³⁵⁰ Vide Barbero Santos, Marino (1994) *¿Responsabilidad penal de la empresa?*. En Arroyo Zapatero, L. y Tiedemann, K., *Estudios de Derecho Penal Económico*, Cuenca, pág. 41 y Terradillos Basoco, Juan (1995) *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta, pág. 44 y ss. Citados ambos por Lascano, Julio (2018) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Sesión privada Academia Nacional de Derecho y Cs.Ss. del día 21.VIII.18.

³⁵¹ Se ha dicho que *“El compliance o cumplimiento normativo consiste en establecer las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa desarrolle sus actividades y negocios conforme a la normativa vigente y a las políticas y procedimientos internos, promoviendo una cultura de cumplimiento entre sus empleados, directivos y agentes vinculados”*. Luego se indica que son tres retos que se deben abordar desde dicho tema, así: *“El humano: el perfil de compliance se encuentra a día de hoy más solicitado que el de asesor jurídico interno o auditor interno. El mercado laboral de perfiles de cumplimiento normativo se ha activado y está atravesando un momento de gran dinamismo. (...). El de los procesos: la función de compliance debe contar con*

Desde este punto de vista, es que nos importa precisar en esta contribución, algunos aspectos que en dicho entorno normativo se pueden ver relacionados, como un aporte disciplinar para cuando sea el juez penal, quien deba evaluar dichos aspectos a los efectos de eximir total o parcialmente de pena a la persona jurídica.

De esta manera, será el juez, quien deberá hacer una lectura cuidadosa acerca de las calidades y entidad del 'sistema de integridad' –tal como la ley indica como requisito poseer- que se encuentre activo en dicha persona jurídica; para con ello, efectuar la ponderación más adecuada de la gravedad penal de la conducta de la empresa. Para cumplir dichas acciones sin duda que tendrá el juez efectuar reflexiones que habrán de provenir desde otras disciplinas no jurídicas; en particular desde la matriz de las éticas aplicadas entre las cuales la ética de la empresa o también conocida como ética empresarial ocupan un lugar por demás destacado³⁵².

Lo que está fuera de toda duda es, que son éstos ámbitos de naturaleza interdisciplinaria y por lo tanto, es de buena tarea hacer algunos comentarios transversales de ellos.

II.- VALORES DE LA EMPRESA POST-TAYLORIANA.

El mundo protestante –luterano-calvinista- y que concitaba una gran parte de la población mundial, especialmente en Europa central y en los EE.UU., quedó tal como se sabe, estrechamente vinculado por una cuestión doctrinaria y relativa a los idearios religiosos del credo, con la economía en general³⁵³. De aquél momento originario hacia el futuro es que se habrá de brindar una relación muy especial y propicia entre la empresa, el capital y la ética.

Así fue como ha quedado registrado al menos en dos obras principales de la época, la primera de ellas, de Adam Smith en la '*Teoría de los Sentimientos Morales*' donde se afirma que la economía no es solo 'intercambio' sino 'producción y distribución' y por ello, es que se deben cumplir los contratos, mantener el honor y fomentar los lazos cooperativos. Más adelante será Max

unos procedimientos sólidos y establecer canales de denuncia y canales éticos que ayuden a minimizar los riesgos penales y las situaciones de fraude. Es necesario definir los controles necesarios en función de la actividad de la compañía, así como su metodología de seguimiento y reporte al consejo de administración. El tecnológico: en el plano tecnológico se deben facilitar los medios necesarios que permitan controlar y minimizar los riesgos a lo largo de toda la cadena de valor". Tomado y disponible en <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/retos-de-la-funcion-compliance.html>

³⁵² Se ha escrito a este respecto que "{a} la reflexión ética aplicada a la empresa le corresponde la labor de dar razón de los presupuestos morales que conforman y sustentan la legitimidad de la empresa, su razón de ser ante la sociedad, su pretensión de validez o justicia. Por decirlo con otras palabras, la tarea básica de la ética empresarial consiste en ocuparse de las condiciones de posibilidad de la credibilidad social de la empresa y, por tanto, de la confianza depositada en la empresa por parte de todos aquellos grupos que forman parte o están afectados por su actividad" (García Marzá, Domingo (2011) *Ética empresarial – Del diálogo a la confianza*. Madrid: Trotta, pág. 23).

³⁵³ Vide Aranguren, José (1954) *El protestantismo y la moral*. Madrid: Sapientia.

Weber, quien es su trabajo de *'La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo'* destacará que es la ética, la que promociona el capitalismo y que se vincula ello, con la idea calvinista de la predestinación en la interpretación luterana de la vocación. Así la creación de la riqueza, responde a una vocación divina en el mundo, y con ello, una trascendencia de la dimensión egoísta del hombre. La función de la ética, según Weber en este marco, es promover un consumo adecuado para que se favorezca el ahorro y con ello la reinversión para aumentar la riqueza.

Tal como se advierte en ambos autores, se ha asignado un papel de alto valor a la existencia de la empresa, a su desarrollo económico y a la capacidad de generar utilidades, puesto que ellas en definitiva, no solo serían para los accionistas sino también y en otra medida, para los mismos consumidores de servicios y productos de la empresa.

En rigor cabe reiterar, que el mundo protestante ha comprendido desde sus inicios, el valor de la empresa para el desarrollo humano y también, una correlación eficaz y fortalecida entre la ética, tanto pública como privada y el dinero en general, y en particular, aquél que se produce como utilidades dentro del mundo empresarial.

Por el contrario, las razones históricas de la génesis del cristianismo, sobre un estado de decadencia del imperio romano y donde el dinero se visualizaba malgastado e invertido en acciones de pura ostentación y desenfrenado populismo; pues no gozaba de ninguna asimilación con la ética cristiana³⁵⁴. Con el tiempo, ello se fue consolidando y por lo cual, se miró con un fuerte recelo y entre otras cosas, por caso el prestar dinero y cobrar intereses por ello, lo cual se vino a nombrar como *'usura'* y era una acción claramente pecaminosa³⁵⁵. Solo contemporáneamente ha habido una recomposición de ese aspecto ideológico de que el dinero es intrínsecamente malo para la religión y con ello, la dimensión de tirantez se ha ido suavizando, para lo cual los trabajos teóricos han cooperado a esa mirada laica y objetiva respecto al objeto más idolatrado de nuestro tiempo sin duda, como es el dinero³⁵⁶.

Naturalmente que siendo principalmente Latinoamérica y el Caribe, colonizados bajo la confesionalidad católica apostólica romana, era absolutamente previsible que la mirada del hombre frente a la empresa fuera diferente a la angloamericana y protestante y por lo tanto, siempre existió una relación de discusión dialéctica entre empresa y no-empresa, entrecruzada con la cuestión social y por ello durante mucho tiempo, quien no es empresa no ha juzgado sanamente la conciencia moral, que la empresa obtenga grandes utilidades por los servicios y bienes que produce con baja distribución social.

³⁵⁴ Breve aporte de la decadencia del imperio romano y advenimiento del cristianismo en Holt, Ernest (1945) *El imperio romano*. En Goetz, Walter (Dir.) *Historia Universal*. Madrid: Espasa Calpe, T.II, pág. 395 y ss.

³⁵⁵ Cfr. Urdanoz, Teófilo (1956) *Introducción a la Cuestión 78 de la 2-2 de la Suma Teológica*. En Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Madrid: BAC, T.VIII, pág. 680 y ss.

³⁵⁶ Vide Simmel, Geoge (1977) *Filosofía del dinero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Mas que ello, haya sido en origen de tal modo, no implica decir que continúe, pues tales aspectos se han modificado con el tiempo.

También a ese efecto, también hay que considerar que desde los inicios de la revolución industrial al tiempo presente, la empresa y el mundo del trabajo han tenido cambios importantes. Las negaciones a la empresa tayloriana que tantos y controversiales puntos de vista ha tenido, en razón de su estructura bajo el concepto de Organización Científica del Trabajo; fue superada a partir de la desacralización de la estructura piramidal, autoritaria y maquinizada que tal modelo apadrinaba, propiciando frente a ello transformaciones vinculadas con los campos sociales y desarrollos amigables.

A tal efecto basta con recordar para tener más clara dicha superación las tres tesis principales que Frederick Taylor indicara en la obra clásica '*Management Científico*' en 1911, con los conceptos actuales de empresa y mundo del trabajo³⁵⁷.

De tal modo que en términos generales se puede indicar, que por el contrario hoy se habrá de prestar especial atención al desarrollo de las capacidades individuales de los agentes, en tanto que el éxito de la empresa, estará también trasladado y reconocido como el éxito de sus empleados³⁵⁸. La empresa moderna tiene la condición de no diferenciar unos y otros, sino integrarlos en un superior a ambos que se nombra como la 'empresa'. De todas maneras no se puede dejar de advertir, que una crítica aguda de Gilles Lipovetsky indica que, muchos de los conceptos fundamentales de la empresa tayloriana han sido sustituidos por nuevos métodos de organización del trabajo, y para lo cual indica, que la ética, funciona en la actualidad como antes, para el modelo tayloriano lo hacía la disciplina³⁵⁹.

De esta manera "*La empresa se transforma en un sistema dirigido de ideas, que asegura calidad a sus clientes, equidad a sus agentes, confiabilidad a sus proveedores y responsabilidad al medio en que se desenvuelve. Casi imperceptiblemente, la empresa contribuye a definir las nociones sociales de atmósfera material, confortabilidad y*

³⁵⁷ Se ha indicado "*Las normas de Taylor para organizar el trabajo humano en la fábrica o en el taller, se suelen resumir en tres principios básicos: 1) Separación absoluta entre la programación del trabajo y su ejecución (...); 2) Medición del tiempo objetivamente necesario para la ejecución de una tarea, de tal manera que se disponga de un patrón de medida de rendimiento (...); 3) Determinación de un sistema de remuneración tal, que se premie el cumplimiento de las normas en cuanto al tiempo, y se penalice al obrero que no consiga alcanzar el rendimiento considerado como normal*" (Serra Ramoneda, Antonio (1984); Prólogo a la obra de Taylor, Frederick; *Management científico*. Orbis: Madrid, pág. 10/11).

³⁵⁸ Vide Caturelli, Alberto (1982) *Metafísica del trabajo*. Bs.As.: Huemul.

³⁵⁹ Dice el autor que citamos "*En estas condiciones, la gestión posburocrática no se separa de un objetivo ético, siendo lo esencial reemplazar el principio de responsabilidad por el principio de obediencia, dinamizar los recursos creativos de todos los colaboradores, desarrollar la calidad de vida en el trabajo. Happy-end moral: la pieza clave del logro económico y ano se llama explotación de la fuerza de trabajo, disciplina y división mecánica de las tareas sino sistema de participación, asunción del destino colectivo*" (Lipovetsky, Gilles (1994) *El crepúsculo del deber - La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama, pág. 271).

esparcimiento, relaciones laborales, calidad de los productos y muchas otras que alimentan el capital social de la comunidad”³⁶⁰.

Algunos de los aspectos más significativos que tiene la fisonomía de la empresa moderna o post-tayloriana, son: 1) Que se ha cultivado una cierta *cultura empresarial*, mediante la cual, se ha sustituido la racionalidad tecnocrática que fuera el eje principal en el pasado próximo; 2) La generación de existencia de un *diseño cualitativo*, que como registro principal viene a sustituir una ideología de la eficacia inmediata; 3) Se pretende que los empleados y/o agentes de la empresa, comprendan el ideario de la empresa y en función de ello, generen una voluntaria *adhesión* al mismo, y con ello, den por superado un principio coercitivo y 4) Al producirse, la vigencia de ciertos ideales compartidos, hace que naturalmente sea reemplazada la dimensión coercitiva por dichas acciones de naturalidad.

De todas maneras no se puede dejar de apuntar y como bien lo ha señalado Adela Cortina, que además del momento industrial y post-industrial que se ha indicado; habría que considerar uno tercero y posiblemente fruto de sucesos de la misma contemporaneidad como son los que denuncian un cierto quiebre del modelo post-tayloriana. Se nombra este tercer modelo como de la empresa en la ‘edad informacional’, propio de la época digital y de nuevos modos de capitalismo³⁶¹.

Algunos autores han arriesgado incluso a que de la misma manera que existe una evolución en la conciencia moral de las personas, han hecho una suerte de analogía con la empresa y han señalado que el desarrollo moral de la empresa ha pasado diferentes períodos –similares en alguna medida a los propuestos por Lawrence Kohlberg para los niños³⁶²- y dicen que ellos son: amoral, legalista, responsivo, ético emergente y el ético³⁶³

Con todo ello por delante, no se puede dejar de señalar, que hay allí una auténtica promoción de una *racionalidad empresarial* y que aparece como una antesala definitivamente necesaria para que en normas como la que estamos considerando -ley 27.401-, puedan introducir aspectos vinculados claramente con la ética empresarial. Entendiendo ella –siguiendo a Ted Tuleja- como “*el*

³⁶⁰ Agatiello, Osvaldo (1996) *El fin de la empresa. Ética y valor económico*. Bs.As.: Manantial, pág. 62. En igual sentido Morello, Gustavo (2004) *¿De qué hablamos cuando hablamos de RSE?*. Morello, Gustavo (Ed.) En Aportes argentinos a la ética y la responsabilidad social empresaria. Córdoba: EDUCC, pág 13.

³⁶¹ Los principales aspectos para el mismo son: 1) Precarización del trabajo; 2) Movilización constante de directivos que afecta las ideas de liderazgo; 3) La redefinición de la corporación, puesto que la empresa subcontrata y con ello, hay una pérdida identitaria; 4) La globalidad se abre a un universo complejo de afectados y 5) La lucha del cortoplacismo es compleja en función de una realidad dinámica y fluida (Vide Cortina, Adela (2003) *Las tres edades de la ética empresarial*. En Construir Confianza – Ética de la Empresa. Madrid: Trotta).

³⁶² Vide Kohlberg, Lawrence et al (1997) *La educación moral*. Madrid: Gedisa. Del mismo autor (2004) *De lo que es a lo que debe ser*. Bs.As.: Prometeo.

³⁶³ La referencia es a R. Reidenbach y D. Robin. Citado por Agatiello, Osvaldo (1996) *El fin de la empresa. Ética y valor económico*. Bs.As.: Manantial, pág. 72.

*descubrimiento y la aplicación de los valores y normas compartidas por una sociedad pluralista –valores que componen una ética cívica- al ámbito peculiar de la empresa, lo cual requiere entenderla según un modelo comunitario, pero siempre empapado de postconvencionalismo”*³⁶⁴.

De todas maneras no se puede dejar de señalar, que para una adecuada implementación de la ética empresarial, debe existir una sustancialidad que se encuentra, especialmente anclada en un conjunto de principios que son pilares para las finanzas éticas, y que son: i) Principio de ética aplicada; ii) Principio de coherencia; iii) Principio de participación; iv) Principio de transparencia y v) Principio de implicación³⁶⁵.

III. TRANSFORMACIÓN DEL PAPEL SOCIAL DE LA EMPRESA

En la actualidad todavía muchas empresas toman decisiones y actúan en un escenario que ya no existe, en cuanto que los contextos sociales y económicos han variado de manera significativa, no en relación a un modelo meramente post-tayloriano o fordiano, sino especialmente en cuanto concierne al concepto de plataformas sociales y de las comunicaciones digitales³⁶⁶ y la propia estimativa del hombre moderno. Ello desafía a la empresa en los tiempos contemporáneos, en cuánto que se vuelvan un ámbito que asuman el desafío y superen la dificultad que en ellas existe, para así poder convertirse la misma empresa, en *generadora de confianza*³⁶⁷. En rigor de verdad, ese es el objetivo principal al que una empresa moderna se orienta, promover entre sus consumidores y/o usuarios una confianza que por su misma esencia, produzca la fidelización de ellos a sus bienes y servicios; que como es propio, se habrán de materializar en mayores utilidades económicas y mejor reputación empresarial de la misma. Todo ello es también parte esencial de la cual se hace cargo en alguna medida la *ética empresarial* y los sistemas de integridad que puedan existir.

³⁶⁴ Tuleja, Ted (1985) *Más allá de la cuenta de resultados. Cómo los líderes empresarios están convirtiendo la ética en beneficios*. Barcelona: Plaza y Janes.

³⁶⁵ La *Asociación Financiación Ética y Solidaria* explicita ellos indicando que i) Es la ética como un proceso de reflexión permanente en la aplicación de los criterios de inversión y concesión de créditos; ii) Utilizar el dinero de forma coherente con nuestros valores; iii) La toma de decisiones tiene lugar de forma democrática. No se trata solo de que los socios voten, sino que tienen que poder participar en la definición de las políticas básicas de la entidad; iv) Es necesario ofrecer información regular y pública de todas las actividades y sus consecuencias; v) Las entidades de financiamiento ético tiene que ir más allá de los criterios negativos y tienen que definir su política de inversión siguiendo criterios positivos para poder transformar la sociedad (Cfr. Ansotegui, Carmen et al (2014) *Ética de las finanzas*. Bilbao: Desclée de Brouwer, pág. 340).

³⁶⁶ Van Dijck, José (2016) *La cultura de la conectividad – Una historia crítica de las redes sociales*. Bs.As.: Siglo XXI.

³⁶⁷ Cfr. Pereda, Carlos (2009) *Sobre la confianza*. Barcelona: Herder, pág. 86 y ss.

Mediante la ética empresarial, se intentan vincular conceptos que antes eran antagónicos, tales como el de ética con dinero; más para que ello pueda brindarse, sin duda que el eje pasará por la mayor responsabilidad en el sentido completo que una empresa toma frente a los consumidores como también respecto a los mismos accionistas. Mostrándose entonces, que el rol del empresario es diferente a otros que a lo largo de la historia ha estado asociado³⁶⁸. De ambas cuestiones, es al fin de cuentas acerca de lo que se viene a ocuparse un programa de 'integridad'.

Pues la integridad empresarial supone, una asociación estrecha entre la ética empresarial, la reputación empresarial y la confianza de los consumidores y la producción de mayores y mejores beneficios económicos.

Todo lo cual supone, hacer un abandono de una posición donde la ética tiene es un componente de naturaleza más artificial que real, y entonces no es verdaderamente una empresa con un compromiso ético sino una tal, que hace de la ética una pura estética o en el peor y corriente caso, solo cosmética.

Contemporáneamente podemos señalar que se ha terminado por comprender, que las actividades empresariales tienen una dimensión moral, la cual se traduce en un valor económico y también de rentabilidad. La revista 'Fortune' ha señalado que la *reputación de una empresa*, está integrada no sólo por su comportamiento financiero, sino por la misma atención y coherencia que presta al ámbito de lo ético³⁶⁹.

La ética empresarial en nuestro país, si bien tiene frecuencia e intensidad discursiva, sigue siendo para muchas empresas todavía, en una dimensión generada por el propio sistema empresarial y económico para mejorar su competitividad y reputación en lenguaje ético empresarial³⁷⁰; por lo cual consideramos que la vigencia de la ley 27.401 importará para muchas de ellas, tener que asumir reflexiones y realizaciones que por *fas o nefas*, vengan a introducir el capítulo de la ética empresarial y de la integridad en el entorno de su realización comercial y empresarial.

³⁶⁸ La expresión 'empresario' la introduce en la economía Ricardo Cantillón en su '*Ensayo sobre la Naturaleza del Comercio en General*' (1730), y la popularizan Juan Bautista Say –conocido sucesor de las tesis de Adam Smith en Francia y padre del algún modo de la economía política con su obra '*Tratado de Economía Política*' (1803) en Francia y Stuart Mill en Inglaterra en su obra '*Principios de economía política: con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*' (1848) y que luego es recuperada vitalizándola con aires más próximos a la modernidad, Joseph Schumpeter y Frank Knight en el siglo XX.

³⁶⁹ Se puede consultar para mejor, la tesis doctoral intitulada '*Reputación corporativa. Estudio del concepto y las metodologías para su medición: propuesta de un concepto y metodología de consenso*', efectuada por Sonia Aránzazu Ferruz González y defendida en la Universidad Complutense de Madrid. En el estudio, se propone una serie de elementos que permiten construir las escalas correspondientes para juzgar la misma. Disponible en <http://eprints.ucm.es/47772/1/T39956.pdf>

³⁷⁰ Ha dicho también Lipovetsky en su crítica que "*La ética funciona en primer lugar como lifting y línea ofensiva-defensiva de la empresa: de imperativo categórico que era, la ética se ha convertido en vector estratégico de la comunicación de empresa, en coacción de las relaciones públicas, instrumento de la gestión de la marca*" (Lipovetsky, Gilles (1994) *El crepúsculo del deber – La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama, pág. 261).

Desde esta perspectiva la ley 27.401 y la clara definición que brinda a los *programas de integridad* en el ámbito de la empresa, especialmente en los arts. 9, 22 y 23 ha producido una disrupción temática de alto impacto en el circuito empresarial nacional, puesto que va imponiendo una agenda al mundo empresarial que si bien no era ignorada y por ello, sin duda, que habrá habido empresas nacionales que seguían muy de cerca esta problemática y Cámaras Empresariales que habrán bregado por dicho texto normativo y por lo cual, no se habrán sentido verdaderamente sorprendidos sino gratificados con ello.

De todas formas habrá otra buena cantidad de empresas, especialmente de estructura de PYME, que realmente tendrán que internarse en capítulos poco o nada conocidos como son los ético empresariales que atraviesan la integridad y la RSE, y que ahora están asociados, con la capacidad de poder fortalecer beneficentemente a la empresa, en una situación de responsabilidad penal. Con ello queda por demás expuesto, que la ética ha venido a cobrar en el mundo empresarial un registro de activo o de intangible de alto valor reputativo. Lo cual a veces se sintentiza en el sintagma '*Ethics pays*'.

Desde esta perspectiva no se puede dejar de señalar, que la ley viene a promocionar en forma notable, la importancia que para su mismo desarrollo tienen los temas éticos, especialmente de la ética empresarial en términos específicos, y que como tal, son traducidos también en la construcción y demostración de la existencia de sistemas de *compliance*, en cuanto a sistemas de integridad empresarial corresponde.

No dudamos que para muchas personas del segmento empresarial y también del mundo judicial, podrá parecer lo que estamos señalando de baja entidad, puede incluso parecer esto no trascendental y quizás hasta baladí. Sin embargo, no se puede desconocer que existen notables estudios de campo, que señalan que cuanto más compleja es la empresa, mayor espacio gana la perspectiva de los estándares éticos que debe poseer.

De tal forma que la empresa comienza por reconocer en un modo natural para algunas y para otras, un tanto promocionado por la experiencia de otras empresas que, se presentan con mayores utilidades, que resultan unas ser más competitivas que otras en sus resultados de mercado acorde a cumplimientos éticos. Está completamente demostrado, que además de los procesos de producción en donde cada empresa colocará los mayores esfuerzos para que lo producido sea de la entidad que se pretende, junto a ello, existen intangibles que son los recursos morales que la misma empresa tiene como tal. Así es como bien se afirma que la ética empresarial tiene por objeto básico "*la explicitación, justificación y aplicación de estos recursos morales de la empresa*".

Por ello la RSE ha dejado de ser una mera aspiración de algunos grupos empresariales o de sociólogos que siguen con cuidada atención el giro del mundo de la empresa contemporánea, sino que ha venido a integrar parte activa y principal de la misma realización empresarial. Todo de lo cual, se hace cargo en reflejar normativamente la ley 27.401; en razón a los mecanismos voluntarios de actuación de tales perfiles.

Tal consistencia normativa no es meramente ocasional o una extraña coincidencia de vectores azarosos, sino que al fin de cuentas, se está siguiendo

la línea dispuesta ya, por las directrices de la Comisión de la Unión Europea, quien propuso el célebre '*Libro Verde de la Comunidad Europea*'³⁷¹ que ya desde el año 2001 fomentan la RSE con el objetivo de convertir a la economía europea en la más competitiva y dinámica del mundo, con capacidad para crecer de manera sostenible³⁷².

Cabe señalar que tal suceso, vino en continuidad con un discurso muy relevante que el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan brindara el 29.I.99, en el *Foro Económico de Davos* y donde proponía a las empresas, extender los beneficios de la globalización a todos los seres humanos. El discurso plenario llevaba por título "*El Pacto Mundial y la creación de mercados sostenibles*"³⁷³.

Por su parte el art. 22 de la ley 27.401 indica que los programas de integridad a cargo de la gestión empresarial '*podrán*' ser realizados, lo cual sin duda es demostrativo que se trata de una cuestión facultativa y no impositiva, puesto que en tal caso, el verbo debió ser el '*deberán*' ser cumplidos. Con ello no parece quedar lugar a dudas, respecto a que todavía estamos en nuestro país y en esta materia, en un momento de tránsito que supone que el destino de tener clara y firmemente consolidados los programas de integridad en la empresa, necesitan todavía algún tiempo de maduración y consolidación.

De cualquier modo, no dudamos en señalar que aun siendo del modo en que es, se trata de un avance muy destacable de la norma y que auspicia en futuro cercano con nuevas realizaciones operativas para la empresa y entre las cuales las dinámicas éticas, habrán ganado un adecuado lugar.

Otro factor determinante para la ética empresarial se vincula con el escenario concreto en el cual hoy se cumple el mundo de los negocios, como es el de la *globalización*, y en donde los países más desarrollados en una cultura de hacer negocios, tienen altamente fortalecida la relación empresa-sociedad: reputación de la primera y confianza de la segunda. Pues la empresa se visualiza como una suerte de promotora de bienestar económico y social, en tanto que desarrolla ciertos tópicos de manera controlada y satisfactoriamente, tales como: nuevos puestos de trabajo, protección al medio ambiente y promoción de los derechos humanos.

De esta forma, la empresa se presenta como una entidad que no está encerrada en el mero marco de un modelo empresarial solo animado por un espíritu de lucro, sino que junto con el mismo, puesto que en el caso de que el mismo se

³⁷¹

Disponible

en

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)

³⁷² "Para lograrlo se invitaba a las empresas a invertir en su futuro, llevando a cabo un triple balance económico, social y medio ambiental que permitiera el avance en paralelo del crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente" (Cortina, Adela, *Ética de la empresa, no solo responsabilidad social*. Columna de opinión, Diario El País, 20.VIII.05).

³⁷³ En tal lugar se indica "*Elijamos unir el poder de los mercados con la autoridad de los ideales universales. Elijamos reconciliar las fuerzas creadoras de la empresa privada con las necesidades de los menos aventajados y con las exigencias de las generaciones futuras*". Disponible en <https://www.un.org/es/sg/messages/2009/davos2009globalcompact.html>

perdería la filantropía sería la razón de ser y por lo tanto, la empresa dejaría de ser eso para ser otra cosa, se encuentran estas otras.

Hoy en día entonces, la sola mejora en su beneficio económico de una empresa y que ella a su vez, esté sometida al orden legal vigente pues que no parece suficiente, pues por encima de ello, están estos otros compromisos morales que en un mínimo aparecen impuestos por la ley –en nuestro país todavía facultativa y no obligatoriamente-, es decir alcanzar un cierto conjunto de virtudes epistémicas que fortalecen la misma imagen empresarial.

Dicho proceso de globalización que en modo alguno implica la desaparición del Estado y de sus funciones económicas, lo retira al Estado como único responsable de lo público, habiendo cedido dicho podio a la misma sociedad civil, que se convierte en garante de bienes comunes. De esta forma, la justicia no es hoy realizable solo con la ley, sino pues los recursos morales cobran una entidad notable y por ello, la RSE vendrá a ocuparse junto con el Estado de algunas cuestiones que razonablemente pueda asumir acorde a sus capacidades.

Propuestas al tipo de las indicadas en *‘Iniciativa de Reporte Global’* con los estándares GRI³⁷⁴ sobre lineamientos de sostenibilidad de empresa que desean evaluar su desempeño económico, ambiental y social a nivel mundial. Las guías o estándares GRI (*Global Reporting Initiative*), son utilizadas a nivel mundial para la elaboración y presentación de memorias en materia de RSE³⁷⁵.

Otro instrumento idóneo para ello, es que el fuera realizado por la *Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)*³⁷⁶; desde donde se han formulado un conjunto de *‘Líneas directivas’*³⁷⁷ sobre inversión internacional y

³⁷⁴ Disponible en sitio oficial <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>. Acerca de una mayor información sobre GRI, disponible en <https://www.globalreporting.org/Information/about-gri/Pages/default.aspx>

³⁷⁵ “Las memorias informativas del GRI están dirigidas principalmente a los grupos de interés de las empresas (stakeholders), considerando entre sus objetivos el de la transparencia y rendición de cuentas, se basa en 79 indicadores de medición sobre los siguientes ámbitos: a) Desempeño económico: incluye los resultados financieros que surgen de las actividades de la organización y su impacto sobre sus grupos de interés. b) Desempeño ambiental: se refiere, por una parte, a los inputs: energía, agua y materiales, y por la otra, a los outputs: emisiones, vertidos y residuos; también se incluyen los impactos de la organización sobre el medio ambiente y la biodiversidad. c) Desempeño social: comprende cuatro aspectos: i) Prácticas laborales y ética del trabajo: hace referencia a la combinación de objetivos sociales y económicos relacionados con el empleo, los derechos y la protección, siempre basados en la ética del trabajo. ii) Derechos humanos: trata del respeto a los derechos humanos y civiles de los grupos de interés, bajo estándares internacionales. iii) Sociedad: considera los impactos de las empresas en las comunidades en las que operan, entre muchos otros temas como el soborno y la corrupción. iv) Responsabilidad sobre productos: se preocupa porque los productos y servicios de la empresa no representen peligro para la salud y la seguridad de los clientes, así como del respeto a las necesidades de información de los mismos y su derecho a la privacidad”. Disponible en <https://www.economista.com.mx/opinion/Iniciativa-de-Reporte-Global-GRI-Global-Reporting-Initiative-20141215-0008.html>

³⁷⁶ Disponibles ellas en sitio oficial <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

³⁷⁷ Disponible en sitio oficial <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

las empresas multinacionales son realizaciones que no solo son provocativas en su realización, sino que se convierten en buenos modelos de ejemplaridad para las restantes y siempre a la escala que corresponde. Desde este punto de vista es importante señalar, que no porque una empresa sea pequeña está eximida de tener connotaciones que hablan de su RSE, de la misma manera que una gran empresa, no puede satisfacer su RSE como si fuera una minúscula.

La ética empresarial tiene por objetivo identificar los recursos morales en la empresa y potenciarlos y desde este punto de vista, la misma se muestra como una auténtica *ética aplicada*³⁷⁸ y por ello, se le habrá de “reconocer a la ética un valor funcional además de su valor intrínseco”.

Nos brinda profunda satisfacción entonces, que la ley 27.401 le haya venido a dar al mundo empresarial y financiero que resulta inherente, los registros colaborativos de la ética empresarial, atento a que ella no solo produce un valor estimulante para quienes son accionistas y también consumidores de bienes y servicios de la nombrada empresa, sino porque promueve con ello, una mayor utilidad, beneficio y lucro a la misma.

Bien se ha señalado que el hecho “{que} una empresa aumente su valor en el mercado suponiendo que todo lo demás funciona correctamente, es síntoma de que hace las cosas bien, y eso es positivo para la sociedad. El esfuerzo debe ponerse en que las empresas maximicen su valor a la vez que son socialmente responsables y sostenibles, lo que tiene mucho que ver con maximizar el valor con una perspectiva de largo plazo. En definitiva, tenemos que ver cómo el objetivo financiero, adecuadamente utilizado y complementado, puede ayudarnos a conseguir el bien común”³⁷⁹.

No cabe duda alguna, que en este marco propicio para las empresas y también para quienes son la contraparte de ellas, se producirá en modo necesario a mediano plazo una evidente diferenciación entre aquellas empresas que asumen las cuestiones de la ética empresarial como lo vienen haciendo, esto es con importancia y preocupación con independencia de cualquier exigencia legal lo imponga o no, y de aquellas otras, que al fin y al cabo lo hagan solo si están impuestas por la norma en tener que hacerlo y el no hacerlo, implica un riesgo utilitario.

³⁷⁸ A modo de breve síntesis de dicho fenómeno cabe señalar que sobre los años 60 del siglo pasado, los filósofos en general abandonan la pura especulación de la metaética y los predicados morales y se orientan sobre las éticas sustanciales: definición del bien y generación de sistemas éticos y la deliberación como procedimiento justificativo de la elección. Dicho giro estaba reclamado por los cambios sociales que se producían en la vida privada de las personas (especialmente libertad sexual) o la vida pública (maximización de los derechos individuales y colectivos) por otra parte, habrá un desarrollo en crecimiento de la tecnología que también aumentaba peligros personales y todo ello, había conjugado en términos de respuestas con justicia en una sociedad plural. Esas circunstancias habrán dar génesis a ciertos análisis éticos sobre situaciones concretas de la matriz indicada y ello lleva a la generación de las éticas aplicadas (Parizeau, Marie (2001) *Ética aplicada*. En Canto Sperber, Monique (Dir.) Diccionario de Ética y Filosofía Moral. México: F.C.E., T.I, pág. 575/581).

³⁷⁹ Cfr. Ansotegui, Carmen et al (2014) *Ética de las finanzas*. Bilbao: Desclee de Brouwer, pág. 190.

B.- PARTE MEDIA

I.- MARCO ÉTICO PARA LA RSE

Conviene a los efectos de poder focalizar algunos aspectos que en este tema habrán de ser centrales, que precisemos el mismo concepto de RSE y desde el cual, se podrá comprender de otro modo también, a qué nos estamos refiriendo a la hora de señalar los contornos éticos de la RSE. Pues bien se ha dicho que ella es *“el conjunto de acciones planeadas, a favor de las personas y su dignidad, emprendidas libremente por las empresas; que presentan las características de estar vinculadas de algún modo al desarrollo del negocio y que van más allá del cumplimiento de la ley y los convenios colectivos de trabajo”*³⁸⁰.

La legitimidad social de la empresa supone restañar heridas morales anteriores que se ubican en el colectivo social de muchas personas y por ello, hay que pensarla en términos de contratos morales y allí el tema de la ética empresarial es una cuestión debatida. Ya hemos dicho como las directrices de la OCDE o lineamientos del *Libro Verdades de la Comunidad Europea* la presentan a la RSE – núcleo de la ética empresarial- como oportunidades de ventaja para la empresa. Desde la RSE el concepto de *‘responsabilidad’*, pasa a tener una connotación no de que una determinada cuestión entraña peligro y por ello, la responsabilidad con la cual hay que proceder es el resultado operacional del sujeto; sino que se debe comprender como como un recurso estratégico –en modo alguno utópico- y debidamente integrado con la práctica real de la empresa y por ello no abandonable cuando no se produce rentabilidad.

De tal manera que se puede pensar la RSE, como un recurso disponible para la empresa, no para alcanzar determinados fines sino como recurso moral para la generación, mantenimiento y desarrollo del capital *‘confianza’*.

Naturalmente que la misma entidad de RSE, ha tenido naturales resistencias hacia dentro del mundo empresarial, puesto que la empresa ha tenido que hacer una mutación y transformación de que, por fuera de los propietarios y accionistas de ella, existen también ámbitos y personas para con quienes la empresa tiene obligaciones y son las que generan la RSE. La RSE explota más allá de la lógica del mercado y la coloca a la empresa en una asunción voluntaria de otras responsabilidades y por ello también, es que la empresa mutará a la luz de dichas tareas sociales a ser una empresa diferente. Esto es, una empresa como *‘institución social’* y que ha adquirido como valor, tener una RSE.

El ejercicio de la RSE se brinda entonces en el marco del espacio de libertad que la empresa posea y por ello, bien se debe señalar, que el art. 22 de la ley 27.401 que facultativamente concede que las empresas podrán contar con un sistema

³⁸⁰ Cfr. Morello, Gustavo (2004) *¿De qué hablamos cuando hablamos de RSE?*. Morello, Gustavo (Ed.) En *Aportes argentinos a la ética y la responsabilidad social empresaria*. Córdoba: EDUCC, pág. 20. En este sentido contrario bien cabe apuntar negativa a esta mirada que propone Peter Drucker quien niega ver en la ética de los negocios *“una reflexión de objeto específico, considerando la ética de los negocios más un fenómeno ‘chic’ digno de los media que una filosofía o una moral”* (Drucker, Peter (1981) *Ethical chic*, Revista *Forbes* (septiembre), pág. 160-173).

de integridad; es una hipótesis muy posible también, que si lo tienen, tengan también algún desarrollo en RSE. Por el contrario, la práctica indica, que muchas de ellas que no tiene orgánicamente un sistema de integridad, sí poseen un espacio vinculado con la RSE.

La RSE se hace cargo del impacto de la empresa en la sociedad, en particular en lo relativo a los efectos sociales y ecológicos de sus decisiones y por ello, con una notable incidencia sobre y desde los mismos derechos humanos³⁸¹. Con ello queda evidenciado que la sociedad y la empresa no son estancos, sino un mismo entretejido puesto que a la vez, se es empresa y también se integra a la sociedad.

Sin embargo la RSE ha tenido '*fuertes detractores*', los que se pueden agrupar en las tesis de Milton Friedman que continúan vigentes hoy³⁸² y que se construyen sobre tres críticas principales: 1) Confusión entre lo público y lo privado; en el sistema de mercado la empresa está legitimada y su objetivo es ganar dinero conforme las normas legales y éticas existentes. El directivo no está allí, para ocuparse de lo público, esto es lo que implica al RSE. Introducir ello en la empresa, significaría incorporar elementos políticos. Al fin el mejor indicador que la empresa contribuye al bienestar de la sociedad, es cuando genera beneficios económicos.

2) Falta de criterios respecto a qué cosa es RSE, es decir que detrás del concepto hay vaguedad y también imprecisión analítica y falta de rigor. Para la mencionada tesis se indica el siguiente ejemplo: La empresa quiere cumplir con RSE y para ello genera una 'n' acción y con ello habilita a que alguien le pueda criticar por no haber realizado 'n+1' o también, quien le asegura a la empresa que no será criticada por ocuparse de cosas que no corresponde a ella. ¿No sería más responsable la empresa si se dedicara a cumplir las leyes?. Mientras no haya una definición global de la RSE no es posible hacerse cargo y paradójicamente buscar confianza con algo que promoverá desconfianza.

3) Otro argumento sostiene que detrás de la RSE se esconden comportamientos de fraude, puesto que se hace aquello –esto es RSE- para ocultar estos otros; como es: mayores beneficios por exención impositiva, fidelizaciones de clientes. De cualquier modo, las posiciones tan cerradas y completamente integradas en beneficio de los *shareholders*, los accionistas, que ha venido formulando Friedman desde el 1970 en contra de la RSE, según lo entiende Adela Cortina, podrían verse absorbidas en una fórmula que el *Libro Verde de la Unión Europea* destaca y que dice "*Integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medio-ambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con los interlocutores*"; sobre ello la Profesora Valenciana indica que "*la empresa prudente intuye que si tienen en cuenta los intereses de los afectados en el diseño de las estrategias de la empresa, también aumentará el benéfico del accionista*"³⁸³.

³⁸¹ Cortina, Adela (1994) *Ética de la empresa*. Madrid: Trotta.

³⁸² Vide Friedman, Milton (1990) *La responsabilidad social de la empresa*. En *Ética de los Negocios*. New York: Mac Graw-Hill. Original en Friedman, Milton (1970) *The social responsibility of business is to increase its profits*, New York Magazine, 13.IX.70.

³⁸³ Y sigue indicando que "Por eso, la responsabilidad social no consiste en mera filantropía, no se trata de realizar acciones de beneficencia, desinteresadas, sino en diseñar las actuaciones de la empresa de forma que tengan en cuenta los intereses de todos los afectados por ella (...) la

Cuando advertimos que en la ley 27.401 en su art. 9 se habilita la exención de pena a la persona jurídica para el supuesto caso, que entre otras cosas, haya implementado un sistema de integridad, creemos leer la contra crítica a Friedman. La ética no solo paga, sino que exime de pena.

Las observaciones de M. Friedman que tienen una entidad que el tiempo parece haber dado respuesta suficiente, fueron también de un gran peso y por ello, generaron alguna retracción en los desarrollos de la RSE, sobre todo en países donde la misma relación empresa-sociedad no se encontraba claramente consolidada. A tales circunstancias se le puede contestar, que de cualquier modo que se vea el problema, es que *'la ética importa mayores utilidades'* y asumir voluntariamente la RSE, es un factor clave de la competitividad para la empresa que la ejercita y sobre la que nada hace a este respecto. Así la ética ha pasado de ser un fin ideal, a un medio para el beneficio económico. Al fin de cuentas, la ética es un aliado para la maximización del beneficio empresarial.

II.- ESTRUCTURA DE LA RSE

Responsabilidad deriva de *'responder'*, y esto es poder defender en público una cuestión, poder justificar una acción. La responsabilidad moral es la responsabilidad anterior a cualquier otra, pues se refiere responder como personas frente a personas; y por ello es la responsabilidad un concepto relacional: alguien es responsable de algo frente a alguien, acorde a un sistema de normas. En este sentido bien se advierte, que las empresas han adquirido en los últimos años, un peso, un cierto poder, dentro del tejido social y por ello, no se puede dudar, que de alguna manera tienen que responder por el mismo³⁸⁴.

Milton Friedman no solo discute si existe la RSE, sino también, si puede responsabilizarse por su no cumplimiento a las corporaciones y dirá que no, y con ello estará afirmando también, que solo los individuos pueden ser responsables, puesto que en las empresas no hay intencionalidad más allá de quienes las conforman. Es una posición reduccionista, puesto que hoy no se escapa y la ley 27.401 es lo que reconoce, de que existe dicha responsabilidad penal de la persona jurídica la cual es posible, porque ella tiene un espacio de libertad desde la cual actúa, como también valores y normas desde las que se deciden las acciones. Y en función de ello, tienen bajo su órbita la generación del programa de integridad, para lo cual el art. 23 de la mencionada ley, propone un *'contenido primario'* con una serie de elementos necesarios para ser tal³⁸⁵, y otro contenido que podemos nombrar como *'complementario'* o secundario³⁸⁶.

responsabilidad social debe asumirse como una herramienta de gestión, como una medida de prudencia y como una exigencia de justicia" (Cortina, Adela, *Ética de la empresa, no solo responsabilidad social*. Columna de opinión, Diario El País, 20.VIII.05).

³⁸⁴ Vide Lozano, Joseph (1999) *Ética y empresa*. Madrid: Trotta.

³⁸⁵ Art. 23. "Contenido del Programa de Integridad. El programa de integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independiente del cargo o función ejercidos, que guíen las planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos

En función a la existencia de dicho programa de integridad con el contenido al menos primario y necesario cumplido y conformado; se habrá de generar un régimen de responsabilidad penal diferente para la empresa, de quienes componen la organización. De esta forma queda por demás evidenciado, que se ha pretendido separar la confianza o desconfianza en lo que es la empresa como tal, de quienes son los directivos de ella³⁸⁷.

Preguntamos ahora ¿de qué es responsable la empresa? O mejor ¿cuál es la responsabilidad de la RSE?. A ello Carroll afirma que el núcleo como es necesario, se asienta en la '*responsabilidad económica*', pero como hay un contrato social que excede lo económico, se visualizan también, otros tipos de responsabilidad. Sin duda que la inicial es que al ser la empresa una productora de bienes y servicios, el beneficio económico que se consiga sea a partir de la ecuación de maximizar las ventas y de minimizar los costos; es ella una ecuación de vital importancia para alcanzar con ello en el marco contemporáneo, lo que puede determinarse como un '*precio equilibrado*' que intenta emular lo más posible al conceptualizado '*precio justo*'. Esa es sin duda una expectativa que socialmente se aguarda.

Naturalmente que se ubica también la denominada '*responsabilidad legal*', y que entre otras cuestiones promueve el cumplimiento de las leyes en conjunto y en particular de la que nos ocupamos ahora: 27.401 mediante un programa de integridad. De ella es que resulta una tesis de beneficio voluntario, en cuanto que perjudica a quien no formaliza un sistema de integridad que como tal,

contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados ...".

³⁸⁶ Art. 23, segunda parte. "*Asimismo también podrá contener los siguientes elementos: I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad. II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica".*

³⁸⁷ El art. 2 último párrafo indica a este respecto que "*La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que ha cometido el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella".*

forma parte de la RSE y que para hacerlo valer favorablemente, tiene que tener una consistencia determinada dentro de la estructura de la empresa³⁸⁸.

De esta manera y por intermedio de la responsabilidad legal, emerge por continuidad razonable para la empresa, la mencionada '*responsabilidad ética*' que son las expectativas sobre las que existe un razonable acuerdo de posibilidad de ser cumplidas. Dichas expectativas se vinculan naturalmente con la RSE y por ello, son esas responsabilidades de tipo social y ecológico. Y que en el caso Argentino, aunque no se menciona en el texto de la ley 27.401 la existencia de la RSE, no es extraño pensar, que quien pone en marcha consolidados programas de integridad empresarial, naturalmente debe tener programas también de RSE y si no los tiene, es muy probable que los pueda tener.

Queda también un capítulo para un modelo extraordinario en nuestro parecer de responsabilidad y que nombramos como la '*responsabilidad voluntaria o filantrópica*', la cual ya no se trata de una conducta exigible sino otra que es deseable; y que las empresas se preocupan en alcanzar. Haciéndolo a ello, como si fuera la misma empresa, un buen ciudadano que hace prácticas de voluntariado, altruismo o caridad. Más para el caso que no lo hiciera, no habría inmoralidad alguna; pero realizado, incorpora la misma empresa para su activo intangible el propiciar y participar la idea y realización de una '*ciudadanía corporativa*', lo cual como tal, es otro de los presupuestos de confianza en dicha empresa.

En suma "*la RSE debe esforzarse por conseguir un beneficio, obedeciendo la ley, siendo ética y siendo un buen ciudadano corporativo*"³⁸⁹.

Señalamos por último, que la ética será quien se encargue de presentar los criterios de validez moral -por caso justo, correcto, ético- en la empresa y la RSE. Se trata de las acciones y políticas que ofrece la empresa a las exigencias de los grupos de interés que actúan sobre ella y constituyen la base de confianza en la misma.

Las críticas de Milton Friedman o Gilles Lipovetsky³⁹⁰ radican en poner separadamente ética y beneficio, cuando la ética empresarial justamente entre otras cosas, tiene como propósito intentar vincularlos en una realización que sin perder lo que individualmente es cada cosa, puedan generar una síntesis operativa diferente. Los funcionalistas dirán que la empresa es ética porque ella es rentable y los otros, indicarán que porque es ética es rentable. Lo cierto e indiscutible hoy, es que la dimensión moral tiene un papel social y una inevitable repercusión económica.

De todas maneras no se puede ignorar que subsisten posiciones claramente escépticas respecto a esta relación de la empresa y la ética y que por tanto, consideran que el ropaje ético que la empresa pueda asumir, lo es solo para

³⁸⁸ El segundo párrafo del art. 22 indica que "... El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación".

³⁸⁹ Carroll, A. B. (1999) *Corporate Social Responsibility. Evolution of a Definitional Construct*. In *Business and Society* N° 38/3, pág. 35.

³⁹⁰ Vide Lipovetsky, Gilles (1994) *El crepúsculo del deber - La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama, pág. 245 y ss.

obtener mayores beneficios pero en modo alguno, tiene alguna genuinidad moral. Se ha denominado esta postura crítica y negativa bajo el nombre de 'markética' como producto neológico entre marketing y ética. Se ubica en esta tesis, André Comte-Sponville quien relatando a Kant señala, que ningún valor moral puede tener una acción en cuanto ella se realice por un interés; puesto que lo propio del valor moral de una acción, es el desinterés³⁹¹- Ilustra la tesis con un ejemplo que el mismo Emmanuel Kant anota en la 'Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres' y que es conocido como el supuesto del 'comerciante avisado'³⁹².

La ley 27.401 parece ubicarse en la posición cercana al modelo dialógico y por ello de acercamiento sin cercenamiento, puesto que la empresa en tanto contabilice dentro de su misma estructura y acorde la que posea, un sistema de integridad tal como está previsto en los arts. 22 y 23, podría mejorar su posición penalmente hablando, algunos autores entre los cuales se ubica Carlos Lascano, indica que se trata de una verdadera excusa absolutoria, siempre que además del sistema de integridad concurren otras dos circunstancias³⁹³, esto es: 1) Espontáneamente haber denunciado un delito de los que tipifica la ley 27.401 – cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados o balances e informes falsos- y 2) Haber devuelto el beneficio indebido obtenido³⁹⁴.

³⁹¹ Cfr. Comte Sponville, André (2008) *El capitalismo ¿es moral?*. Bs.As.: Paidós, pág. 49 y ss.

³⁹² Recuerda Kant que "En efecto; en estos casos puede distinguirse muy fácilmente si la acción conforme al deber ha sucedido por deber o por una intención egoísta (...). Por ejemplo: es, desde luego, conforme al deber que el mercader no cobre más caro a un comprador inexperto; y en los sitios donde hay mucho comercio, el comerciante avisado y prudente no lo hace, en efecto, sino que mantiene un precio fijo para todos en general, de suerte que un niño puede comprar en su casa tan bien como otro cualquiera. Así, pues, uno es servido honradamente. Mas esto no es ni mucho menos suficiente para creer que el mercader haya obrado así por deber, por principios de honradez: su provecho lo exigía; mas no es posible admitir además que el comerciante tenga una inclinación inmediata hacia los compradores, de suerte que por amor a ellos, por decirlo así, no haga diferencias a ninguno en el precio. Así, pues, la acción no ha sucedido ni por deber ni por inclinación inmediata, sino simplemente con una intención egoísta" (Kant, Emanuel (1973) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Bs.As.: Espasa Calpe, pág. 33/34).

³⁹³ "Art. 9. Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido".

³⁹⁴ Señala el mencionado Profesor Lascano que "El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal. Por nuestra parte, creemos que sería preferible pensar que –en realidad– se trata de un 'modelo vicarial' de transferencia de responsabilidad, según el cual el comportamiento del agente individual –actuado dentro del marco de sus funciones en provecho de la empresa– se imputa a ésta sin posibilidad que pueda alegar que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción" (Lascano, Julio (2018) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*. Sesión privada Academia Nacional de Derecho y Cs.Ss. del día 21.VIII.18, pág. 13).

C.- PARTE FINAL

I.- LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ÉTICA EMPRESARIAL. MODELOS

No se puede negar que si bien la ética es un atributo de la persona individual; por carácter extensivo le hemos asignado a la empresa la condición de ser también un sujeto ético y ello es debido a que también ella, la empresa, desarrolla comportamientos y actitudes, que produce su propia cultura organizacional. Para su atención se promueven normas como en términos generales se puede considerar la ley 27.401, pero ello necesariamente que debe ser fortalecido mediante una práctica de autorregulación, que se acrecienta en la medida que las instancias de integridad en el sentido lato se han consolidado o están en dicha vía, dentro de la estructura de la empresa.

La mencionada cultura organizacional promueve entre otros, los siguientes aspectos: 1) Facilitan la cohesión de la empresa, puesto que no es posible confiar a las condiciones personales de cada uno de los integrantes de la empresa, sino que hace falta la generación de estándares que le den cohesión; 2) Facilitan la socialización en la empresa de los nuevos trabajadores, porque se les explica que se espera de ellos y 3) Protege a la empresa de comportamientos irregulares, que es lo promocionado por la ley 27.401.

De este conjunto de aspectos, aparece claro que la promoción de una política de integridad, genera un fortalecimiento en cuanto a la dignidad de las personas que socializan con la empresa en las diversas maneras en que ello puede ser cumplido y que se sintetizan en cuatro grupos de involucrados y que todos ellos, se benefician en el ejercicio de una política de integridad, estos grupos son las 'cuatro c', y se refieren a vínculos: Consustanciales, Contractuales, Contextuales y Coyunturales. Desde todos esos vínculos, la empresa fortalece los lazos éticos con la sociedad³⁹⁵.

Podemos finalmente mencionar dos enfoques de la institucionalización de la ética de la empresa; que a la vez, reposan sobre un conjunto de valores que están por encima de la temática empresarial propiamente. Además cada uno de esos modelos, tiene rasgos de fortaleza y debilidad sobre el restante. En nuestro parecer, la ley 27.401 parece tener un mayor peso, que se denomina de 'tipo cumplimental' o de cumplimiento pero en modo alguno excluye el restante.

Las características principales de cada uno de ellos, las anotamos en la tabla infra, pero conceptualmente destacamos que las empresas que adscriben al 'tipo

³⁹⁵ "Consustanciales: son aquellas personas que, estando al interior de la empresa, hacen a lo fundamental del negocio: accionistas, generantes, trabajadores. Contractuales: definimos así los vínculos que la empresa establece con aquellas personas con las cuales se relaciona comercialmente: clientes, competencia, proveedores, colegas. Contextuales: son los vinculados que la empresa establece con el entorno en general y las personas con las que interactúa en su accionar: el Estado, las generaciones futuras, a comunidad próxima y la opinión pública. Coyunturales: eventualmente, pueden aparecer público con los que la vinculación sea aleatoria: víctimas de catástrofes, personas en situaciones límite" (Morello, Gustavo (2004) *¿De qué hablamos cuando hablamos de RSE?*. Morello, Gustavo (Ed.) En Aportes argentinos a la ética y la responsabilidad social empresaria. Córdoba: EDUCC, pág 22).

inspiracional' apelan a un enfoque de 'integridad' a partir del cual, se dirige al hombre de la empresa como sujeto moral y le reclama al mismo su compromiso, pues lo llama a la excelencia. No propone ni recompensa, ni ejecuta amenaza alguna.

Mientras que el enfoque del 'cumplimiento' (*compliance*, conformidad) se realiza a partir de la generación de un sistema de normas internas previstas para evitar comportamientos que afectan la empresa o sus accionistas. Genera de esta manera, una suerte de legalidad interna que se ocupa de formatear también comportamiento.

CUMPLIMIENTO	INTEGRIDAD
<ul style="list-style-type: none"> + La persona actúa correctamente por constricciones exteriores. + El objetivo: Prevenir conductas problemáticas. + Existe liderazgo jurídico. + Supuesto: Las personas se guían por su propio interés. + Mecanismos: Códigos, auditorías, normas, oficialías éticas. 	<ul style="list-style-type: none"> + La persona actúa correctamente por motivos interiores. + El objetivo: Motivar comportamientos responsables. + Existe liderazgo en recursos humanos. + Supuesto: Las personas se guían también por valores. + Mecanismos: Credos, formación ética, diálogo interno, identificación simbólica.

Naturalmente que tomar un partido definitivo por saber cuál de ellos es el preferible, no resulta una cuestión sencilla, más en una materia tan dinámica. Por ello, posiblemente lo preferible sea ubicarse en una adecuada combinación de uno con otro.

El de cumplimiento opera en alguna medida por coacción, suele incrementarse en normas, estrechar el control y agravar las sanciones, puede hacer sentir a los empleados que la empresa desconfía de ellos y desmotiva. Mientras que el enfoque de integridad, desconoce heterogeneidad de las personas y puede parecer muy ingenuo como es considerar, que el solo hecho de presentar valores corporativos promueve su aceptación.

Quizás se debería decir, que el modelo ideal, se recuesta sobre un enfoque inspiracional por el cual se crea un buen ambiente y genera equipos, para complementarlo a ellos, con un enfoque de cumplimiento, que evite el legalismo que nunca es lo más recomendable, para que así se pueda dar un crecimiento que se destaque con autenticidad ética.

II.-Instrumentos de la institucionalización de la ética

Para intentar crear una cultura ética, se pueden presentar diversos instrumentos y que pueden combinar los dos enfoques; y varios de ellos, han sido materia de especial referencia en el art. 23 de la ley 27.401 y que nosotros hemos

denominado más arriba como de dos categorías: primarios o necesarios y secundarios o complementarios. Los primarios no pueden faltar en un programa de integridad y son los que se reflejan en términos generales en los apartados 2, 6 y 8 de los que se enuncian infra. Los otros que colocamos aquí como instrumentos de la institucionalización de la ética empresarial, serían de naturaleza secundaria. A saber:

1) Credos corporativos, suelen conformarse mediante los tres elementos por los cuales la empresa quiere regirse: i) Misión, esto es, como añadir valor a la sociedad con su negocio; ii) Visión: que es lo que la empresa quiere ver realizado socialmente y finalmente iii) Valores que la empresa quiere reflejar en su operación cotidiana.

2) Seminarios de formación ética (art. 23 inc. c) es la promoción de valores que la empresa quiere realizar. Se presentan documentos, estándares aplicables, discuten casos.

3) Informes de RSE se recogen desde la actividad externa/interna de empresa respecto a conocer la sostenibilidad económica, social y medio ambiental de ese negocio. Son documentos de principios y por ello solemnes como compromiso de la empresa. Para algunos, entre ellos nosotros y acorde a lo que hemos sostenido, consideramos muy probable que allí donde existe un sistema de integridad, habrá también una vinculación desde el mismo, con una RSE.

4) Oficiales de ética y comités de ética (art. 23, IX) son ámbitos expertos que figuran en el organigrama de la empresa y aspiran incidir en las decisiones cotidianas de la empresa.

5) Defensores de usuarios y líneas de denuncias éticas (art. 23, III); tienen por objeto principal recoger y procesar las quejas y denuncias de internos/externos.

6) Auditorías éticas (art.23, inc. b; art. 9 inc. b) es un instrumento esencial de la gestión ética y mediante ellas, se evalúan las áreas funcionales de la empresa respecto de los estándares éticos; proyección de valores de la empresa, existencia de normas de procedimiento para la eficacia de la empresa. En ellas se evalúa también los planes de desarrollo de la empresa.

Naturalmente la auditoria supone estándares explícitos que se corresponden con los valores de la empresa, utilización de procedimientos justos e imparciales, contar con toda la información disponible sobre las operaciones, y la producción constante de recomendaciones.

7) Utilización de criterios éticos en la selección y evaluación del personal (art. 23, VI), ello es importante porque los hombres construyen hábitos morales positivos y negativos y por ello hay que tenerlos a la vista para hacer un juicio proyectivo.

8) Códigos éticos (art. 23 inc. a); requieren ellos para ser eficaces, que la implementación por la dirección sea tanto desde el punto de vista de la misma elaboración como de su permanente difusión y transferencia a terceros. Sabiendo también que el código por sí solo y con independencia de lo bien realizado que estuviera, en rigor no modifica una cultura, sino que es la participación como eje formativo, en la posibilidad de cooperar en la que la empresa cree que resulta la más adecuada a sus mismos proyectos empresariales y sociales.

Los códigos deben ser estables pero no estáticos, o sea deben hacer un cierto dinamismo de actualización. Es recomendable que los que forman parte de la empresa acepten el compromiso moral y por ello, lean y firmen los mismos luego de un proceso de inducción. El contenido es variable según qué sector de la economía afecte. Debe tener un sistema de corrección y sanción.

Los códigos éticos son un mensaje de compromiso a la sociedad acerca del perfil ético de la empresa, los códigos pueden ser por su alcance, deontológicos o sea que señalan mínimos o en su defecto propiamente éticos –por ello más de tipo inspiracionales- y que se centran en valores y calidades morales de los agentes.

LA JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE EMPRESA

Maximiliano R. Calderón

1.- ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1.1.- *Presentación del tema*

El Código Civil y Comercial conserva numerosas instituciones ya receptadas en el Código Civil y atinentes a la dinámica contractual que, de una u otra manera, remiten a estándares de justicia.

Asimismo, incorpora otras figuras, las potencia o extiende su ámbito de actuación, incrementando el acervo de institutos íntimamente fundados por razones de justicia.

La justicia, en sus diversas manifestaciones, subyace a la reglamentación legal de los contratos y, aunque subterránea o soterrada, aflora a la superficie en numerosas soluciones a problemas particulares.

1.2.- *Dimensiones de la justicia*

El análisis que ensayamos procura identificar en el derecho positivo regulatorio de los contratos (y, en especial, los contratos de empresas) manifestaciones particulares de las categorías clásicas (aristotélicas) de la justicia particular³⁹⁶:

– La justicia conmutativa, que vincula a quienes intercambian bienes o intereses que no pertenecen al acervo común y procede conforme una regla de correspondencia estricta (igualdad aritmética).

– La justicia distributiva, que vincula a quien tiene a su cargo el acervo común con los particulares y tiende a la distribución de cargas y beneficios conforme una regla de proporcionalidad, en función de la necesidad o mérito de cada uno (igualdad geométrica).

1.3.- *Breve teoría del equilibrio contractual* ³⁹⁷

La celebración de un acto jurídico bilateral destinado a producir efectos de carácter patrimonial (contrato-acto) tiene como resultado práctico la generación de un complejo plexo de facultades, cargas, obligaciones y deberes no obligacionales que se articulan constituyendo una situación jurídica bilateral (esto es, comprensiva de

³⁹⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Folio, Navarra, 1999, 1130 a-b, 1131 a-b y 1132 a-b. Prescindimos en este análisis de discusiones contemporáneas sobre otras categorías de justicia posiblemente aplicables al contrato, tales como la justicia relacional (véase Caro Gándara, Rocío, "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional", en *Revista de Pensament i anàlisi* N° 14, pp. 93-116, repositori.uji.es).

³⁹⁷ Tomado de Calderón, Maximiliano R., "La lesión como desequilibrio contractual abusivamente generado", en Tinti, Guillermo (coordinador), *El abuso en los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 85 y sigs.

todas las partes del negocio) que afecta el status jurídico de cada contratante de una manera relativa (respecto de sus co - contratantes).

Esta situación jurídica (que hemos definido como contrato-estado por oposición al contrato-acto) representa el momento ejecutivo de lo convenido por el acuerdo de voluntades que la genera y antecede, encontrándose sujeto a éste en cuanto al modo de ejecución, que aparece predeterminado por el estatuto normativo previsto por las partes como regulación de la dinámica de cumplimiento del contrato.

La situación jurídica compleja definida como contrato-estado se conforma a partir de la adición de situaciones jurídicas más simples que se integran orgánicamente al sistema contractual (en este caso un sistema de primer grado o referido a un único contrato).

La heterogeneidad de situaciones jurídicas perceptibles no es óbice para intentar una visión panorámica del formato que revisten, pudiendo ser categorizadas según expresiones típicas de situaciones jurídicas simples; así, el análisis en concreto de un contrato permite observar: (i) facultades, o derechos de ejercicio libre (no coercible) por parte del titular; (ii) cargas, o derechos de ejercicio no coercible pero vinculado a la subsistencia de un derecho favorable al titular; (iii) obligaciones, o relaciones jurídicas establecidas entre un deudor y un acreedor por las que el primero debe efectuar una prestación a favor del segundo, que este tiene derecho a exigir; (iv) deberes no obligacionales, o conductas normativamente exigidas pero sin un acreedor específicamente determinado.

Estas situaciones jurídicas no se yuxtaponen dando lugar al estado contractual, sino que se articulan en una estructura orgánica dotada de partes interdependientes, adecuada en un todo a la idea de sistema. El balance total de sub-situaciones jurídicas arroja la existencia de una situación global y compleja que, como todo sistema, importa un modelo de integración de elementos respecto del cual interactúan factores de cambio y permanencia que determinan la dinámica funcional del contrato.

Los contratos sinalagmáticos o generadores de obligaciones correspectivas tienen como rasgo propio y diferencial la aptitud constitutiva de un complejo de obligaciones sistemáticamente intervencionales (dependencia situacional) tanto en su propio origen (sinalagma genético) cuanto en su ejecución (sinalagma funcional), materializando en su concreta manifestación un entramado obligacional cohesionado mediante un nexo vinculante justificado técnica y teleológicamente.

Aquí puede apreciarse, desde una óptica puramente obligacional, la presencia de una compleja red de prestaciones diseñada sobre la base de una relación de equivalencia que explicita una aproximada proporción susceptible de establecerse entre los sacrificios patrimoniales referentes a cada una de las partes del cambio. Dicho de otro modo, una visión analítica del entramado prestacional (y por ende, patrimonial) derivado de un contrato sinalagmático permite una preclara percepción de la búsqueda negocial de un cierto equilibrio económico resultante de una aproximada equivalencia de las prestaciones.

Este equilibrio prestacional no agota la totalidad de situaciones jurídicas surgidas de un contrato, pero constituye el eje a partir del cual se vertebran otras situaciones simples que operan como accesorias a la relación creditoria principal.

Aclarando la idea: la equivalencia de las prestaciones importa un equilibrio (económico pero con trascendencia jurídica) imputable al aspecto nuclear y principal del contrato, pero nada dice acerca de otras facultades (vgr. resolutorias o

sancionatorias) u obligaciones accesorias (también calificadas de “deberes secundarios”) que pueden tornar desequilibrada una relación contractual integrada por un intercambio de prestaciones perfectamente equivalentes (pensemos pues en una locación de un inmueble en que el precio y el valor del uso y goce son equivalentes pero el locador posee amplísimas aptitudes para resolver el contrato intempestivamente, sancionar sin justificación suficiente al locatario o variar arbitrariamente las condiciones de la locación).

Digamos entonces que el equilibrio contractual es el resultado de considerar integralmente el estado jurídico en que, respecto de un contrato individualizado y circunstanciado, cada una de las partes se encuentra, de tal suerte que una desproporción parcial observada en algún segmento del aparato negocial puede verse compensada por una desproporción de análogo valor e inverso beneficiario en otro sector del contrato, del mismo modo que la aparente equivalencia situacional de los contratantes puede verse desvirtuada por el añadido de situaciones accesorias (no principales) que influyen sobre la carga total que la convención produce, jurídica y patrimonialmente, a sus miembros.

En consecuencia, la estructura de un contrato puede considerarse desequilibrada cuando las correspondientes prestaciones resultan significativamente inequivalentes o cuando, a pesar de una razonable equivalencia prestacional, aparece patente un desnivel contractual que coloca a una de las partes en un estado relevante de predominio (sea jurídico, sea patrimonial) respecto de la otra³⁹⁸.

2.- JUSTICIA CONMUTATIVA Y CONTRATO

2.1.- *La justicia conmutativa y el contrato*

La justicia conmutativa se materializa cuando cada una de las partes obtiene aquello que le es debido.

Contrariamente, es vulnerada cuando alguna de las partes no cumple la prestación a su cargo, o la cumple parcial o defectuosamente³⁹⁹; transfiere un bien afectado por defectos de hecho (vicios ocultos) o de derecho (evicción); pretende que la contraria cumpla, sin cumplir a su vez la propia prestación; entre muchos otros supuestos.

En todas estas situaciones, no se da a cada uno de los contratantes lo suyo (lo debido): uno de ellos pretende obtener un beneficio unilateral del vínculo negocial, absteniéndose de realizar el sacrificio correlativo.

Estas conductas lesionan el acuerdo contractual y transgreden el mandato de justicia que impone a las partes del contrato el riguroso cumplimiento de sus prestaciones, por lo que otorgan al contratante perjudicado el derecho a reclamar judicialmente.

2.2.- *Justicia y equilibrio prestacional: el precio justo*

a) *El precio justo en la filosofía clásica*

³⁹⁸ Decimos adjetivando que la inequivalencia debe ser significativa y el estado de dominio relevante por cuanto el contrato, al no exigir una absoluta identidad económica o jurídica sino más bien una identidad aproximada, tiene como bastante equilibrio el resultante de una paridad relativa (admitiendo disparidades “no significativas” o “irrelevantes”).

³⁹⁹ Conf. Camilo Tale, *Lecciones de filosofía del derecho*, Alveroni, Córdoba, 1995, p. 175.

Tomás de Aquino explicó que la compraventa, al estar instituida en el interés común de las partes (pues cada contratante necesita el bien del otro) no puede ser más gravosa para un contratante que para el otro; de allí que correspondería vender la cosa por el precio que vale en sí misma⁴⁰⁰.

Esta tesis importa establecer el principio de equivalencia: aunque las prestaciones sean diferentes cualitativamente, deben ser cuantitativamente semejantes, de modo que no exista ventaja para un contratante en desmedro del otro⁴⁰¹.

De este modo, cuando el precio exigido es mayor o menor al justo precio, acontece una injusticia⁴⁰².

b) *El justo precio en el contrato de compraventa.*

El precio de la compraventa debe ser justo, de manera que exista un equilibrio razonable entre las prestaciones a cargo de ambas partes; la concordancia entre el precio y la cosa determina la ilicitud de precios groseramente bajos (precio vil) o exageradamente altos (precio usurario)⁴⁰³.

Los contratos sinalagmáticos tienen como rasgo propio y diferencial la aptitud constitutiva de un complejo de obligaciones sistemáticamente intervinculadas (dependencia situacional) tanto en su propio origen (sinalagma genético) cuanto en su ejecución (sinalagma funcional). Presentan, desde una óptica puramente obligacional, la presencia de una compleja red de prestaciones diseñada sobre la base de una relación de equivalencia que explicita una aproximada proporción susceptible de establecerse entre los sacrificios patrimoniales referentes a cada una de las partes del cambio.

Dicho de otro modo, una visión analítica del entramado prestacional (y por ende, patrimonial)⁴⁰⁴ derivado de un contrato sinalagmático entraña una búsqueda negocial de un cierto equilibrio económico resultante de una aproximada equivalencia de las prestaciones.

La desproporción entre el precio y la cosa vendida vulnera este equilibrio contractual, afectando la conmutatividad del negocio.

La Corte Suprema de Justicia se encargó de destacar que “es conforme con la naturaleza de la compraventa un cierto equilibrio en el intercambio de valores, aun cuando éste sólo sea dado para salvar los principios de moral y equidad”⁴⁰⁵.

c) *El margen de tolerancia*

La tesis que venimos exponiendo no exige una equivalencia absoluta entre las prestaciones.

⁴⁰⁰ Tomás de Aquino, *Summa Theologicae*, II-II, 77, 1-c.

⁴⁰¹ Camilo Tale, *Lecciones...*, cit., p. 173.

⁴⁰² Camilo Tale, *Lecciones...*, cit., p. 177.

⁴⁰³ Ernesto C. Wayar, *Compraventa y permuta*, Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 1984, pp. 292-293.

⁴⁰⁴ Esto como corolario de que “la teoría de las obligaciones –y en ello queda abarcado el contrato– no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas que vinculan a los hombres y, por ello, ha de sufrir la evolución de esas relaciones” (Juan C. Rezzonico, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 307).

⁴⁰⁵ CSJN, “Reynoso de la Cruz de Díaz, Pascua c. Amitrano de Santiago, Anilda A. y otros”, 29/3/1988, *La Ley*, 1988-D, p. 290.

Esto supone, correlativamente, un cierto margen de tolerancia frente a desajustes prestacionales. No podría ser de otra manera en un mercado complejo, en el que existen numerosos y diversos factores en la formación de los precios.

El criterio de justicia no opera *ex ante*, determinando el precio justo, sino *ex post*, controlando que el precio efectivamente pactado no exceda este margen de tolerancia (comprensivo de acuerdos contractuales razonables) para ingresar en el terreno de la irrazonabilidad evidente y manifiesta, desnaturalizando de ese modo al contrato como herramienta socialmente útil en el intercambio de bienes y servicios.

d) *Extensión a otros contratos onerosos*

Estos criterios, diseñados preponderantemente en relación al contrato de compraventa, pueden extenderse a cualquier contrato oneroso.

En todos ellos, la prestación a cargo de una de las partes es concedida a cambio de una prestación a cargo de la otra (art. 967, Cód. Civ. y Com.). Este intercambio prestacional debe darse a la luz de los principios de justicia que venimos analizando.

2.3.- *La lesión y el equilibrio prestacional*

El derecho positivo recepta una figura específica para el restablecimiento de la justicia conmutativa en casos de desequilibrio de prestaciones: la lesión (art. 332, Cód. Civ. y Com.).

Además de los ingredientes subjetivos de la figura (que son los que legitiman la revisión del acuerdo contractual, en razón de la debilidad de uno de los contratantes), la ley exige un elemento objetivo: “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”.

Se corroboran entonces como presupuestos de actuación de esta figura: (i) la presencia de una desproporción prestacional significativa y (ii) el carácter injustificado de ese desequilibrio⁴⁰⁶.

Esta situación de asimetría prestacional es ponderada por el ordenamiento como axiológicamente negativa. Este rechazo axiológico es la verdadera justificación del repudio del derecho a la lesión, puesto que la mera comprobación de la desproporción prestacional no entraña en sí ningún tipo de valoración y, por tanto, no basta para explicar el tratamiento desfavorable que se da jurídicamente a la figura.

Indudablemente, el criterio de justicia que subyace a este repudio normativo es el de justicia conmutativa, ya que en el contrato lesivo no se respeta la paridad en el intercambio ni el justo precio contractual⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ La desproporción prestacional que se tipifica en el contrato lesivo importa una hipótesis típica de desequilibrio contractual: (i) económico, por cuanto la vulneración de la igualdad posicional en el contrato se produce en la esfera de las prestaciones; (ii) originario, por cuanto en su comprensión estricta la lesión constituye una expresión del desequilibrio concomitante a la génesis del acto; (iii) Interno de causa unilateral cuando la modalidad receptada es la objetiva-subjetiva, en cuanto las referencias subjetivas del instituto conducen a la constatación de un aprovechamiento de una situación de inferioridad.

⁴⁰⁷ Así fue entendido desde antaño (Robert J. Pothier, Tratado de las Obligaciones, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 29), considerando nuestra doctrina que

3.- JUSTICIA DISTRIBUTIVA

3.1.- *¿Justicia distributiva en los contratos?*

a) *El interrogante*

El propio Aristóteles caracterizaba a la justicia conmutativa como aquella que se debe guardar en los contratos⁴⁰⁸: ¿acaso la justicia distributiva no opera en las relaciones contractuales?

De hecho, se advierten en la realidad contemporánea adjudicaciones de derechos atinentes a relaciones entre particulares (ámbito propio de la justicia conmutativa), pero tomando una regla de reparto basada en la necesidad o mérito de los contratantes (metodología propia de la justicia distributiva).

b) *Interacción entre la justicia conmutativa y distributiva*

La cuestión ha dado lugar a trascendentes análisis.

Cianciardo ha señalado que "son más bien raras las relaciones puramente distributivas o puramente conmutativas", destacando que "en los casos de crisis política o económica existen conjuntos de relaciones jurídicas que pasan de estar regidos de modo principal por la justicia conmutativa a estarlo por la justicia distributiva", pues priorizan la realización del bien común y adoptan mecanismos de redistribución de bienes en una perspectiva más amplia que el intercambio equivalente propio de la justicia conmutativa⁴⁰⁹.

El fenómeno de la quiebra también ha sido enfocado desde el prisma distributivo. El filósofo Finnis destacó que "El derecho de quiebras hace efectivas las pretensiones conmutativamente justas de los acreedores del insolvente y, al mismo tiempo, sujeta todas esas pretensiones a un principio de justicia distributiva", pues se reúnen todas las pretensiones y se trata la propiedad del deudor como un bien colectivo, pues "si un acreedor hace efectiva su pretensión conmutativamente justa, mediante los procedimientos legales normales (que son en sí mismos bastante justos), y como resultado agota los medios disponibles para satisfacer cualquiera de las pretensiones igualmente justas de otros acreedores, la situación que de ese modo ha 'surgido' no puede (así lo estima el derecho de quiebras, bastante razonablemente) ser considerada adecuadamente como 'justa en sí misma'", concluyendo que "cualquier precepto legal sobre la insolvencia debe lograr un ajuste entre aspectos de la justicia que, en circunstancias particulares, compiten entre sí. La idea general de la quiebra es hacer un ajuste de este tipo entre la justicia conmutativa y la distributiva, en las circunstancias peculiares de la insolvencia"⁴¹⁰.

la lesión constituye un "medio técnico adecuado para sancionar los contratos notoriamente violatorios de la justicia conmutativa" (Jorge J. Llambías, *Código Civil Anotado. Tomo II-B*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 107).

⁴⁰⁸ Aristóteles, *Ética...*, cit., 1131 b.

⁴⁰⁹ Cianciardo, Juan, "La interpretación en las fronteras del sistema jurídico Consideraciones a propósito de la analogía, la justicia distributiva y el derecho de propiedad", *Jurisprudencia Argentina*, Cita Online 0003/015015.

⁴¹⁰ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 216-221.

En idéntica línea de pensamiento se ha destacado que "es específico de la justicia conmutativa que el deudor pague con bienes particulares suyos, lo que estrictamente debe a cada acreedor individual y aisladamente considerado. En el estado de insolvencia este tipo de ajuste conmutativo resulta imposible porque el deudor no puede pagar a uno sin dejar de pagar a otro; advierte que sus disponibilidades son insuficientes para dar a cada uno lo suyo (...) en el estado de cesación de pagos debe necesariamente regir otro tipo de justicia -la distributiva-formalmente distinta de la conmutativa, y sustituyendo a ésta"⁴¹¹.

Citemos, por fin, a Tale, que ha destacado que la justicia distributiva incide en la determinación de la retribución justa de los trabajos (velando para que rija la justicia distributiva en las remuneraciones) y la fijación de precios de productos y servicios⁴¹².

Advertimos, siguiendo a estos autores, que la justicia distributiva no es ajena a las relaciones de intercambio y puede actuar en interacción, como soporte o correctivo de la justicia conmutativa.

3.2.- Algunos supuestos de aplicación de la justicia distributiva en materia contractual, en situaciones de excepción

La justicia distributiva incide en los contratos:

– Mediante marcos regulatorios dictados por el Estado que establecen precios máximos o mínimos (v. gr., por leyes de emergencia habitacional, por aplicación de la ley de abastecimiento, etc.).

– En la aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. y Com.) y otras figuras (v. gr., el esfuerzo compartido) que, en circunstancias extraordinarias, admiten una alteración de la conmutatividad formal del contrato a fin de recomponer su ecuación económica o distribuir las cargas de la crisis.

También pueden mencionarse soluciones jurisprudenciales que admiten reajustes en el precio en contextos inflacionarios e hiperinflacionarios a fin de procurar el mantenimiento de la igualdad de las prestaciones⁴¹³ y la proporcionalidad entre el precio y el valor de la cosa comprada⁴¹⁴. La conversión compulsiva de dólares a pesos (pesificación) también fue fundamentada, según la doctrina, en razones de justicia distributiva⁴¹⁵.

⁴¹¹ Rossi, Abelardo F., "La quiebra y la justicia distributiva", ED 64-601.

⁴¹² Tale, Camilo, *Lecciones...*, cit., pp. 196-200, afirmando que "ya que en la determinación de los precios de las cosas está entrañado el valor que se atribuya a cada clase de trabajo, la justicia conmutativa, como se ha dicho, depende de la distributiva" y que si el valor se va a fijar en relación a los fines del hombre "la justicia distributiva, en cuanto atañe a la determinación de las remuneraciones, se remite al principio de la 'justicia general'" (p. 200).

⁴¹³ CSJN, "Aerofalcon, S.R.L. c. Provincia de Santiago del Estero", 13/8/1985, *La Ley*, 1986-A, p. 19.

⁴¹⁴ CSJN, "Melgarejo, Roberto R. v. Chacar, Alberto C. y otro", 7/9/1993, Fallos 316:1972, *La Ley*, Cita Online 1/18966.

⁴¹⁵ Ricardo Luis Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 197. A su vez, la jurisprudencia aludió a la necesidad de recomponer las ecuaciones económicas de los contratos pesificados "conforme los principios de la justicia distributiva y de la equidad, la solución justa y la adecuación de las prestaciones" (CApel. CC San Isidro, sala II, "Zanoni, Amalia N. c. Villadeamigo, Valeria M. y otro", 18/02/2003, *La Ley Online* AR/JUR/146/2003).

– En los contextos de insolvencia del deudor (quiebras, liquidaciones de fideicomisos, etc.), caso en el cual (como hemos visto) se reemplazan las reglas propias de la justicia conmutativa a fin de procurar una respuesta equitativa para todos los acreedores, dada la insuficiencia del patrimonio del deudor para afrontar el cumplimiento exacto de todas sus obligaciones⁴¹⁶.

Como vemos, la opinión de Cianciardo es atinada ya que en todos estos casos existe una anomalía de carácter coyuntural que motiva la intervención de la justicia distributiva, habida cuenta de que la justicia conmutativa y su regla consustancial igualdad aritmética no es apta para lograr un resultado justo en el intercambio de prestaciones⁴¹⁷.

3.3.- Justicia distributiva y asimetrías estructurales

a) Las situaciones de debilidad estructural y la distribución de derechos

Resta considerar un supuesto que, desde nuestra óptica, conlleva un ejercicio atípico de la justicia distributiva. Lo explicamos del siguiente modo:

– Existen ciertas circunstancias en que una de las partes del vínculo contractual resulta débil, a la vez que el cocontratante es, por cotejo, fuerte.

Esta asimetría entre los contratantes se traduce en una capacidad dispar en la negociación y, por ende, en la aptitud de uno de ellos para imponerle al otro los contenidos del acuerdo negocial.

Esta situación no es coyuntural y pasajera (como ocurre con las emergencias o situaciones de crisis analizadas en el apartado anterior), sino estructural.

– Frente a estas asimetrías, el derecho contemporáneo ha desarrollado diversos microsistemas normativos basados en una exigencia de trato desigual.

Contemplando las diferencias fácticas, el derecho resuelve compensarlas mediante un contrapeso jurídico de signo inverso, otorgándole a un sujeto débil en los hechos un suplemento normativo tendiente a equilibrar la relación.

En este sentido, la desigualdad fáctica y su correlato, el principio protectorio, cumplen una función justificativa de una diferencia de trato.

El razonamiento completo sería el siguiente: (i) existen diferencias de hecho que determinan la debilidad de ciertas personas frente a otras (debilidad jurídica); (ii) el principio de igualdad impone compensar algunas de estas diferencias, para permitir a las personas un ejercicio igualitario de sus derechos (igualdad

⁴¹⁶ Categóricamente se ha dicho que “la quiebra está presidida por la justicia “distributiva” (SCJ Mendoza, sala I, “Sánchez, Alberto S. en: Corrales, Raúl S., quiebra”, 26/04/1988, La Ley Online AR/JUR/266/1988, voto de Kemelmajer de Carlucci). Puntualmente, la igualdad de trato de los acreedores (*pars conditio creditorum*) ha sido considerada por la jurisprudencia como una figura animada por la justicia distributiva (Cám. 3º CCCba., “Tubos Trans Electric Sociedad Anónima”, 13/12/2005, La Ley Online AR/JUR/7380/2005).

⁴¹⁷ No es posible profundizar en estas líneas la discusión en la filosofía contractual contemporánea entre quienes entienden que sólo cabe aplicar justicia correctiva en los contratos (posición sostenida preponderantemente por los libertarios), quienes invocan exclusivamente la justicia distributiva (posición funcionalista) y quienes entienden, como lo hacemos en estas líneas, que el contrato está preponderantemente regido por la justicia conmutativa pero sin que ello expurgue por completo la justicia distributiva de la esfera de los acuerdos entre particulares. Sobre el punto, véase Martín Hevia, “Justicia correctiva y derecho contractual”, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), 12(1) (enero - junio de 2010), pp. 35-48 y Papayannis, Diego, “La insoportable levedad de la justicia correctiva en el Derecho Contractual”, Revista Discusiones N° XV, 2014, pp. 15-47, entre otros.

estructural); (iii) esto se traduce en un mandato de protección respecto de estos débiles (principio protectorio); (iv) este mandato se resuelve en una orden de trato desigual.

Esta protección de los débiles entraña una exigencia de la justicia: brindar especial protección a quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad y está, por ello, impedido de obrar en pie de igualdad en una relación jurídica es, precisamente, dar a cada uno lo suyo⁴¹⁸.

– Esta situación, desde la óptica de la justicia, supone que ciertos sujetos demandan un trato diferenciado por parte de la autoridad pública, expresado en el dictado de normas protectorias, lo que conlleva un mandato de justicia distributiva.

En efecto, esta relación entre el Estado y una categoría de particulares (sujetos débiles) en que se realiza una asignación (de derechos) en base a las particularidades necesidades de cada uno (proporcionalidad) es propia a la justicia distributiva.

– Ahora bien: no se trata del reparto de bienes susceptibles de apreciación económica, sino de derechos y de situaciones jurídicas derivadas de la legislación.

¿Este reparto de derechos puede considerarse inherente a la justicia distributiva? ¿La noción de bien a repartir alcanza la distribución de derechos?

Consideramos que la posesión de derechos en sí misma constituye en sentido amplio un bien pasible de ser distribuido y, por ende, la justicia que interviene en sus adjudicaciones es la distributiva.

Por lo demás, es evidente que el bien común se encuentra implicado en estas asignaciones, por lo que la cuestión concierne al interés colectivo.

– También en este caso se verifica la conexión entre la justicia distributiva y la conmutativa: se reparten de manera desigual derechos conforme la necesidad de los contratantes débiles (justicia distributiva), para lograr un equilibrio aritmético en el contrato (justicia conmutativa).

Este plano de actuación se corresponde en cierta forma con la denominada *justicia niveladora*, tendiente a composición de medidas o valores contractuales distorsionados en la convención originaria o a partir de hechos sobrevinientes⁴¹⁹.

b) *Algunos supuestos de aplicación de la justicia distributiva en materia contractual, en situaciones de debilidad estructural*

La aplicación práctica de estos estándares se da, de manera ostensible, en los microsistemas normativos caracterizados por la comprobación de un estado de debilidad de hecho y la correlativa adopción de normas tuitivas, tendientes a restablecer el equilibrio contractual entre las partes:

– El derecho del trabajo (ley 20744 y normas especiales), en cuyo caso se establece un estatuto de normas imperativas protectorias de los trabajadores en relación de dependencia frente a sus empleadores.

– El derecho del consumidor (ley 24240 y normas especiales), en cuyo caso se establece un estatuto de normas imperativas protectorias de los consumidores frente a los proveedores.

⁴¹⁸ Sobre este punto, Calderón, Maximiliano R., *Aplicación exorbitante de normas de consumo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 122-124.

⁴¹⁹ Juan C. Rezzonico, *Principios fundamentales...*, cit., p. 285.

En ambos casos se advierte una adjudicación de derechos diferenciada, basada en la necesidad protectoria de un grupo de sujetos.

Esta atribución desigual de derechos se practica con la finalidad de restañar la conmutatividad contractual: se provoca un desequilibrio jurídico para compensar un desequilibrio de hecho preexistente, como instrumento para lograr que la relación entre las partes sea efectivamente justa, en un sentido estrictamente aritmético.

Existen en estos estatutos protectorios normas absolutamente específicas tendientes a restablecer el equilibrio del contrato⁴²⁰.

c) *Justicia distributiva y pequeñas empresas*

Resta mencionar algunas reglas jurídicas particulares de justicia distributiva contenidas en el Código Civil y Comercial en resguardo de empresas pequeñas o débiles.

– Se incorporó una regulación de las cláusulas abusivas (arts. 984-989, Cód. Civ. y Com.), la que entraña por sí misma una búsqueda de equilibrio entre los contratantes, excluyendo de la reglamentación contractual los pactos derivados del mayor poder de negociación de uno de ellos.

En particular, se consideran inválidos los acuerdos que desnaturalizan las obligaciones del predisponente⁴²¹ o las amplían y los que suprimen o restringen las del adherente⁴²² (art. 988 inc. *a* y *b*, Cód. Civ. y Com.).

Se apunta en este caso a un equilibrio obligacional entre las partes, intentando establecer un equilibrio en el entramado de derechos y obligaciones de las partes del negocio⁴²³; de este modo, la justicia distributiva plasmada en la desigual

⁴²⁰ Por ejemplo, en el derecho del consumidor se declara la nulidad de cláusulas que desnaturalizan las obligaciones y amplían los derechos del proveedor o excluyen o restringen los del consumidor (art. 988, Cód. Civ. y Com., aplicable por remisión del art. 1117, Cód. Civ. y Com.; art. 37, ley 24240). Además, se considera abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (art. 1119, Cód. Civ. y Com.). La jurisprudencia ha declarado abusivas diversas cláusulas basándose en la asimetría de facultades que otorgan a los contratantes, por caso las que permiten al proveedor modificar unilateralmente el contenido de la prestación (CNCom., sala A, “Cilla, Néstor Reinaldo c. Galeno Argentina S.A. s/ Sumarísimo”, 04/08/2011, La Ley Online AR/JUR/55688/2011), las que establecen indemnizaciones diferentes en caso de arrepentimiento (CNCont.Adm.Fed, sala II, “Ombú Automotores S. A. c. Secretaria de Comercio e Inversiones”, 04/03/1999, La Ley 2000-B, 318) o las que prohíben la cesión de derechos a una sola de las partes (CNCom., sala B, “Zold, Ladislao Jorge c. Amsa S.A.”, 24/08/2007, La Ley Online AR/JUR/7306/2007).

⁴²¹ Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones alteran el equilibrio y la funcionalidad negocial de la relación contractual (Ramón D. Pizarro y Andrés F. Varizat, “La desnaturalización de las obligaciones como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (una interesante innovación doctrinaria argentina)”, *La Ley Córdoba*, 2006-10).

⁴²² De estas alteraciones resulta un desequilibrio de los derechos y obligaciones recíprocos de entidad suficiente para afectar el principio de reciprocidad de intereses (Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 273).

⁴²³ No se trata de restablecer un equilibrio económico o prestacional, sino jurídico u obligacional.

asignación de derechos se traduce en una justicia conmutativa, consistente en un equilibrio jurídico entre los contratantes.

– Se incorporó el abuso de posición dominante como supuesto particular del abuso del derecho (art. 11, Cód. Civ. y Com.).

Esta herramienta permite evitar comportamientos abusivos de empresas dominantes en el mercado, mediante mecanismos preventivos, de cesación, de recomposición y resarcitorios (art. 10, Cód. Civ. y Com.).

Esta regulación del mercado y de las conductas de las empresas que actúan en él entraña claramente una respuesta de justicia distributiva⁴²⁴.

4.- CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, consideramos:

– Que las normas relativas a las relaciones contractuales se vertebran regularmente en base a criterios de justicia conmutativa, por ser esta dimensión de la justicia la que concierne de manera propia y específica a los intercambios entre particulares.

– Que, no obstante, pueden identificarse reglas aplicables a la contratación de empresa estructuradas en base a fundamentos subyacentes de justicia distributiva, sea en función de necesidades coyunturales o estructurales.

⁴²⁴ Al respecto se ha señalado que “El art. 11, Cód. Civ. y Com., es bastante novedoso en su regulación como principio general de aplicación del derecho. No son novedosos los mecanismos de justicia o equilibrio contractual ni aquellos que relativizan los principios de autonomía o libertad contractual. El derecho de consumo ha sido pionero en ello, como así también la lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente y otros institutos. Pero la inclusión de una norma de alcance general que permita generalizar su aplicación a muchos casos que no tienen regulación, permite la construcción de una teoría general del contrato con bases más equitativas y desarrolladas” (Carlos Molina Sandoval, “Abuso de posición dominante”; RDCO 288, 25).

EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE ONU SU IMPACTO Y RECEPCIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONALES

Gastón Pereyra Zabala

Sumario

I- introducción- II- los principios rectores de naciones unidas sobre empresa y derechos humanos: a)- primer pilar: el deber del estado de proteger los derechos humanos b)- segundo pilar: la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos c)- tercer pilar: acceso a mecanismos de reparación- III- la agenda 2030 para el desarrollo sostenible- IV- el plan nacional de acción en derechos humanos- v- conclusiones

I- INTRODUCCION

Las empresas desempeñan un rol crucial en la sociedad, debido a sus múltiples impactos, tanto positivos como negativos, ya sea a nivel económico, jurídico, legal, ambiental, entre otros, sobre las personas y grupos sociales que interactúan activamente en dicho contexto.

Aunque durante mucho tiempo se intentó hacer la vista gorda, o se pretendió evadir la necesaria vinculación existente, hoy es innegable la estrecha relación imperante entre las empresas y los derechos humanos.

Ante la irrupción de graves abusos en décadas recientes, las organizaciones de la sociedad civil han llamado cada vez más la atención de las empresas para que respeten los estándares de derechos humanos.

Un enfoque efectivo e integral en derechos humanos requiere que las empresas respeten todos los derechos humanos.

La actividad empresarial puede causar la vulneración de derechos humanos tanto dentro como fuera de su estructura. Es por ello que la conciencia social respecto del rol de las empresas en la sociedad ha mutando a lo largo del tiempo. En el período industrial la producción estaba justificada casi a cualquier costo y de cualquier manera. Posteriormente, la sociedad comenzó a exigir un compromiso ético y social de las empresas con su entorno. Así, el surgimiento de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) estuvo originariamente ligada a acciones filantrópicas con la comunidad, mayormente orientadas al desarrollo social a través del fomento de la educación, la capacitación, la alimentación y la salud entre los principales aspectos. En los últimos años, el concepto de RSE ha

evolucionado al de sustentabilidad o sostenibilidad corporativa, en la búsqueda de un equilibrio entre la dimensión económica, social y ambiental.

La responsabilidad de las empresas con la comunidad se ha profesionalizado al nivel de poder medirse el impacto real de la actividad empresarial en el desarrollo.

Las empresas deben respetar los derechos humanos y asegurarse de no ser cómplices de la vulneración por terceras personas no sólo por su reputación sino porque los estándares de derechos humanos han alcanzado un nivel de consenso y de recepción normativa en los distintos sistemas jurídicos de los Estados y su violación puede genera graves consecuencias.

Toda empresa tiene impactos y responsabilidades de derechos humanos, pudiendo afectar el ejercicio de los derechos fundamentales de manera positiva o negativa, incluyendo la discriminación, el acoso sexual, la seguridad y salud ocupacional, la libertad de asociación y de conformar sindicatos, la violación, la tortura, la libertad de expresión, la privacidad, la pobreza, el derecho a la alimentación y al agua, la educación y la vivienda.

Además, la misma sociedad tiene un rol activo como veedor del desempeño empresarial y no sólo exige un mayor control del Estado respecto del accionar de las empresas y sino que interpela a las empresas a comportamientos éticos y transparentes.

En el año 2005, la entonces Comisión de Derechos Humanos decidió que un nuevo enfoque y un nuevo pensamiento debían ser formulados con respecto a la cuestión de las empresas y su relación con los derechos humanos.

Kofi Annan, secretario general de la ONU, mandató por tres años a John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard, para diseñar un marco normativo adaptado al nuevo enfoque.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó en 2011 los denominados “principios relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”.

Este marco comprende las obligaciones del Estado de proteger frente a abusos de derechos humanos, la responsabilidad empresarial para respetarlos y un mayor acceso por parte de las víctimas a una remediación efectiva. Asimismo, en 2011, el Consejo estableció un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos.

Las empresas se han unido entre sí y, en algunos casos, con los gobiernos, las organizaciones internacionales y/o ONG alrededor de iniciativas voluntarias para abordar algunos temas de derechos humanos. Cada vez más empresas están dando pasos en la dirección correcta para promover los derechos humanos.

A los fines del cabal cumplimiento de los principios antes mencionados, se torna esencial el rol de los Estados Nacionales, quienes deberían adoptar e implementar políticas públicas específicas en la materia antes aludida.

En nuestro país, el Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos es una iniciativa que intenta reflejar **la voluntad política del Poder Ejecutivo Nacional**

para abordar las metas que cada área de Gobierno definió como prioritarias en esta materia.

Se pretenderá abordar un análisis de los principios rectores, su recepción a nivel nacional y dilucidar si las políticas implementadas presentan y ofrecen una efectiva aplicación y cumplimiento en nuestro país.

II- LOS PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS

Desde principios de la década del 90, la Secretaria General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) incorporó el tema de empresas transnacionales y derechos humanos en su agenda global como estrategia para responder al creciente impacto de la actividad empresarial en la vigencia y respeto de los derechos más elementales.

Tal como expresáramos ut supra, en el año 2005, la Secretaria General designó a un Representante Especial de la ONU para Empresas y Derechos Humanos, designación que recayó sobre el académico John Ruggie.

Durante su mandato, que se extendió por más de seis años, se elaboraron y aprobaron los llamados “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos”, que actualmente constituyen el documento de referencia mundial en la temática.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

En la misma resolución, el Consejo estableció el Foro de Empresas y Derechos Humanos como una plataforma mundial con el objeto de *“examinar las tendencias y los problemas de aplicación de los Principios Rectores y promover el diálogo y la cooperación acerca de las cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos, incluidos los problemas de determinados sectores, ámbitos de operación o en relación con derechos o grupos específicos, así como para definir las buenas prácticas”*.

Con el objeto de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, el Consejo estableció un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

Además, podemos mencionar El Pacto Global de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que es una iniciativa pública-privada que reúne a empresas, agencias de ONU, sociedad civil, academia, instituciones de derechos humanos y gobiernos, y cuyo objetivo central es la difusión de 10 Principios Universales de derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción y la promoción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para incentivar negocios sostenibles.

Habiendo mostrado a grandes rasgos todo el esquema, los mecanismos, instrumentos y órganos existentes en la temática abordada, nos centraremos en el análisis de los principios rectores.

Los presupuestos esenciales sobre los que se construyen los Principios Rectores son por un lado, la obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y por otro, el reconocimiento de las empresas como actores relevantes cuya actuación puede impactar negativamente en los derechos humanos.

En los Principios Rectores se refleja y se amplía la estructura del Marco para “proteger, respetar y remediar” basada en los tres pilares mencionados.

Hay en total 31 principios, cada uno de los cuales va seguido de un breve comentario. Contemplados conjuntamente, en los Principios Rectores se esbozan medidas para que los Estados promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, se muestra un esquema para que las empresas gestionen el riesgo de provocar consecuencias negativas en los derechos humanos y se ofrece un conjunto de parámetros de referencia para que los interesados evalúen el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.

En definitiva, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos se organizan en tres pilares: el deber de los Estados de proteger los Derechos Humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a mecanismos de reparación.

a) Primer Pilar: El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos

El primer Pilar abarca los primeros diez principios, y se funda en la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos respecto de violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por las empresas (Principio 1).

La regla general en Derecho Internacional es que el Estado no responde por actos de los particulares sino por la acción u omisión de los agentes del Estado. No obstante, un Estado puede incurrir en un hecho internacionalmente ilícito si omite actuar con la debida diligencia en la prevención y/o sanción de la violación de derechos humanos por el accionar de empresas privadas. En el caso de las empresas públicas estatales, el Estado responde por el hecho de sus agentes.

El accionar de las empresas fuera del territorio y/o jurisdicción del Estado en principio queda fuera de la regulación del Estado por lo que uno de los Principios fundacionales de este Pilar es que los Estados soliciten a las empresas registradas en su territorio que cumplan las obligaciones de derechos humanos fuera de éste (Principio 2). Cabe aclarar que a la fecha, a más de 9 años de la adopción de los Principios Rectores se han producido importantes avances en el alcance extraterritorial de la obligación de proteger. Por su parte, los Principios operativos dan contenido y delimitan el alcance de la obligación de protección del Estado.

En virtud del Principio 3 los Estados tienen la obligación de hacer cumplir las leyes que tengan por objeto proteger los derechos humanos, asegurar que propicien los derechos humanos y no los restrinjan, asesorar a las empresas y alentarlas a que evalúen el impacto de sus acciones. También deben mantener un marco normativo adecuado para asegurar el cumplimiento de los derechos

humanos cuando suscriben acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estado (Principio 9).

El Principio 4 introduce una cuestión fundamental que es la obligación del Estado de adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control. La coherencia entre el accionar del Estado ad intra en su propia estructura y la regulación y control del sector privado, es necesaria para dotar de legitimidad y credibilidad en la exigencia de cumplimiento y a la implementación de los Principios Rectores. Para las Naciones Unidas la “empresa pública” es entendida en los términos definidos por las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, como *“cualquier persona jurídica que la ley nacional reconozca como una entidad mercantil y en la que el Estado ejercite los derechos de propiedad. Ello incluye las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. Además, las entidades legalmente establecidas, con personalidad jurídica reconocida por una ley específica, serán consideradas empresas públicas siempre que su objetivo o sus actividades, o parte de ellas, tengan un carácter principalmente económico”*. En dicho documento se agrega además que estas Directrices *“son aplicables a las empresas que están bajo el control del Estado, tanto si éste constituye el último propietario beneficiario de la mayoría de las acciones con derecho a voto como si ejerce un grado equivalente de control por cualquier otro medio”*.

Alineados con la idea de medidas adicionales para empresas públicas, los Principios 5 y 6 disponen la obligación del Estado de supervisar el respeto de los derechos humanos por las empresas a las que se contratan servicios, o con las que realizan transacciones comerciales. Igualmente, el Principio 7 exige que en relación a empresas en zonas de conflicto, los Estados se aseguren que no están involucradas en abusos.

El Estado tiene que tener en cuenta los Principios Rectores al momento de regular las prácticas empresariales (Principio 8), al concluir acuerdos políticos como por ejemplo tratados de inversión (Principio 9) y al actuar en el marco de organizaciones multilaterales (Principio 10).

b) Segundo Pilar: La responsabilidad de las Empresas de respetar los Derechos Humanos

Como cualquier otro actor que opera en el territorio de un Estado, las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos que, conforme los Principios, abarca como piso mínimo los derechos enunciados en la Carta Internacional de los Derechos Humanos y los principios establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Principio 12).

Los contextos complejos o de conflicto no las eximen del cumplimiento de los derechos humanos y las comprometen a no contribuir en su agravamiento (Principio 23).

La obligación de respeto exige que las empresas eviten que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los

derechos humanos y que adopten medidas de prevención y mitigación (Principios 11 y 13).

En caso de existencia de múltiples consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben priorizar las más graves (Principio 24).

Todas las empresas con prescindencia de su tamaño, sector, contexto, propietario y estructura están obligadas por los Principios Rectores. No obstante, estos factores al igual que la gravedad de las consecuencias pueden influir en el alcance y complejidad de los medios exigibles a cada empresa (Principio 14).

Para cumplir su obligación de respeto de los derechos humanos, las empresas deben adoptar políticas y procedimientos entre los que se destaca un compromiso político de las autoridades de la empresa de cumplir con los derechos humanos, un proceso de diligencia debida para identificar los riesgos reales o potenciales de su actividad en los derechos humanos, con medidas de mitigación y rendición de cuentas y mecanismos de reparación (Principio 15).

Para que sea válido el compromiso político debe cumplir algunos requisitos como haber sido aprobado por el nivel más alto de los directivos de la empresa, basarse en un asesoramiento interno y externo, establecer las expectativas de la empresa respecto al cumplimiento de los derechos humanos, darse a conocer públicamente y difundirse interna o externamente (Principio 21) y finalmente, que lo que se plasme en el compromiso político se traduzca en los procedimientos operacionales de la empresa (Principio 16).

La declaración de Principios precisa algunas características de la diligencia debida empresarial. Este proceso debe incorporar una evaluación de impacto que identifique las consecuencias negativas de las operaciones, productos y/o servicios de una empresa respecto a los derechos humanos, la integración adecuada de las conclusiones al funcionamiento y estructura, las medidas adoptadas, el seguimiento de su implementación y su comunicación. La mayor complejidad de las medidas de prevención y mitigación debe ser acorde a los riesgos detectados y debe ser un proceso continuo, donde la magnitud y tipo de riesgo pueda ir mutando con su correspondiente adecuación (Principio 17).

La detección de los riesgos en materia de derechos humanos debe realizarse a través de expertos y debe incluir consultas a los grupos potencialmente afectados (Principio 18).

Asimismo, la efectividad del proceso de diligencia debida depende de que las conclusiones de la evaluación de impacto sean incorporadas a la estructura y funcionamiento de la empresa a través de la adopción de medidas concretas. Para ello, es preciso que las medidas de prevención se adecuen a los niveles y funciones correspondientes, se asigne presupuesto necesario para su implementación, y se dé seguimiento a su ejecución (Principio 19 y 20). En los casos en que se adviertan vulneraciones a los derechos humanos las empresas deben reparar las consecuencias negativas causadas (Principio 22).

c) Tercer Pilar: Acceso a mecanismos de reparación

La obligación de protección de los Estados alcanza el deber de disponer medios judiciales (Principio 26), administrativos y/o legislativos adecuados y eficaces

para garantizar la reparación en caso de violaciones de derechos humanos por las empresas (Principio 25).

El término “reparación” es entendido en sentido amplio como disculpas, restitución, sanción punitiva, compensación económica y/o garantía de no repetición. Los Estados deben eliminar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que obstruyan el acceso a la reparación de los daños (Principio 26). La corrupción judicial, los costos para la presentación de casos, la falta de recepción normativa de acciones legales necesarias para efectuar ciertos reclamos, y/o la falta de capacitación y formación de los operadores jurídicos, constituyen algunas de las principales dificultades para acceder a una reparación adecuada.

Paralelamente a los mecanismos judiciales, los Estados deben disponer mecanismos extrajudiciales de reclamación apropiados y eficaces (Principio 27 y 28). El texto de los Principios reconoce que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) tienen un rol importante en este aspecto.

Asimismo, los mecanismos extrajudiciales no estatales pueden pertenecer a la estructura interna de una empresa o de un organismo regional o internacional de derechos humanos (Principio 28 y 29).

Lo expuesto es extensible a las corporaciones industriales, colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración (Principio 30). Para ser considerados eficaces, los mecanismos extrajudiciales de reclamación tanto estatales como no estatales deben cumplir ciertos criterios tales como (principio 31): ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles, fuente de aprendizaje continuo, y basarse en la participación y el diálogo (en caso de mecanismos en empresas).

III- LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible guarda una estrecha relación con los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos. El desarrollo no será sostenible si el accionar de las empresas no respeta los Principios Rectores y los estándares de derechos humanos vigentes.

La Agenda 2030 constituye un plan global adoptado en Naciones Unidas por la comunidad internacional en la que los Estados del mundo se han comprometido a cumplir con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 Metas a 2030 referidos a los grandes desafíos mundiales: paz, justicia, fin del hambre y la pobreza, protección del medio ambiente entre otros.

Las empresas, al igual que las organizaciones de la sociedad civil, la academia, y el Estado constituyen actores necesarios para el éxito de esta hoja de ruta al desarrollo sostenible. Además, la Agenda 2030 se construye sobre los tratados de derechos humanos y ambientales vigentes lo que establece una interdependencia entre los ODS y los derechos humanos.

El párrafo 167 de la Agenda 2030 hace una mención directa a los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos al sostener:

“67. La actividad empresarial, la inversión y la innovación privadas son los grandes motores de la productividad, el crecimiento económico inclusivo y la creación de empleo.

Reconocemos la diversidad del sector privado, que incluye tanto a las microempresas como a las cooperativas y las multinacionales. Exhortamos a todas las empresas a que aprovechen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible. Fomentaremos un sector empresarial dinámico y eficiente, protegiendo al mismo tiempo los derechos laborales y los requisitos sanitarios y ambientales de conformidad con las normas y los acuerdos internacionales pertinentes y otras iniciativas que se estén llevando a cabo en esta esfera, como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las normas laborales de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales acuerdos ambientales multilaterales, para quienes sean parte en ellos”.

Igualmente, el Consejo de Derechos Humanos ha exhortado al Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos a que *“preste la debida atención a la aplicación de los Principios Rectores en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.*

El segundo Pilar de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos insta a las empresas a establecer un proceso de diligencia debida que identifique los riesgos reales y/o potenciales de sus actividades y adopte medidas de prevención, mitigación y reparación.

En materia ambiental, por ejemplo, la diligencia debida debe estar orientada a garantizar la disponibilidad y gestión sostenible del agua y saneamiento a través de acciones como reducir la contaminación y/o el vertido de productos químicos (ODS 6).

En caso que la actividad empresarial tenga impacto en el ecosistema terrestre, la diligencia debida debería considerar medidas para proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres (ODS 15).

El impacto de la actividad económica en los océanos y mares también debería considerarse mediante la adopción de medidas como prevenir y reducir significativamente la contaminación marina (ODS 14).

La gestión eficaz en relación al cambio climático (ODS 13) también debe considerarse en un proceso de la diligencia debida.

En materia de preservación de los recursos naturales, las empresas deben garantizar modalidades de consumo y producción sostenible (ODS 12).

Respecto a los estándares laborales y de derechos humanos las empresas tienen la obligación de garantizar los derechos laborales de sus trabajadores/as y asegurar que en su empresa o en sus proveedores no se incurra en graves delitos como la explotación infantil y la trata de personas (ODS 8 y 16).

La igualdad de género (ODS 5) también constituye una cuestión central que debe ser respetada por las empresas.

Así, las empresas deben garantizar paridad en el salario entre hombres y mujeres, acceso a la mujer a puestos de decisión, políticas específicas de conciliación de la vida familiar y laboral así como protocolos contra la violencia y el acoso laboral.

En adición a lo expresado, es clave el rol de las llamadas redes de Pacto Global locales en la implementación de la Agenda 2030, situación que ha sido expresamente reconocida por la Asamblea General de Naciones Unidas.

En nuestro país, la Red Argentina de Pacto Global funciona en 20 provincias y reúne a más de 750 participantes

IV- EL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Los planes nacionales de derechos humanos surgieron en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena (Austria) del 14 a 25 de junio de 1993.

Los Estados participantes aprobaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena en el que específicamente se recomendó que *“cada Estado considere la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinen las medidas necesarias para que ese Estado mejore la promoción y protección de los derechos humanos”*.

El Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos ha reconocido que los planes nacionales de derechos humanos desempeñan un rol clave para agilizar la efectividad de los Principios Rectores de ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y ha establecido cuatro elementos básicos indispensables en el proceso de elaboración de un plan nacional: participación de los interesados gubernamentales y liderado por entidad especializada, inclusión de interesados no gubernamentales en el proceso, recolección de datos empíricos que permitan diagnosticar las necesidades y carencias y previsibilidad y transparencia en el proceso.

Es así que, en 1994, Australia fue el primer país en elaborar un Plan Nacional de Derechos Humanos y presentarlo ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A partir de entonces, 35 (treinta y cinco) países han realizado sus Planes Nacionales de Derechos Humanos, entre ellos siete son latinoamericanos, siendo una de las regiones del mundo que ha liderado este proceso de planificación en materia de derechos humanos.

Estos planes de acción, entendidos como instrumentos de gestión, representan un avance significativo en la estructuración de políticas públicas, toda vez que estimulan una comprensiva evaluación de las necesidades particulares en materia de derechos humanos; promueven la articulación entre las áreas de gobierno, las organizaciones de la sociedad civil y la ciudadanía, y generan compromisos concretos de acción.

En nuestro país, la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elaboró el primer Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos (PNADH 2017- 2020) para dar cumplimiento a los compromisos internacionales emanados de la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), del primer Informe Periódico Universal (EPU), y en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

El PNADH está estructurado en 5 ejes, cada uno de los cuales tienen objetivos específicos y por cada uno de ellos diferentes metas e indicadores.

Los 5 ejes propuestos son:

- Eje 1: Inclusión, no discriminación e igualdad
- Eje 2: Seguridad pública y no violencia
- Eje 3: Memoria, Verdad, Justicia y Políticas Reparatorias
- Eje 4: Acceso Universal a Derechos
- Eje 5: Cultura cívica y compromiso con los derechos humanos

Argentina ha incluido en su plan nacional un apartado específico para Empresas y Derechos Humanos (eje 5, numeral 5.6), en el cuál asume los compromisos de fortalecer la coordinación sectorial para el desarrollo de las políticas públicas en el tema, diseñar e implementar un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos y demás guías y protocolos de acción, fortalecer las capacidades del sector público, privado y social respecto de instrumentos internacionales al respecto y desarrollar acciones de promoción de la Responsabilidad Social en el marco del Foro Nacional de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible.

Es menester resaltar que, el 3 y 4 de junio del corriente año 2019 se celebró en Buenos Aires el Primer Foro Regional de Planes Nacionales de Acción y Políticas Públicas en Empresas y Derechos Humanos, en el cual Argentina presentó su informe de medio término 2017-2018 del Plan Nacional de Derechos Humanos.

V- CONCLUSION

Desde la década del 90 en que el tema de las Empresas y los Derechos Humanos fue incluido en la agenda global hasta la actualidad, la comunidad internacional ha realizado importantes avances en la consolidación de un núcleo normativo de principios y estándares de protección de los derechos humanos frente a la actividad empresarial.

La obligación de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos reconocidos universalmente en relación a la acción y/u omisión de las empresas constituye una regla general internacional que compromete a todos los Estados en cada uno de sus niveles (nacional, provincial y local).

Los Estados deben abstenerse de vulnerar los derechos humanos no sólo por la acción de sus agentes sino por la omisión de control y supervisión respecto de empresas que les provean bienes y/o servicios.

La obligación de respeto de los derechos humanos por las empresas con prescindencia de su tamaño, sector, contexto y estructura se ha traducido cada vez más en estándares de comportamiento específicos que sirven de guía de conducta para las empresas pero también contribuyen a precisar la legalidad o no de la conducta empresarial.

Para dar cumplimiento a su obligación de respeto de los derechos humanos, las empresas deben llevar adelante un proceso de diligencia debida que consiste en la identificación de los riesgos reales y potenciales de sus actividades respecto a los derechos y al ambiente, adoptar medidas de prevención, mitigación y reparación en caso de daños.

Sin embargo, los informes de seguimiento que realiza el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos han concluido que en la actualidad existe sólo una práctica incipiente de procesos de diligencia debida y que la mayoría de las empresas no tiene conocimiento o no demuestra voluntad para implementar un proceso de estas características.

La adopción de políticas, la proliferación de iniciativas voluntarias y el reconocimiento de que las empresas tienen una responsabilidad de respetar los derechos humanos representan un avance.

En lo atinente al tema en desarrollo, hemos analizado los distintos instrumentos, mecanismos, organismos y procedimientos impulsados desde ONU para adoptar un enfoque en el cual se recepte la temática de los derechos humanos desde las empresas.

Y a nivel nacional, nuestro país se encuentra dentro de los estados que han elaborados planes nacionales de acción en derechos humanos abarcando el ámbito de las empresas.

Pero todo lo anterior no ha sido suficiente para que las empresas respeten los derechos humanos. Al menos no de una manera acabada y completa. Si bien este proceso es nuevo, y novedoso, y falta mucho camino por recorrer, se pueden identificar medidas para mejorar la protección existente.

Por consiguiente, se requiere aún de forma urgente mayor escrutinio, transparencia y acciones de remediación para las víctimas, así como otros mecanismos para la rendición de cuentas por las empresas, al lado de más trabajo por parte de la sociedad civil, los gobiernos, las Naciones Unidas y las empresas mismas.

EMPRESA, INCERTIDUMBRE Y DAÑO PUNITIVO. UN ANÁLISIS DESDE LAS TEORÍAS JUSTIFICATORIAS DE LA PENA

Jorge Augusto Barbará

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. En el marco de las relaciones de consumo, el instituto del daño punitivo –o multa civil- regulado en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en adelante LDC) fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el dictado de la Ley N° 26.361, publicada en el Boletín Oficial de la Nación con fecha 7/4/2008.

A pesar de haber transcurrido ya más de 11 años desde su entrada en vigencia, las discusiones conceptuales en torno al instituto siguen constituyendo una permanente fuente de incertidumbre, de innegables consecuencias prácticas, no sólo para las empresas proveedoras de bienes y servicios sino también para los consumidores o usuarios de los mismos.

2. Se ha cuestionado desde la constitucionalidad del instituto por considerarse violatorio de garantías consagradas en el art. 18 de la C.N., hasta la legitimidad que ostenta el consumidor para erigirse como acreedor de la multa civil, pasando por el factor de atribución (subjetivo u objetivo) requerido para su aplicación.

Así, se ha dicho que, dada la naturaleza sancionatoria de la figura del daño punitivo, la misma no respeta determinadas garantías constitucionales que tradicionalmente son consideradas como derechos consagrados frente al ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado. Al respecto se ha cuestionado, en especial, la excesiva amplitud de la condición de aplicación de la sanción establecida por la norma (*incumplimiento de obligaciones legales o contractuales*), muy alejada de la especificidad requerida a los tipos penales; así como la fijación de la carga probatoria en cabeza del proveedor (art. 53 LDC), en tanto ello constituiría, por derivación lógica, una suerte de violación a la prohibición de declarar contra sí mismo que debe poseer todo acusado frente a la amenaza de aplicación de una sanción de naturaleza punitiva por parte del Estado.

Desde la mirada del Derecho de Daños tradicional, se ha debatido fuertemente la razón de ser de la legitimación que ostenta el consumidor para constituirse como acreedor de una multa, la cual, por definición, no posee carácter resarcitorio.

Estas discusiones, en la práctica judicial al menos, se han ido acallando debido a los diferentes rechazos de los planteamientos de inconstitucionalidad

del instituto⁴²⁵, aunque resulta obvio que la naturaleza cultural y dinámica del Derecho no nos permite descartar un renacimiento futuro de las mismas, también en los ámbitos de la litigación.

Tienen -todavía- vigencia las controversias acerca de si la aplicación del instituto exige un juicio de reproche de naturaleza subjetiva hacia la persona sancionada (culpabilidad) o si, por el contrario, permite basar la sanción en un simple juicio objetivo acerca del incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte del proveedor de bienes o servicios⁴²⁶.

3. Todas las problemáticas mencionadas ostentan una innegable importancia tanto teórica como práctica en la medida que, de un modo u otro, son susceptibles de generar diferentes tipos de incertidumbres acerca de la aplicación del derecho por parte de los tribunales.

Ahora bien, en el presente trabajo no me ocuparé de ninguno de los problemas previamente enunciados -relacionados con las condiciones de procedencia de la sanción civil- sino que intentaré brindar algún aporte sobre un problema que se pone en evidencia una vez que ya se ha considerado que corresponde la aplicación de la multa civil a un proveedor de bienes o servicios.

Me refiero, concretamente, al problema de la graduación o determinación del monto de la sanción civil por parte de los tribunales.

4. El art. 52 bis de la LDC establece lo siguiente:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

Por su parte, el art. 47 inc. b) de la LDC -también introducido por ley 26.361- al que remite el art. 52 bis del mismo cuerpo legal, establece un máximo de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000) como posible condena en concepto de multa.

Según puede leerse, entonces, la “gravedad del hecho” y las “demás circunstancias del caso” son los elementos a tener en cuenta para la determinación del monto sancionatorio -siempre, claro está, bajo el límite previsto en el art. 47 inc. b) LDC-. Es evidente que se trata de conceptos o estándares jurídicos que, si bien pueden resultar razonables, se muestran como demasiado vagos para servir de guía a las decisiones jurisdiccionales sobre la materia.

⁴²⁵ Así, por ejemplo, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en pleno, autos “Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad - Expediente N° 2748029/36” - Sentencia N° 61 de fecha 10/5/2016.

⁴²⁶ Ello, aún cuando la doctrina judicial de los tribunales superiores parece inclinarse por la primera opción. Así, por ejemplo, TSJ Cba. Sala CyCom., autos “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G. - Abreviado - Otros - Recurso de Casación” Sentencia N° 63 de fecha 15/04/2014.

5. No pretendo desconocer que la prudencia judicial puede moldear los conceptos legales contenidos en el art. 52 bis de manera adecuada cuando deben aplicarse en el caso concreto.

Sin embargo, el hecho de que existan herramientas o remedios jurídicos, como la prudencia judicial, para solucionar los problemas derivados de la extrema vaguedad de los criterios legales contenidos en el art. 52 bis de la LDC, no significa que tales problemas hayan desaparecido ni, tampoco, desconocer que cualquier razonamiento prudencial tendrá mayores garantías de éxito partiendo de criterios más específicos y/o mejor justificados que de simples intuiciones axiológicas no enunciadas.

De allí, precisamente, el objetivo perseguido en la presente ponencia, conforme paso a detallar.

B) EL CAMINO A RECORRER Y LOS PUNTOS DE PARTIDA

1. Me propongo analizar si alguno o algunos de los objetivos en torno a los cuales gira actualmente el debate respecto de la justificación de la pena (retribuir, disuadir, incapacitar y rehabilitar), son susceptibles -y, en su caso, en qué medida- de arrojar luz sobre el problema abordado, a los efectos de conducir los razonamientos judiciales dirigidos a la graduación de la sanción.

2. Para ello, asumiré que la naturaleza punitiva de la multa civil exige la presencia del elemento de la culpabilidad (es decir un juicio de reproche subjetivo respecto la conducta desarrollada por el sancionado), no tanto porque ésta sea la posición doctrinaria y judicial dominante en la actualidad sino más bien porque las teorías justificatorias de la pena se han desarrollado bajo tal paradigma.

Esta asunción, por cierto, no nos impone una particular definición acerca de la naturaleza o gravedad moral del ilícito civil requerido, pudiendo tratarse de una conducta dolosa o, simplemente, de una negligencia o impericia jurídicamente injustificable.

3. Asimismo, asumiré la necesidad de articular una justificación satisfactoria para la graduación del monto de la sanción, como una exigencia inherente a la legitimación del uso de la coacción estatal correspondiente a todo Estado de Derecho.

Legitimar, en este caso, consiste en dar razones acerca de los motivos por los que se coacciona en un sentido determinado, toda vez que el uso de la coacción por parte del Estado se justifica y legitima en la medida que asegura un ordenamiento jurídico fundado en principios y valores (Heller, 1992).

Es por este motivo que cualquier análisis jurídico responsable debe recurrir a una -o más- teorías jurídicas -como es el caso de las teorías justificatorias de la pena- para legitimar las soluciones que se brindan a los problemas prácticos de los que se ocupa el Derecho pues *“Cuando decidimos menospreciar la teoría a favor de la práctica, lo que en verdad hacemos es rechazar las teorías explícitas, que pueden analizarse y debatirse, y preferir las teorías implícitas, que no nos comprometen a mantener un pensamiento coherente ni nos sujetan a la crítica de terceros”* (Guibourg, 1999: 171-172).

4. En tercer lugar, conviene recordar que la previsibilidad del accionar de los órganos estatales no sólo interesa a las empresas que necesitan, para poder desarrollarse y proyectarse en el mediano y largo plazo, efectuar las previsiones económicas correspondientes, sino que ello también constituye una finalidad esencial de todo Estado de Derecho. Éste debiera servir, sin perjuicio de otras finalidades, al logro de la seguridad jurídica u obtención de previsibilidad para los súbditos⁴²⁷.

Al respecto, parto de la idea de que la seguridad jurídica proviene de la efectiva aplicación del principio de integridad o de coherencia constitutivo de todo Estado de Derecho, el cual obliga a considerar a las normas y principios no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, siendo ello lo que, en verdad, promueve la certeza del Derecho. Esto, debido a que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico en su totalidad pero sí sus principios básicos (así lo explica Atienza, 2003: 117-118, refiriéndose a las ideas de McCormick o Dworkin, 1988: 137, 138, 164).

De este modo, en situaciones como las que aquí analizamos en las cuales la manda legal carece de directivas precisas, la seguridad jurídica exigirá una interpretación de los objetivos y principios subyacentes a la decisión institucional del Poder Legislativo que resulte coherente, en la mayor medida posible, con los principios y objetivos del sistema jurídico en general y del derecho del consumo en particular.

5. Por hipótesis metodológica de trabajo, supondré que el límite fijado en el art. 47 de la LDC no aporta razones normativas relevantes para el análisis. Al respecto, podrá considerarse que el mismo no ha quedado desfasado por la pérdida de valor de nuestra moneda o, lo que metodológicamente es equivalente, que la perforación del techo allí fijado, en caso de ser necesario para cumplir con los objetivos sancionatorios de manera adecuada, no constituye un tema jurídicamente significativo (precisamente, debido a la indisimulable y sensible depreciación de la moneda).

6. Dejaré de lado en esta ponencia los problemas de naturaleza probatoria relacionados con circunstancias tales como las ganancias obtenidas o a obtener por la empresa proveedora mediante la realización de la conducta merecedora de sanción (sea en el caso individual objeto del litigio, sea en términos del universo total de consumidores perjudicados) o acerca de su culpabilidad.

7. Por último, debemos tener en cuenta que en los sistemas jurídicos las sanciones no están diseñadas para cumplir exclusivamente con una única aspiración. Así, cuando se castiga a quien comete un delito penal se busca “retribuirle” por su acto pero, paralelamente, se considera que también se está cumpliendo con una función preventiva o disuasoria respecto de potenciales delincuentes que, para no ser objeto de análogas puniciones, se verán compelidos a evitar cometer actos semejantes.

En el caso del daño punitivo, tanto doctrina como jurisprudencia, han aceptado sin mayores inconvenientes la superposición de finalidades del

⁴²⁷ Tan básica es esta función de previsibilidad, que la noción misma de “Estado de Derecho” la supone conceptualmente (cf. Barbará, 2008: 55-61).

instituto. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos "Defilippo" expresó inequívocamente:

"...El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas.

Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores.

Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva).

... La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.

Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en "La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", en J.A., 2008-II-1198).

Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos."

Esta superposición de objetivos ha sido una fuente constante de problemas en la práctica sancionatoria de naturaleza penal y, como veremos, el daño punitivo no es una excepción a ello⁴²⁸.

C) EL RETRIBUCIONISMO

1. La idea base de la teoría retribucionista –en sus variadas versiones– es que se asigna el castigo debido al daño que se ha cometido. La acción ilícita ha roto el equilibrio que se da en la sociedad y, para restaurar el equilibrio, resulta necesaria la sanción.

En el fondo de esta argumentación, encontramos una intuición axiológica básica que puede sintetizarse del siguiente modo: (i) toda injusticia debe ser corregida; (ii) quien contraviene una obligación legal ha roto el equilibrio social y está obteniendo una ventaja desleal respecto de quienes cumplen el derecho y esto es injusto; (iii) la restauración del equilibrio social exige el castigo y el delincuente se hace merecedor del mismo.

El castigo es un deber moral en sí mismo, independientemente de sus consecuencias, y por ello se dice que el retribucionismo mira al pasado. Kant es por demás claro al respecto:

⁴²⁸ En la caracterización de las teorías justificatorias de la pena me he apoyado, principalmente, en Vilajosana, 2007: Capítulo V y en Nino, 1980: Capítulo VII.

“Aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel para que cada cual reciba lo que merecen sus actos.” (Kant, 1797: 168-169).

La justificación retribucionista impone una pena que tenderá, de algún modo, a igualar el mal causado, sobre la base del denominado *principio de proporcionalidad de la pena*. Sin caer en una versión decimonónica y literal de la ley del talión, se exige cierta equivalencia entre la sanción y el ilícito.

En determinados delitos esta correspondencia es difícil de medir o cuantificar. No resulta para nada sencillo hacer este cálculo en el caso de una pena privativa de la libertad respecto, por ejemplo, de un delito como la violación o el homicidio. Sin embargo, en el caso del daño punitivo, esta equivalencia proporcional parece, a priori, más sencilla de satisfacer, dado que estamos en un ámbito de conductas ilícitas que involucran, una afectación patrimonial –aunque sea potencial o en el origen de la relación⁴²⁹- de los consumidores afectados que se corresponden con sanciones que consisten, también, en una afectación del patrimonio del proveedor del bien o servicio.

La justificación retribucionista requiere, a la par del principio de proporcionalidad, el cumplimiento del denominado *principio de igualdad*, el cual puede ser sintetizado de la siguiente forma: quien comete ilícitos similares debe ser tratado de manera similar. Esto implica que las características personales y sociales del sancionado y/o de las víctimas resultan irrelevantes para la graduación de la sanción.

2. El problema que presenta el retribucionismo para la graduación de la sanción, en el caso específico del daño punitivo, es que, si la determinación del monto de la multa civil se establece solamente sobre la base del daño causado a la persona que lleva adelante la demanda judicial, debido a su probable escaso costo, tiende a tornar atractiva la asunción de riesgos derivados del ilícito por parte del polo fuerte de la relación de consumo, que es el proveedor.

De procederse de esta manera, siendo de la misma naturaleza la sanción que los beneficios obtenidos del incumplimiento legal, el supuesto “castigo” no sería tal en los casos en que el mismo queda compensado con los beneficios patrimoniales totales –o sea: considerado todo el universo de consumidores-, obtenidos a través del incumplimiento legal o contractual.

Supongamos que se lanza al mercado un producto con determinadas deficiencias de calidad que, debido a su menor costo, permiten obtener una rentabilidad mayor a la empresa proveedora del bien. Supongamos que la probabilidad de ocurrencia del funcionamiento defectuoso del producto es considerablemente menor al 100% y, a su vez, que la probabilidad de reclamos judiciales derivados de ese funcionamiento defectuoso –y, por tanto, la probabilidad de aplicación de una multa civil- es, también, sensiblemente menor al total de los casos en los cuales el defecto efectivamente se presentó. Supongamos que, de ese universo de reclamos en sede judicial, la sanción civil se establece sobre el principio de proporcionalidad en relación al daño causado a cada uno de los demandantes. Pues bien, en este tipo de situaciones, la

⁴²⁹ Aún cuando luego la conducta sancionada se derive de la violación del derecho a un trato digno o cuestiones análogas de índole no patrimonial.

aplicación de la multa civil sólo significará un “castigo” si nos enfocamos desde la perspectiva de cada caso individual, pero de ninguna manera si asumimos la perspectiva lucrativa global del proveedor quien, lejos de haber sido “castigado”, habrá sido beneficiado por un sistema legal que gradúa de ese modo el *quantum* de la sanción civil.

Esto podría llevarnos a asumir la perspectiva lucrativa global del proveedor incumplidor para graduar la multa. Pero el problema de esta solución es que ella nos acerca a la idea de castigo –el cual exige causar un perjuicio al sancionado mediante la privación de un bien que, lógicamente, debe ser patrimonialmente superior al beneficio económico obtenido del incumplimiento-, pero nos aleja de la justificación retribucionista. Ello así, toda vez que esta perspectiva no cumple con el requisito de proporcionalidad respecto del daño efectivamente causado⁴³⁰.

El hecho de incluir dentro de la medición que debe llevarse a cabo para la graduación de la multa no sólo a los beneficios efectivos derivados de los incumplimientos obligacionales respecto de los consumidores demandantes, sino también a los beneficios o ganancias correspondientes al universo total de consumidores –incluidos los futuros y potenciales- pierde de vista, en definitiva, el daño efectivo para poner el énfasis en un elemento cuantificador ajeno al principio de proporcionalidad.

Otra dificultad que plantea el retribucionismo viene asociada al cumplimiento del principio de igualdad en la imposición de la sanción. Recordemos, al respecto, que este principio impone que las condiciones personales de la víctima del ilícito, así como las de quien lo comete, no deban ser tenidas en cuenta para la graduación de la pena. En consecuencia, la aplicación del principio de igualdad torna inadecuado, como parámetro para la graduación de la sanción a determinado tipo de daños. Tal es el caso, por ejemplo, del daño moral o del lucro cesante, ya que éstos se vinculan directamente con las condiciones subjetivas de sufrimiento o de producción de riqueza específicas del damnificado.

3. De este modo, el retribucionismo parece ser capaz de dar una respuesta adecuada al problema de la graduación cuando el incumplimiento está relacionado con algún o algunos consumidores específicos y determinados. En estos casos, una multa civil que tenga como guía para su cuantificación al daño efectivamente causado cumple satisfactoriamente con los requisitos sancionatorios del instituto desde el punto de vista del retribucionismo. Pero esta teoría presenta dificultades, como quedó expresado, para suministrar una guía adecuada para cuantificar la multa civil cuando nos situamos en supuestos de productos o servicios masivos que se lanzan al mercado incumpliendo mandas legales o contractuales, sin que llegue a ocurrir necesariamente un daño efectivo para cada consumidor. A su vez, es una guía útil en la medida que la cuantificación de la sanción se tome sobre la base del daño material sufrido por

⁴³⁰ Y nos aleja también, por cierto, del presupuesto que el TSJ de Córdoba habría dejado sugerido en autos “Defilippo” al expresar que el daño punitivo busca anular los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la “*actividad dañosa*” y no de la mera probabilidad de daño.

el consumidor, pero obliga –en una aplicación estricta del principio de igualdad- a dejar de lado otro tipo de daños padecidos por éste como consecuencia del accionar ilícito del proveedor.

D) LA DISUASIÓN

1. Las teorías de la disuasión entienden que la imposición de una pena se justifica porque, a través de la misma, se previene la realización de nuevos ilícitos futuros, ya sea por parte de la propia persona sancionada –prevención especial- ya sea por parte de todos aquellos que, por temor a ser castigados, evitarán incurrir en ese tipo de conductas –prevención general-.

Se trata de una justificación consecuencialista, conforme la cual resulta irrelevante la noción de merecimiento de la sanción o de proporcionalidad al mal cometido: todo lo que interesa es la idoneidad de la sanción para cumplir con su función preventiva hacia el futuro.

2. Para evaluar esa idoneidad preventiva interesan, principalmente, tres factores: la dureza o severidad del castigo, la certeza de ocurrencia del mismo que puede tener el potencial dañador y la celeridad en la aplicación de la pena. Aquí nos estamos ocupando sólo del primero de ellos.

En lo que respecta a la dureza del castigo, el concepto central es que la sanción debe tener un costo más elevado que los beneficios derivados del ilícito. De este modo, el principio de proporcionalidad es dejado deliberadamente a un lado.

Algo similar ocurre con el principio de igualdad: las características del sujeto sancionado, así como las de los potenciales dañadores en situaciones análogas, deben ser tenidas especialmente en cuenta para la determinación de la sanción si se busca un real efecto disuasorio.

3. Independientemente de los consabidos problemas contraintuitivos que plantea el alejamiento de los principios retribucionistas de merecimiento, proporcionalidad e igualdad y de la natural adecuación de esta teoría a la función preventiva que, en una primera aproximación, podría considerarse el fin primario buscado a través de la figura legal; en lo que respecta a la cuantificación del daño punitivo, este tipo de teorías justificatorias presentan un problema significativo y concreto desde el punto de vista pragmático de la medición: ni siquiera por hipótesis contamos con un criterio general que resulte aceptable a manera de desincentivo.

En el caso del retribucionismo, la guía era el mal causado y éste determinaba la existencia de un mínimo y un máximo que, aún con dificultades, podrían ser cuantificados con cierta precisión o razonabilidad. En el caso de la disuasión, en cambio, la ganancia obtenida o a obtener por medios ilegítimos constituye un piso para la cuantificación de la multa pero carecemos de un techo. Además, carecemos de parámetro justificativo para graduar sanciones en casos de incumplimientos obligacionales que han generado un daño al consumidor pero no una ganancia al proveedor.

Una pena muy severa sin dudas cumple con el fin disuasorio. Pero la pregunta, incluso en este caso, sería ¿cuál sería el criterio de severidad? A la que

se siguen otras como las siguientes: ¿acaso un porcentaje significativo de las ganancias de la empresa por todas sus actividades y no sólo las ganancias vinculadas a la conducta ilícita que motiva la sanción pues, caso contrario, el incentivo para futuras actividades dañosas es susceptible de tornarse ineficaz si la sanción no afecta el giro normal de la empresa? ¿o deberían tenerse en cuenta únicamente a las ganancias vinculadas a la conducta sancionada pues ello constituye un incentivo suficiente? ¿es legítima una pena cuya severidad afecte el giro normal de la empresa por el solo hecho de que cumpla con su fin disuasorio? ¿qué criterios de cuantificación seguimos en el caso de que la empresa no haya obtenido beneficios a partir de su incumplimiento?

Nos encontramos, entonces, con la siguiente paradoja: la teoría que parece brindar una respuesta más racional a la finalidad general del instituto es la que menor aporte realiza para la determinación del monto sancionatorio.

E) INCAPACITACIÓN. REHABILITACIÓN

1. La incapacitación mira al futuro, como la disuasión. La ejecución o la encarcelación son modos típicos de incapacitar. Como en la disuasión, no se exige proporcionalidad ni respeto a los principios retribucionistas. Sin embargo, salvo que se considere la extravagante tesis de que la figura del daño punitivo pueda justificar la imposición de una sanción económica de tal gravedad que lleve necesariamente a la quiebra de la empresa, no parece que pueda sostenerse que esta justificación sea susceptible de aportar demasiado para nuestro análisis en el caso de la multa civil.

2. Algo semejante sucede con la rehabilitación. Nada hay en el instituto que constituya una actividad tendiente a educar -no por vía directa, al menos- al proveedor.

F) ¿RETRIBUCIÓN LIMITADA POR LA UTILIDAD O UTILIDAD LIMITADA POR LA RETRIBUCIÓN?

1. Existen dos alternativas teóricas que persiguen zanjar la problemática. Una de ellas consiste en sostener que los jueces deben tomar decisiones retributivamente apropiadas salvo que su resultado implique, indubitadamente, privar a la sanción de todo tipo de efecto disuasorio. La otra consiste en recorrer el camino inverso: lo que debe guiar la graduación de la sanción es el efecto disuasorio pero, a través del mismo, no se legitima la imposición de condenas intolerablemente injustas desde la perspectiva retribucionista.

2. El problema con este tipo de teorías es que, dado la indeterminación conceptual de los criterios que operan como límites -inexistencia de efectos disuasorios, injusticia intolerable- éstas terminan arrastrando incompatibilidades o tensiones internas.

No obstante ello, permiten, en la práctica judicial, que se utilicen guías para la cuantificación alternativas conforme los diferentes supuestos que se presentan.

Así, el retribucionismo permitirá dar cuenta de la graduación de una multa civil sobre la base del daño, cuando la empresa proveedora no haya obtenido beneficios. En tanto que, cuando la empresa ha obtenido ganancias derivadas del ilícito, las teorías de la disuasión se muestran como las más adecuadas para poner un piso al monto de la sanción y las retributivas para evitar que el mismo no se eleve a sumas exageradamente desproporcionadas respecto del ilícito o del daño causado.

Lo que, en todo caso deberá constituir una aspiración de los operadores del Derecho, dado los innegables problemas que la problemática plantea, es intentar partir de presupuestos comunes y explicitados que permitan la deliberación racional. Este solo hecho no impondrá un límite absoluto ni infranqueable a la discrecionalidad pero sí le otorgará un cauce significativo. Es que, en todo discurso racional, debe partirse de presupuestos comunes y el juez, si pretende que su discurso sentencial sea calificado como racional y, por ello, como válido jurídicamente, deberá tomar como punto de partida esos presupuestos que, en el caso del Derecho, están constituidos por los principios justificatorios del instituto aplicado.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, U.N.A.M., México, 2003.

BARBARÁ, Jorge Edmundo, *Estado de derecho y autonomía de la voluntad*, Advocatus, Córdoba, 2008.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As., 1999.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1992.

KANT, Immanuel, 1797, *La metafísica de las costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Bs. As., 1982.

VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

PONENCIAS
INSTITUTO DE LA REGION
CENTRO

“NUEVAS PERSPECTIVAS Y CAMPOS DE DESARROLLO DE LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL”

Edgardo Ignacio Saux
Director del Instituto de la Región Centro

El concepto mismo de “Empresa”, al día de hoy claramente de cuño comercialista (incluso de alguna manera generador de la creciente autonomía del Derecho Empresario, con vínculos con el Tributario, Laboral, Financiero y hasta el AED -Análisis Económico del Derecho- ⁴³¹) presupone una

⁴³¹ No nos incumbe ahora, ni es nuestra intención, ahondar sobre esa noción basilar de “Empresa”, lo cual ampliaría excesivamente el objeto de nuestras reflexiones. Pero, aún a nivel puramente casi elemental, no podemos dejar de mencionar que dentro del concepto en juego al día de hoy están comprometidos no sólo el diseño jurídico de los vínculos internos y externos conformativos de la estructura y la dinámica de la misma dentro del mercado, sino también aspectos -algunos de rango normativo, otros dogmáticos- que no pueden ser dejados de lados en su existencia.

Ello sucede, por caso, con lo estatuido por la Ley Nacional nº 27.401 del año 2.018 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, que viniera a superar el apotegma romanista de “societas delinquere non potest”, largamente predicado por la dogmática penalista argentina y comparada, y con consensos de criterio en la administrativista e incluso en la jusprivatista. (En orden a ello, y sin perjuicio de otra bibliografía específica, nos permitimos hacer referencia al análisis integral del tema que se propone en la obra titulada “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas”, dirigida por Daniel Roque Vítolo, y de coautoría de Sandro Abraldes, Javier Estaban de la Fuente, Edgardo Ignacio Saux y Daniel Roque Vítolo, editada por Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.018, 670 páginas).

Dentro de dicha regulación legal vigente, se involucran además de la lucha contra la corrupción empresarial, la obligación del “compliance”, mandato que al decir de Nicolás Durrieu y Raúl Saccani (ver la Introducción que como Directores de la obra hacen en el Suplemento Especial de Editorial La Ley, Buenos Aires, de mayo de 2.018 titulado “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”, obra en la cual son también coautores) califican como deber operativo que va mas allá del mero “cumplimiento normativo de la empresa”, calificándolo mas bien como “un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las entidades de existencia ideal para identificar, clasificar, gestionar y corregir sus riesgos, a fin de evitar o reducir los riesgos propios de la actividad empresarial”. Dicho conjunto normativo, entienden con buen tino, va mucho mas allá de los meros requerimientos normativos, y por eso se involucra en él la noción de “autorregulación”.

No es ajeno tampoco a ese contexto, y no es menor tampoco en relevancia, lo atañente al importante aspecto de la denominada “responsabilidad social empresaria” (recomendamos, dentro de la singular bibliografía inherente a dicha temática, la transcripción de la “Lectio Magistralis” del Profesor Giuseppe Conte al recibir el Doctorado Honoris Causae por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires, el 29 de noviembre de 2.018, en la cual hiciera referencias a lo por él desarrollado en su libro “La empresa responsable”, de amplia difusión en la Europa contemporánea), en la cual confluyen también la ética, la filosofía, la sociología y el análisis jurídico del medio ambiente, llevando las fronteras de los requerimientos operativos empresariales mas allá de aventar los riesgos de mala praxis a nivel de corrupción, para vincularlos con los deberes inherentes al desenvolvimiento de esa actividad empresarial en el contexto social, humano, medioambiental y, en definitiva, integral, en el cual se lleva a cabo. Como lo consigna Marcos De Castro Sanz

organización o sistematización dinámica de recursos económicos, humanos y técnicos tendientes a generar bienes y servicios en proyección de utilidad económica, ya sea en la producción, intermediación, comercialización, importación o exportación, según el ámbito en el cual actúe.

Como tal, ha sustituido al viejo concepto de “comerciante” que acuñaba el viejo Código de Comercio derogado, como protagonista nuclear del quehacer mercantil.

Al respecto, y desde una mirada eminentemente subjetivista, la empresa, salvo el supuesto del artículo 1 de la Ley 19.550 modificado por la Ley 26.994 y los artículos 255 y 284 de la misma Ley General de Sociedades conforme texto

(“La responsabilidad social de las empresas, o un nuevo concepto de la empresa”, 2.005, <http://www.redalyc.org/pdf/174/17405304.pdf>), la misma conlleva la noción de que la empresa desborda lo puramente económico, dejando su objetivo nuclear de constituir la maximización de beneficios para insertarse en el mercado y en la sociedad en la cual actúa, modificando así una vieja noción que proviene desde la revolución industrial decimonónica. “Es un sistema de gestión de la organización -empresaria- que conlleva una obligación de asegurar la sustentabilidad social y ambiental del modo de producción en un planeta frágil en el cual todos tenemos derechos humanos” (Paola Podrecca, “Responsabilidad social: un aporte a la sostenibilidad por parte de las instituciones”, Jurisprudencia Argentina, Editorial Thomson Reuter, Buenos Aires, 2.019-II, fascículo 13 del 26 de junio de 2.019, pags. 15 y ss.). Ello, en otras palabras, implica abandonar el concepto de objetivo neutro de la empresa (la maximización de los beneficios económicos en su gestión) para proyectarse hacia valores sociales y ambientales, con transparencia en la misma, comportamiento ético adecuado, búsqueda del desarrollo sustentable y atención al factor humano interno y externo, así como al cuidado del medio ambiente. (Carlos Aníbal Rodríguez, “La responsabilidad social empresaria”, La Ley actualidad, Bs.As., 2 de diciembre de 2.014, Año LXXVIII número 227, pags. 1 a 4).

Están igualmente vinculados a todo ello, con proyecciones específicas en cada caso, lo dispuesto a partir de su vigencia por el trípede conformado por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, La Ley de Defensa de la Competencia y la de Lealtad Comercial, que buscan la transparencia de los mercados donde la empresa opera, la libre competencia, el combate de los monopolios, la eficiente elección del consumidor ante las múltiples alternativas posibles, los deberes de información, la proscripción de cláusulas y prácticas abusivas, y la razonabilidad dentro de la cadena de comercialización, desde el productor o fabricante hasta el consumidor, todo ello imbuído de una clara noción de interés general entendido como orden público de dirección y de protección. En orden a ello (libre competencia, libre competencia y proscripción del abuso de posición dominante en el mercado), mas allá de la prolífica bibliografía existente, nos permitimos traer a cita por su actualidad y profundidad la reciente obra de Fulvio Santarelli “Contrato y Mercado” -elaborada sobre la base de su Tesis Doctoral por la Universidad Austral que obtuviera la calificación máxima del Jurado a mediados del año 2.018-, publicada por Editorial La Ley, Thomson Reuter, Buenos Aires, 2.018, pags. 205 a 223. Es también claro y sistémico el aporte de Miguel Piedecasas titulado “Daños derivados de las infracciones a las leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial”, en “Revista de Derecho de Daños”, tomo 2.001-3, “Daños en la actividad comercial”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.001, pags. 209 y ss.

También está relacionado, por caso, lo dispuesto en Decreto del PEN (calificado como de necesidad y urgencia) número 274 del año 2.019 que contiene normas orientadas a reforzar la libre competencia, el combate de los monopolios, la necesidad de propender a la mas eficiente elección del consumidor y a la de proscribir toda conducta empresarial que ponga barreras de ingreso al mercado por parte de algún oferente o al desplazamiento del concurrente leal a partir de conductas ilícitas (vide al respecto Fulvio G. Santarelli, “El abuso de dependencia económica. Una figura en vías de consolidación”, La Ley 24/6/2.019, pag. 1, cita on line AR/DOC/1829/2019).

de la Ley 27.290, presupone un sustrato de personalidad jurídica nacida de un contrato de adhesión (en contraposición a los de intercambio, personalidad que si bien también existe en la sociedad unipersonal en su diseño legal de sociedad anónima de un solo socio, excluye la multiplicidad de voluntades individuales genéticas, y con ello también la existencia de responsabilidad jurídica “interna” a partir de la ausencia de otros socios), cuyas proyecciones, a nivel de responsabilidad, conforman el eje nuclear de estas digresiones ⁴³².

El análisis (aún genérico, dado que el tema justificaría proyecciones mucho más elaboradas que exorbitarían notoriamente el objeto de esta labor) del sistema de responsabilidad civil de las personas jurídicas privadas a la luz fundamentalmente de lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el año 2.015, implica en nuestro propósito un modesto aporte al análisis de las perspectivas y campos de desarrollo de la empresa dentro del derecho civil, según lo propone el objeto de esta convocatoria.

En alguna oportunidad previa ⁴³³ decíamos en relación con tal tema que hay una indefectible distinción entre la responsabilidad civil de la persona jurídica (vale decir, la determinación de los supuestos y los alcances en los cuales ella debe, con su patrimonio, hacerse cargo de las obligaciones generadas por el accionar de sus miembros u órganos), y, por contraste, en qué casos son estos miembros u órganos los que comprometen su responsabilidad personal y no la del ente que integran, dirigen o representan, y la responsabilidad “frente al ente”, o frente a sus otros miembros, que les incumbe a los directivos o asociados que actúan por el ente generando un supuesto movilizador del sistema de responsabilidad (como los que la Ley General de Sociedades preordena reiteradamente, tanto en general como en relación a tipos societarios específicos, por mal desempeño de sus funciones estatutarias o legales).

Y hemos expresado, creemos que incontrovertiblemente, que más allá de lo escueto de sus previsiones, el Código Civil de 1.871 poco decía de lo primero (aún con la relevante modificación a su artículo 43 operada por la Ley de Reformas 17.711 de 1.968), y casi nada de lo segundo.

Al respecto, parece incuestionable que el régimen sistémico de la responsabilidad civil de las personas jurídicas privadas era un tema casi ausente -o, al menos, muy elementalmente abordado- dentro del contexto del Código derogado, el cual apenas le dedicaba tres artículos (de los sólo 18 asignados al régimen general de las personas jurídicas), a saber: los arts. 36 y 37

⁴³² Ello implica asumir que la noción de “personalidad jurídica societaria” (las asociaciones y las fundaciones son personas jurídicas privadas, pero que no ostentan estructura ni propósito empresarial) es basilar para el concepto mismo de empresa. Entre otras propuestas, Carlos Caamaño (“Personalidad jurídica societaria. Breve exégesis”, *Jurisprudencia Argentina*, Thomson Reuter, Buenos Aires, 7/8/2019, cita on line AR/DOC/3864/2018), propone que “...la personalidad jurídica societaria es aquel recuro técnico instrumental legal, que tipificará las relaciones exógenas y endógenas de la sociedad, dirigiéndose al cumplimiento de su objeto social y a los fines de su creación, extendiendo la responsabilidad a los socios por aquellos actos que excedan los límites mencionados”.

⁴³³ Vide Edgardo Ignacio Saux, “La responsabilidad civil de las personas jurídicas privadas según el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, Buenos Aires, 2.017-E, revista del 2/10/17, pags. 1 y ss., cita on line AR/DOC/2524/2017.

en materia de responsabilidad contractual, y el 43, modificado por la Ley de reformas 17.711 del año 1.968, en responsabilidad aquiliana.

Como se recordará, en la responsabilidad contractual se imputaba al ente la obligación asumida por sus miembros actuando dentro de los límites de su mandato, especificando la doctrina que ese mandato podía surgir de la propia estructura de la persona jurídica, del estatuto, o de un apoderamiento especial, y que en lo que excediera respondía el representante, salvo supuestos de enriquecimiento sin causa, o conocimiento del exceso, o compromiso de ratificación ⁴³⁴.

Y en la extracontractual se diferenciaban:

- + La responsabilidad por los daños causados por los dependientes, que funcionaba igual que la de los dependientes de las personas humanas o naturales (artículo 1.113, primera parte, en consonancia con el citado artículo 43),

- + La derivada del daño causado con las cosas, o por el riesgo o vicio de las mismas, donde tampoco cabía distinción entre personas humanas o jurídicas cuando eran dueñas o guardianas de cosas dañosas (los mismos artículos citados en el párrafo precedente, en el caso del 1.113 con referencia al texto agregado por la Ley 17.711 en los dos párrafos finales de la norma, que regulaban el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas y la eximente del uso contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián), y

- + La derivada del daño causado por los actos de sus directores o administradores (art. 43), cuando actuaren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Similar sistema había sido integrado, con relación a las sociedades comerciales, por los siguientes artículos de la Ley 19.550:

- + Artículo 18, regulatorio de la responsabilidad de quienes gestionen sociedades de objeto ilícito,

- + Artículo 24 (reformado por Ley 26.994, sancionatoria del CCyCN), que regula la responsabilidad de los socios de las sociedades atípicas, siendo la regla la mancomunación simple salvo excepciones que activan la solidaridad,

- + Artículos 28 y 29, que tratan la responsabilidad de los representantes, curadores o apoyos de incapaces o personas con capacidad restringida por los daños causados a ellos en los supuestos de sociedades constituídas con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria,

- + Artículo 34, inherente a la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio oculto,

- + Artículo 36, que trata la responsabilidad por los actos realizados por cuenta de la sociedad antes de su constitución,

⁴³⁴ Vide entre otros Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 13 Edición, La Ley, Buenos Aires, 2.008, actualizado por Guillermo J. Borda, tomo I, pags. 641 y ss.", Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 6 Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.975, tomo II, pags. 67 y ss., Julio César Rivera, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.993, tomo II, pags. 278 y ss.

- + Artículo 54, vinculado a la responsabilidad de los socios o controlantes por daños causados por dolo o culpa,
- + Artículo 58, de relevante trascendencia general en el tema, que consagra la regla de la responsabilidad social por los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, aun en ciertos casos en infracción de la organización plural,
- + Artículo 59, que siendo la regla del deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, generando responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores y representantes de la sociedad por los daños causados por acción u omisión ⁴³⁵,
- + Artículo 72, que regula la responsabilidad civil de los administradores, gerentes o síndicos en la aprobación de los estados contables,
- + Artículo 75, inherente a la responsabilidad subsistente de los socios por obligaciones anteriores a la transformación del tipo societario,
- + Artículo 99, relativo a la responsabilidad por operaciones posteriores a la disolución social,
- + Artículo 108, sobre responsabilidad de los liquidadores,
- + Todo ello, sumado a las normas específicas que para determinados tipos societarios consagran normas especiales, como por ejemplo el artículo 125 para los miembros de las sociedades colectivas, 134 para las en comandita simple, 141 para las de capital e industria, 154 para los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, 182 para los promotores y para la propia sociedad en las anónimas, 183 para los directores de las mismas durante el período fundacional, 200 por los daños causados por emisiones irregulares de acciones, 254 por responsabilidad de los accionistas en voto favorable de resoluciones asamblearias nulas, 276 por acción social de responsabilidad contra los directores, 279 por acción individual de responsabilidad, 296 por responsabilidad de los síndicos, 315 en las sociedades en comandita por acciones, etc.

Un lúcido análisis de la culpa en el rol de administración societaria -en general, y en relación con cada tipo societario dentro de los normados en la LGS- puede consultarse con provecho en la obra de Emilio F. Moro "Culpa en la administración de sociedades comerciales", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2.013, pags. 272 y ss.

⁴³⁵ Ya varios años antes de la sanción de la Ley 26.994 que pusiera en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación y formulara varias y relevantes modificaciones a la Ley General de Sociedades 19.550, Julio César Rivera ("Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos", en "Revista de Derecho de Daños", tomo 2.001-3, "Daños en la actividad comercial", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.001, pags. 43 y ss.) señalaba que el artículo 59 de la citada Ley de Sociedades conforma un verdadero "principio general", aplicable a todos los administradores sociales por encima de las normas específicas que la misma ley preordena para los distintos roles y tipologías específicas, el cual se encontraría sustentado en dos pilares fundamentales: la regla romanista del "non alterum laedere", y el criterio de ponderación de la culpa, el cual, apartándose del que por entonces contemplaba el Código Civil de Velez Sársfield de su apreciación romanista en abstracto -como derivaba de la nota al artículo 512-, la corporizaría con la concreta alusión del accionar de "un buen hombre de negocios".

+ Como lo interpreta Ernesto Martorell ⁴³⁶, la expansión del ámbito operativo de la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones que el Código Civil y Comercial genera a partir del año 2.015, conforma un sistema general al que se puede echar mano en todo supuesto de aplicabilidad de ella , como lo es reclamar por daño directo e indirecto (conforme al artículo 1.739), evaluar la ampliación conceptual de los factores subjetivos de atribución (especialmente la culpa, con la “culpa in agendo”, “in omitiendo” y todos los matices que dimanen del texto del artículo 1.724), la flexibilización de la noción de dolo (art. 1.724, a través singularmente de su corporización mediante la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos), la flexibilización de la carga de la prueba por vía de la eventual atribución de cargas probatorias dinámicas, la especificación sobre el hecho de que la responsabilidad directorial podrá ser calificada como objetiva (art. 1.723), y la ya mencionada consagración general en el artículo 144 de la teoría del disregard a toda persona jurídica privada, de forma societaria, asociativa o fundacional, llevan a la inexorable conclusión de que la responsabilidad civil de los administradores de sociedades comerciales, mas allá de las previsiones que la propia LGS ya contenía al respecto, se ha visto sensiblemente ampliada y reforzada por la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ⁴³⁷.

+ La consagración de normas específicas vinculadas no sólo al sistema general de la responsabilidad civil dentro del nuevo Código Civil, sino también particularmente en relación con la que incumbe a las personas jurídicas privadas y a sus miembros, directores y administradores, como se ha señalado con tino ⁴³⁸, implican por una parte la interpretación del diálogo de fuentes que dimana de los dos primeros artículos del Título Preliminar del mismo Código - vinculando la preceptiva preexistente de la LGS en la materia con estas nuevas directivas del propio Código, así como con el contexto principialista que informa a un sistema donde hay orden público-, y además tener en cuenta el régimen de prelación normativa que el artículo 1.709 del propio Código contempla, dentro del cual la concurrencia de disposiciones del Código con la de leyes especiales (como por caso, la Ley General de Sociedades), implica primero atender a las normas indisponibles del mismo Código y de la legislación especial ⁴³⁹, antes de ir a la autonomía de la voluntad (v.g., normas

⁴³⁶ “El Código Civil y Comercial agrava la responsabilidad de los administradores de sociedades”, La Ley 10/8/2016, tomo 2.016-D-1180, cita on line AR/DOC/2291/2016.

⁴³⁷ El concepto es de la mayor relevancia en el tema. Viene a cuento consignar al respecto la calificada opinión de otro destacado comercialista -mas bien, jusprivatista, por su amplio quehacer tanto en el derecho civil como en el mercantil-, Julio César Rivera, quien oportunamente manifestara que en la realidad tribunalicia, la aplicación de las acciones de responsabilidad de la Ley 19.550 “es de una tibieza notable” (“Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)”, Jurisprudencia Argentina, 80 aniversario, 1.998-389).

⁴³⁸ Fernando J. Marcos, “La responsabilidad societaria y concursal frente al derecho de daños. Los cambios generados por la unificación”, RCCyC noviembre 2016, La Ley 26/10/2017, cita on line AR/DOC/3460/2016.

⁴³⁹ Como una mera muestra ejemplificativa, recuerda Daniel Vítolo (“Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015, tomo II, pag. 442),

estatutarias), las normas supletorias de la ley especial y las supletorias del Código.

También hay regulaciones vinculada al sistema general de responsabilidad civil de las personas jurídica privadas en leyes especiales, como por ejemplo el artículo 15 de la Ley 20.321 de Mutualidades, 11 de la Led 20.337 de Cooperativas, 35 bis apartado IV de la Ley 21.526 de Entidades Financieras, etc.

Y, obviamente, por el fecundo trabajo que durante años elaboraran en relación con ello la doctrina y la jurisprudencia.

El Código Civil y Comercial de la Nación -manteniendo por lógica, con algunas modificaciones, las regulaciones específicas ya mencionadas de la Ley General de Sociedades- propone, en la regulación de las personas jurídicas privadas dentro del Libro Primero (vinculado a la Parte General), una sistemática mas integral, mas actual, y con una clara correlación con esas disposiciones del derecho societario que ponen en sintonía ambos cuerpos normativos.

Básicamente, el CCyCN en la materia propone varias pautas estructurales:

+ **En materia contractual**, la responsabilidad de las personas jurídicas privadas se rige por las reglas de la representación orgánica (art. 358), dentro de las cuales hay normas singulares en el mismo Código en relación por ejemplo con las asociaciones civiles (artículos 177 que determina la extinción de responsabilidad de los directivos por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resuelta por la asamblea ordinaria, salvo que la responsabilidad derivara de la infracción de normas imperativas o que en la asamblea hubiera habido oposición expresa y fundada de los asociados con derecho a voto en cantidad no menor al diez por ciento del total, pudiendo en este caso ejercerse la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades comerciales, o artículo 181 que los meros asociados no responden en forma directa o subsidiaria por las deudas de la asociación civil, estando limitada su responsabilidad al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla, o a las cuotas o contribuciones adeudadas), a las simples asociaciones por remisión a aquellas (art. 188, y arts. 191 y 192 que determinan que en caso de insuficiencia de los bienes de la simple asociación el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable por las obligaciones de la asociación asumidas durante su gestión, teniendo preferencia de cobro al respecto sus acreedores personales, en tanto que el fundador o asociado que no intervino en la administración no está obligado por ellas, sino hasta la concurrencia de la contribución comprometida o las cuotas impagas), y a las fundaciones (art. 201,

que el artículo 59 de la LGS "...establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, sea cual fuere el tipo social...". Ella es, claramente, una norma general imperativa dentro de un sistema normativo específico.

que responsabiliza a los fundadores y administradores durante la etapa de gestación de manera solidaria frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar, teniendo también prioridad de cobro sus acreedores personales).

Todo ello, va de suyo, sin perjuicio de lo que dispongan al respecto los estatutos (conforme previsión general del artículo 150).

Y, obviamente, las ya mencionadas de la Ley General de Sociedades, dentro de las cuales una basilar, según lo hemos expuesto supra, es la del artículo 58, en tanto imputa al ente las obligaciones asumidas por sus miembros en materia que no es notoriamente extraña al objeto social, en aplicación de la doctrina de la apariencia y en reguardo de la seguridad jurídica dinámica.

+ En el ámbito de la responsabilidad **extracontractual o aquiliana**, el CCyCN distingue por un lado las disposiciones “generales” (aplicables a todo tipo de persona jurídica privada, por estar incluidas en la parte general del régimen de las mismas de los artículos 151 a 167), de las “específicas”, propias de cada tipo de persona jurídica privada (las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones y, por regulación autónoma de la Ley General de Sociedades, las sociedades comerciales).

Ciertamente, la unificación del régimen jurídico de la responsabilidad contractual y extracontractual no altera la génesis de las obligaciones nacidas de una y otra, ni el modo de generar dicha responsabilidad, el cual tiene sus singularidades en particular en relación con las personas jurídicas.

Es una característica relevante de la nueva regulación, la de incluir no sólo los perfiles de la responsabilidad civil de las personas jurídicas privadas (contractual o extracontractual), digamos en términos generales “externa”, vale decir, del ente hacia “afuera”, hacia otros acreedores del débito contractual o resarcitorio, sino también la “interna”, la responsabilidad que sus miembros, directores o administradores, según los casos, tienen para con la misma entidad o para con otros miembros de la entidad.

Esta faceta, hasta el año 2015, era propia y excluyente del régimen de la Ley de Sociedades 19.550, pero ajena a la sistemática del Código de Velez.

Asumiendo que todos conocemos los perfiles del sistema en el Código derogado, veamos sucintamente las normas que al respecto preordena el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:

+ En la parte general de las personas jurídicas, el artículo 143 dispone que como regla los miembros no responden por las obligaciones del ente, excepto en los supuestos previstos en el mismo Código o en una ley especial (es la regla de separación de personalidades y de patrimonios, estructural en el reconocimiento de la personalidad jurídica, con las lógicas excepciones dentro de las cuales, y como no específica sino genérica, aparece la del artículo 144 que transvasa la regla de la inoponibilidad de la personalidad jurídica del artículo

54 de la Ley General de Sociedades a todo tipo de persona jurídica privada, con algunos matices diferenciales sobre los cuales no abundamos ahora para no dispersarnos en relación con el objeto de este puntual análisis).

+ Ese mismo artículo 144, en su parte final, estatuye que la aplicación de la regla de la inoponibilidad de la personalidad jurídica para lograr trasvasar los límites de inaccesibilidad a los patrimonios personales de los miembros de ella que violando la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona realicen a nombre del ente actuaciones destinadas a la consecución de fines ajenos a la personalidad jurídica, generando que les sean imputadas sus consecuencias ora como socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, actúa “sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”, lo cual abre un doble juego de débito resarcitorio de los miembros que actúan de mala fe.

+ También en la parte general el artículo 160 dispone que los administradores de toda persona jurídica privada 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 con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”. Es responsabilidad contractual o aquiliana, según los casos, interna o externa, de rango subjetivo, y con vinculación con la norma del artículo 1.763, que replica acotadamente la regla del artículo 43 del Código derogado ⁴⁴⁰.

+ De igual modo en la parte general (la de las personas jurídicas privadas, Título II, Capítulo I, Sección 1 del Libro Primero, arts. 141 a 167, no, obviamente, en la Parte General del Código que abarca todo el Libro Primero), el artículo 167 in fine hace responsables de forma ilimitada y solidaria a los administradores y miembros de la persona jurídica que conociendo o debiendo conocer la situación de liquidación del ente y contando con poder por decisión al respecto, omitieren tomar las medidas necesarias al efecto de evitar infracciones a ese estado liquidatorio, como la disposición indebida de bienes comunes del ente sin la intervención del liquidador.

+ Fuera ya de la regulación de la responsabilidad en la parte general de todas las personas jurídicas, el CCyCN contiene referencias puntuales operativas para tipos concretos de ellas:

- El artículo 177 dispone que la responsabilidad de los directivos de una asociación (civil, y por extensión de una simple asociación) se extingue con la aprobación de su gestión, renuncia o transacción resueltas en asamblea ordinaria (todo ello, conforme fuera ya mencionado supra, salvo que se

⁴⁴⁰ En vinculación con la relevancia que esta norma adquiere como una suerte de subprincipio general en materia de responsabilidad “interna” de las personas jurídicas privadas dentro de la economía del Código Civil y Comercial de la Nación, nos permitimos remitirnos a las consideraciones que, quizás más específicas, proponemos en la obra “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, Director y coautor Edgardo Ignacio Saux, Editorial Rubinal-Culzoni, Santa Fe, 2.018, tomo II, pags. 651 y ss.

hubieran vulnerado normas indisponibles o imperativas, teniendo los asociados a su disposición la acción de responsabilidad de los artículos 276 a 278 de la LGS, dentro del régimen de las Sociedades Anónimas).

- También dentro de las asociaciones civiles, el art. 181 dispone como regla (salvo casos de inoponibilidad o de responsabilidad prevista en el artículo 177 recién aludido) que los asociados no responden de manera directa ni subsidiariamente por las deudas comunes, estando sólo obligados a los aportes, cuotas o contribuciones adeudadas.

- Dentro ya de las simples asociaciones, el artículo 191 dispone que ante la insolvencia del ente, el administrador (de hecho o de jure) sea solidariamente responsable por las obligaciones que se derivaren de decisiones que hubiera tomado durante su gestión, con la salvedad de que sobre sus bienes personales tienen preferencia de cobro sus acreedores privados.

- Mientras que el artículo 192 alude a que el asociado fundador y el no administrador sólo responden por sus contribuciones adeudadas.

- En materia de fundaciones -también lo hemos mencionado supra-, el artículo 200 expresa que fundadores y administradores son solidariamente responsables por las obligaciones asumidas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar, con igual preferencia de los acreedores personales.

+ Dentro de este amplio campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los entes colectivos privados, vale decir, la obligación de resarcir los daños causados a terceros por miembros, dependientes o cosas riesgosas o viciosas de las cuales el ente es dueño o guardián ⁴⁴¹, le regla, como se ha dicho, la establece el artículo 1.763 (cuando habla de quienes actúan en ejercicio o con ocasión de sus funciones). Como se ha señalado con acierto ⁴⁴², es una responsabilidad directa por el hecho propio (a diferencia de la nacida del accionar de los dependientes, que es indirecta o vicaria), sin perjuicio de las eventuales acciones recursorias del ente con relación a su miembro o administrador causante del débito resarcitorio por su dolo o culpa. Además ⁴⁴³ es también cierto que esa responsabilidad aquiliana directa y orgánica puede derivarse no sólo del accionar individual de un director o administrador de la persona jurídica, sino incluso del obrar lesivo de los órganos que la componen actuando colegiadamente como tales, ya sea el deliberativo (asamblea), el ejecutivo (comisión directiva o directorio) o el de control (sindicatura o incluso consejo de vigilancia) ⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Asumimos que la incorporación en el artículo 1757 del mismo CCyCN de la responsabilidad civil por actividades riesgosas deviene también operativa para las personas jurídicas. No vemos razones para excluirlas, si las ejercen y con ello dañan.

⁴⁴² Conf. Leonardo Marcellino, "Responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial", en RRCyS, Editorial La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2.016, pag. 41.

⁴⁴³ Conf. Ramón D. Pizarro - Carlos G. Vallespinos, "Compendio de derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, 2.014, tomo I, pag. 42.

⁴⁴⁴ En relación con ello, Jose W. Tobías ("Tratado de Derecho Civil - Parte General", Editorial La Ley, Thomson Reuter, Buenos Aires, 2.018, tomo II, pag. 811), se plantea si frente al texto de

Como dato de interés -aunque al tiempo de redacción de estas digresiones, de “lege ferenda”-, cabe poner de resalto que el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación elaborado hacia fines de 2.018 por la Comisión designada a tal fin por el Ministerio de Justicia de la Nación ⁴⁴⁵, entre las varias innovaciones propuestas al cuerpo del CCyCN, concretamente postula modificar el texto del artículo 1.763 del mismo (vide artículo 109 del AP), consagrando el siguiente: “La persona jurídica responde objetivamente por los daños que causen quienes las dirigen o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones”. En los fundamentos de la norma proyectada, se hace alusión a que se consagra de modo expreso el carácter objetivo de la responsabilidad civil del ente colectivo (el cual no consta en el texto vigente), aventando de tal modo cualquier riesgo de que se aplique a su respecto la culpa como norma de cierre (conforme al artículo 1.721).

+ Finalmente, dentro del Libro Tercero, en el tratamiento de la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones, y dentro de los supuestos especiales de responsabilidad, el artículo 1.763 regula la de las personas jurídicas, con los siguientes caracteres:

- Sigue el criterio del viejo artículo 43, pero suprimiendo -correctamente- la alusión a la responsabilidad por los hechos de los dependientes y por las cosas (reguladas genéricamente para todo tipo de personas en los artículos 1.753 y 1.757, respectivamente)

- Declara que la persona jurídica responde por los daños causados por quienes las dirigen o administran “en ejercicio o con ocasión de sus funciones”

+ Como **conclusiones** primarias de todo lo hasta aquí dicho, caben algunas referencias:

A) Se ha restringido el principio de separación patrimonial entre la persona jurídica y sus miembros al consagrarse, no sólo para las sociedades comerciales de capital sino para todas las personas jurídicas privadas, la regla de la inoponibilidad (artículo 144, CCyCN).

B) Hay una clara “comercialización” de las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad civil, tanto del ente como de sus miembros, y tanto interna como externa, la que se ve acentuada en materia de regulación de la responsabilidad de los directores o administradores frente a terceros.

la norma el acto del órgano de control puede quedar subsumido en los actos de quienes “dirijan o administren” a la persona jurídica, ya que propiamente no es ello su designio -ni dirigen ni administran-, y media en el caso “la ausencia de una norma específica”.

⁴⁴⁵ Comisión constituida por los Dres. Julio César Rivera, Ramon Daniel Pizarro y Diego Botana.

C) La expansión del sistema de responsabilidad civil en general (no sólo vinculado a la de las personas jurídicas privadas) que ostenta claramente el Código Civil y Comercial de la Nación, se proyecta inexorablemente hacia la que deviene operativa en relación con la persona jurídica en su propio accionar, y también a la predicable con respecto a sus miembros tanto en miras con terceros como con relación al propio ente y sus otros integrantes individuales. Ello sucede, entre otras facetas, con la expansión de los perfiles del daño resarcible (v.g., directo o indirecto), del dolo (como grave desatención a los intereses ajenos), con la culpa en sus nuevos matices (v.g. profesional), con la objetivización del factor de atribución en las obligaciones de resultado, con la perspectiva de aplicación de las cargas probatorias dinámicas, y con la incorporación expresa y amplia de la declaración de inoponibilidad de los límites que confiere la personalidad jurídica en caso de abuso de las formas societaria y extralimitación de los fines de la misma.

D) Deliberadamente pareciera haberse suprimido las aún escuetas previsiones que el Código derogado contenía en relación con la responsabilidad contractual de las personas jurídicas privadas por las obligaciones asumidas por sus miembros. Creemos que ello obedece en parte a la aplicación de los principios generales (fuente normativa reconocida por el Título Preliminar) especialmente vinculados con la buena fe -dentro de la cual anida la teoría de la apariencia-, y la proscripción del enriquecimiento sin causa, y por la otra a la remisión que el artículo 168 del CCyCN hace en materia de asociaciones civiles a las reglas de las sociedades comerciales, donde el tema está previsto de modo expreso, así como a su vez a la que el artículo 188 formula en materia de simples asociaciones con respecto a las asociaciones civiles.

E) También hay una expansión de la regulación de la responsabilidad de los miembros de las personas jurídicas en relación con ellas mismas, con los otros socios y con los terceros, fundamentalmente en casos de gestión irregular de sus funciones (lo cual si bien aparecía normado en la LGS con relación a las sociedades comerciales tanto en general como específicamente en cada subtipo, tiene ahora proyecciones en relación con las asociaciones civiles y las simples asociaciones, y dentro de las fundaciones en la etapa gestacional)

F) Dentro del régimen de responsabilidad civil de los miembros de asociaciones civiles y de simples asociaciones, se ha priorizado -con razón- el derecho de los acreedores personales de los directores, administradores o miembros en ejercicio de la representación asociativa por sobre el de los acreedores del ente.

G) Al unificarse el régimen jurídico de las simples asociaciones (existiendo una sola categoría de ellas, y no las constituídas regular o irregularmente según el sistema derivado del texto del artículo 46 del Código derogado), se ha razonabilizado y simplificado el régimen de responsabilidad civil de sus miembros, desapareciendo las complejas referencias legales a la solidaridad o

mancomunación simple que según el rol que se cumplía dentro de la asociación, y el rango de la misma, preordenaba lo normado al respecto en dicho artículo por la Ley 17.711.

H) Se ha razonabilizado, por alusión implícita a reglas generales del sistema, la regulación de la responsabilidad contractual y aquiliana de las personas jurídicas privadas, contando con normas mas claras y además puestas en línea con las preexistentes en materia societaria.

En definitiva, pareciera que en el tema se ha dado un paso adelante.

LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LAS EMPRESAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

Alejandro Dalmacio Andrada

Sumario

1. Introducción.- 2. La confianza legítima en el procedimiento administrativo.- 3. La buena fe y la confianza en los contratos administrativos.- 4. El calificativo de legítima para que la confianza sea merecedora de tutela.- 5. Las expectativas legítimas de las +empresas en el Derecho tributario.- 6. Consectario.-

1. INTRODUCCIÓN

Los orígenes de la figura de la “confianza legítima”, o de las “expectativas legítimas”, pueden hallarse en el Derecho privado. Ora asociada a la buena fe, ora con cierta autonomía, diversos institutos del Derecho civil y comercial se sustentan y explican en razón de la confianza.

Después de un largo trajinar la “confianza”, con ese *nomen*, resultó recibida por el derecho objetivo, por las normas, por los Códigos. En nuestro caso, el recentísimo Código Civil y Comercial consagró expresamente la “confianza”, con unos textos que no encuentran en los digestos anteriores antecedente directo y disciplinándola con una regulación que no coincide con los artículos de los Códigos derogados. Unos ejemplos de ello son el art. 991 del CCyCN en materia de tratativas contractuales y el art. 1067 en el sitio de la interpretación de los contratos.

Pero, en mi opinión, es en el Derecho público donde nuestra figura se ha ubicado en el centro de la escena jurídica y ha sido objeto de todas las miradas, de toda la atención y de importantes abordajes jurídicos.

También en diversos ordenamientos normativos fue contemplada expresamente la “confianza” en el Derecho público y la jurisprudencia -como habremos de ver- ha efectuado una proficua aplicación de la “confianza”, deslindando cuidadosamente los supuestos en que el agravio de la accionante es digno de tutela, y cuándo no.

Pero lo que destaca en el Derecho público es la producción de obras jurídicas autónomas dedicadas al estudio sistemático de las expectativas legítimas y de sus virtualidades jurídicas⁴⁴⁶.

Ahora bien: ¿esa recepción de la “confianza” en el Derecho administrativo y tributario es verdaderamente efectiva en el derecho vivo o se trata de una aceptación mínima o meramente nominal desprovista de efectos prácticos relevantes?, ¿la recepción de las legítimas expectativas denotan el anhelo de un Derecho deseado, de *lege ferenda*, o constituye argumento principal o coadyuvante para el progreso de las demandas respectivas dirigidas contra los Estados?

El artículo comienza por analizar la “confianza legítima” en el procedimiento administrativo. Luego se analizan los contratos públicos en los que la Administración debe ser franca y leal y no puede ignorar las “legítimas expectativas” que las personas y empresas han depositado en ella.

Con todo, nuestro análisis procura encontrar un equilibrio por virtud del cual la aplicación de nuestra figura termine protegiendo a los sujetos que, en verdad, son merecedores de cobertura. Más concretamente, diversos planteos de los demandantes no pueden ser estimados porque no se configura la nota de “legitimidad” que califica a la “confianza” digna de tutela.

A continuación se demuestra cómo en otros sectores del ordenamiento que parecerían, en mera apariencia, refractarios a la figura, sin embargo, la han recepcionado con aplicaciones jurisprudenciales concretas. Así, por ejemplo, el Derecho Tributario, dominado por el principio de legalidad y que parecería no dejar espacio o intersticio por el que penetren sutilmente instituciones como el de la “confianza legítima”, sin embargo, la ha recepcionado en determinados supuestos.

2. LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La “confianza legítima”, anudada a la buena fe, impregna todas las relaciones entre la administración y los administrados. Tanto al procedimiento de formación del acto, a los procedimientos de los órganos de control, como al procedimiento recursivo.

Si en el proceso jurisdiccional rige el principio de moralidad procesal en función del cual las partes se deben “lealtad, probidad y buena fe”, a *fortiori*, el respeto de las expectativas legítimas de los administrados se erige en pilar del procedimiento administrativo en el que administración y administrados se deben recíprocamente “buena fe” y respeto a la “confianza” que sus conductas pudieran haber despertado.

⁴⁴⁶ Ejemplo emblemático son las obras de COVIELLO, Pedro J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot, 2004; y, luego, LÓPEZ MESA -Director-, en *Revista Argentina de Derecho Público*, IJ editores, Noviembre de 2017, Número I. De la primera de las obras mencionadas ha podido decir Julio R. Comadira que constituye un verdadero “Tratado de la confianza legítima”.

Una explícita consagración de nuestra figura puede verse en nuestra Provincia de Santa Fe, en el reciente Decreto 4174/2015 que aprobó el Reglamento para el Trámite de Actuaciones Administrativas.

Esa norma, en su Capítulo XVII titulado: “De las relaciones entre la Administración y los sujetos que interactúan con ella”, recepcionó *expressis verbis* la “confianza legítima” en el art. 93. He aquí su texto: “Cuando alguna autoridad administrativa, en ejercicio de sus respectivas competencias, establezca medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberá obrar conforme al principio de confianza legítima y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, procurando que, en ningún caso, se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

Nos parece auspiciosa la contemplación de la institución de la “confianza”⁴⁴⁷.

La confianza queda, en el artículo transcrito, asociada a la motivación del acto administrativo, a la razonabilidad, proporcionalidad y no lesión al principio de igualdad.

Precisamente el análisis de la jurisprudencia que ha analizado nuestra figura, en numerosos de los supuestos en los que se han acogido los argumentos de la parte demandante, permite advertir que los tribunales –como habremos de ver– se han hecho fuertes en la violación de las expectativas legítimas, ausencia de motivación suficiente y trato desigual.

La consagración de la “confianza legítima” por parte de la norma es un dato significativo. Podría pensarse que, en tanto principio, opera aun en ausencia de texto expreso. Pero siempre cabría el escrúpulo o pretexto de acuerdo al cual los principios no son más que guías u orientaciones para la mejor interpretación de la ley⁴⁴⁸, con lo cual seguiríamos rindiéndole pleitesía a la ley, exigiendo su presencia.

Pues bien: en nuestro caso allí está expresamente contemplada la “confianza”, disipando toda duda e invitando a su aplicación concreta.

Cabría aquí volver a la pregunta de inicio: ¿esa recepción de la “confianza” en el Derecho administrativo es verdaderamente efectiva en el derecho vivo o se trata de una aceptación mínima o meramente nominal desprovista de efectos prácticos relevantes?

Habría que empezar por admitir que en el proceso jurisdiccional la resolución judicial es, en principio, inconvencible por virtud del principio de la cosa juzgada en tanto que, en el procedimiento administrativo de algunas

⁴⁴⁷ Que debe ser objeto de ponderación y de encomio. Con todo, hubiéramos preferido su inclusión en el artículo 1 donde se consagran, precisamente, los principios, como el de la “confianza legítima” al que se califica, justamente, como “principio”. Ese sitio metodológico que apuntamos nosotros disiparía toda duda en torno al alcance de la institución. Como principio recibido en el art. 1, ninguna duda cabría que, como categoría invasora, se extendería a todo el articulado de la reglamentación.

⁴⁴⁸ Al estilo del Art. 2 del CCyCN.

Provincias como la nuestra, la administración puede volver sobre sus propios actos para retirarlos aun en contra del administrado.

Pero, entonces: ¿en qué queda la protección de la confianza del administrado en el mantenimiento del acto?

Ocurre que en esa anulación –aunque se invoque a menudo– no media una lesión a la confianza tutelable que, para ser tal, debe ser “legítima”⁴⁴⁹.

Ese dato relevante hace que en diversos supuestos, especialmente en los contratos administrativos, la argumentación de la lesión a la “confianza” no pueda prosperar por ausencia de la “legitimidad” que cualifica la confianza merecedora de protección.

Ya veremos, en cambio, supuestos típicos de procedencia del agravio afinado en la “confianza”.

Antes de ello habremos de analizar el procedimiento recursorio, en cuyo ámbito, diversas leyes reguladoras del régimen de impugnaciones contra los actos administrativos, se inspiran, al tiempo que se explican en los principios de la buena fe y la confianza.

En el procedimiento recursorio el administrado defiende su propio interés pero es también colaborador de la legalidad objetiva⁴⁵⁰ que aconseja una amplia revisión de lo resuelto a través de las impugnaciones estatuidas⁴⁵¹.

Esa búsqueda recíproca de la legalidad objetiva hace que la relación entre administración y administrado deba estar gobernada por la buena fe; ser, en definitiva, franca y transparente.

Precisamente, coadyuvan a esas finalidades determinadas leyes de Provincia que indican al administrado el derecho a interponer recursos, cuál en particular y el plazo para hacerlo.

Cabe aquí mencionar la ley santafesina 12.071⁴⁵² que preceptúa: “Art. 1- En las notificaciones de decretos y resoluciones dictados en los expedientes o actuaciones administrativas, o en general, de cualquier decisión dictada por autoridad administrativa que niegue un derecho, imponga obligaciones o no haga lugar a un recurso de revocatoria interpuesto, se hará saber el derecho a interponer recursos y el plazo para hacerlo, conforme la normativa vigente”.

Esta ley se inspira en los principio de “buena fe” y “confianza”.

El autor del proyecto y miembro informante expresó que: “... el procedimiento administrativo... debe estar impregnado de buena fe y eticidad, máxime cuando es el Estado el que interviene como parte de él”; y dijo que el

⁴⁴⁹ La primera condición para proceder a anular de oficio consiste en la existencia de la ilegitimidad del acto originario. Si el acto primigenio era ilegítimo, la invocación de la confianza no es estimable. De lo contrario, sí.

⁴⁵⁰ ABAD HERNANDO, Jesús L., *Notas sobre las reformas a la ley de procedimiento administrativo, Comercio y Justicia*, introducción, *in fine*, Córdoba, 1978.

⁴⁵¹ Desde el principio del “informalismo” también se señala la necesidad de la decisión y de su revisión. Ello así por cuanto el mencionado principio tiende a que el administrado pueda lograr, superando obstáculos formales, una decisión sobre el fondo del asunto (CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, sexta edición actualizada, 2000, T. II, p. 323) y que esa decisión pueda ser revisada a través de las impugnaciones previstas en cada Reglamentación.

⁴⁵² Fecha de sanción: 21/11/2002; Fecha de promulgación: 12/12/2002; publicado en B.O. 20/12/2002 – ADLA 2003- A, 1283.

proyecto “está destinado a simplificarle la vida a la gente y a propiciar su defensa”⁴⁵³.

Con razones compartibles, la Cámara de lo Contencioso Administrativo número 1 de la ciudad de Santa Fe, extendió los alcances de la ley transcrita a los municipios y comunas. Entendió que normas como las de la ley 12.071 no requieren para su validez que los municipios y comunas deban incorporarlas mediante actos propios⁴⁵⁴ y que de ninguna manera podía considerarse hollada su autonomía.

Ahora sí, pasemos un vistazo a algunos precedentes en los que la “confianza legítima” fue contemplada explícita o implícitamente.

En la Corte federal puede mencionarse el caso “Vera González”⁴⁵⁵ en materia de revocación de permisos precarios.

La Corte consideró que resultaba arbitraria la fundamentación de la Corte catamarqueña concerniente a la naturaleza precaria de la autorización provisoria otorgada y a la justificación del ejercicio de la facultad revocatoria de la Dirección de Energía; “Ello es así, pues no se ha considerado que aun tratándose de actos de carácter precario, su revocación se encuentra condicionada a la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen; máxime, si se advierte que las circunstancias de hecho iniciales se mantuvieron inalteradas al tiempo de la revocación”⁴⁵⁶.

En resumidas cuentas, ¿si nada había cambiado por qué motivo se revoca la autorización que había sido acordada? Es en estos supuestos en los que se vigoriza el deber de motivación del acto de modo de poder auscultar, cuando menos mínimamente, su razonabilidad.

Ello no significa que la administración no pueda cambiar de opinión.

Sobre el punto resultan especialmente pertinentes las afirmaciones doctrinarias de De Smith, Woolf y Jowell en el sentido que: aunque es libre de cambiar de criterio, la autoridad no está libre de ignorar la existencia de una expectativa legítima: “...Ahora que la expectativa legítima ha sido aceptada jurídicamente como un interés digno de protección, su existencia constituye un elemento importante que debe ser tenido en cuenta ...”; “... los tribunales

⁴⁵³ Señaló que la fugacidad de los plazos de impugnación de los actos exige una especial atención, teniendo en mira el interés de evitar que, por razones de índole procedimental, se pueda perder un derecho, máxime cuando, en principio, los plazos para impugnar un acto administrativo no se suspenden por la interposición de recursos inadmisibles, y que la técnica del acto firme opera inexorablemente en el ámbito de lo contencioso administrativo, con la drástica consecuencia de tornarlo irrevisable judicialmente (art. 6, inciso e de la ley 11.330).

⁴⁵⁴ “Perren, Víctor G. contra Comuna de Ambrosetti sobre Recurso Contencioso Administrativo”, A. y S. T. 1, pág. 394, resolución del 20 de abril de 2005.

⁴⁵⁵ Fallos: 319:1899.

⁴⁵⁶ A continuación destacó el Tribunal que: “... según surge de los elementos obrantes en la causa, la autorización fue otorgada en forma provisoria sujeta a la aprobación de los planos y a la presentación de documentación pertinente, la cual, si bien fue oportunamente acompañada por la actora, no mereció consideración alguna por la entidad demandada” (cons. 3).

pueden intervenir donde la expectativa es completamente ignorada o meritada indebidamente..."⁴⁵⁷.

Comprobada, pues, la lesión al principio de "confianza", las medidas a adoptarse pueden de ser bien variadas y dependerán de las circunstancias del caso y de la concreta pretensión que se haya articulado. En unos casos, la anulación del acto, en otros la declaratoria de que los cambios de criterio rigen para el futuro pero no para el caso. Habrá supuestos en que la medida adoptada consistirá en algún género de compensaciones o reconocimientos.

Otro interesante pronunciamiento, en este caso de la Cámara Federal, recayó en la causa "AADI-CAPIF" (Asociación Argentina de Intérpretes y Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas y sus reproducciones)⁴⁵⁸.

Dijo la sala: "las actoras estaban ante una firme situación jurídica que puede caracterizarse como de confianza legítima de tipo procesal, en el sentido de que, por expresa disposición reglamentaria -obligatoria para la demandada-, se observaría el procedimiento participativo previsto, antes de producir una modificación al sistema de arancelamiento, procedimiento en el cual las actoras podrían aportar los argumentos que daban razón a su posición y a la de los intereses por ellas representados".

Hace notar Coviello que: "Lo importante aquí es que no sólo se tuvo en cuenta exclusivamente la observancia de las formas esenciales del procedimiento, sino también la confianza que los propios administrados habían puesto en que la Administración no quebrantaría tal posición"⁴⁵⁹.

También campea la protección de las legítimas expectativas en la sentencia que la Corte dictó en autos "Eugenio Bellora e Hijos S.C."⁴⁶⁰

En el caso, frente al cambio de criterio del ente recaudador la Corte confirmó la sentencia de la Cámara federal que había revocado los actos de intimación. Aplicó su jurisprudencia bien establecida en el sentido que: "los cambios en el criterio impositivo sólo rigen para el futuro (Fallos, 258:17; 268:446; 262:60)".

Otra figura claramente inspirada en la "confianza legítima" y en la "buena fe" es la prohibición de la *reformatio in peius* en sede administrativa en tanto reprueba conductas abruptas, inesperadas o intespestivas.

⁴⁵⁷ DE SMITH, Stanley - WOOLF, Harry - JOWELL, Jeffrey, *Judiciary review of administrative action*, Londres, quinta edición, 1995, pp. 575 y 576. Sobre el punto, necesariamente, ver COVIELLO, Pedro "La confianza legítima", E.D. 177-894.

⁴⁵⁸ CNac. Fed. Contencioso Administrativo, sala I, sentencia del 27/6/2000. Los aranceles por la reproducción de fonogramas eran fijados o modificados por la Secretaría de Prensa, "con intervención" de las entidades. En el caso, la Secretaría, sin darles participación, modificó los aranceles.

⁴⁵⁹ COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado* (cit.), p. 274.

⁴⁶⁰ Fallos: 315:984. Ante una consulta de la actora la DGI le hizo saber que los inmuebles afectados a una explotación agropecuaria, pertenecientes en condominio a los integrantes de una sociedad de hecho, no estaban gravados por el impuesto a los capitales. Luego, el organismo fiscal notificó al administrado que debía incorporar esos bienes a su respectiva declaración jurada.

El Tribunal que integro ha hecho aplicación de esos principios. Un ejemplo de ello es el pronunciamiento dictado en fecha 1/10/2018, en la causa: "Prats, Martha S. c. Provincia de Santa Fe"⁴⁶¹.

La recurrente esgrimía que: se había violado la *reformatio in peius* en sede administrativa; la actuación del Gobernador sólo está limitada a resolver la impugnación sobre la modalidad del pago en cuotas, pero no podía válidamente modificar la liquidación de la acreencia dado que ello no fue materia de recurso; insólitamente el P.E. modifica, sin ser materia recursiva, la liquidación de la acreencia, llegando al extremo de que su parte pasó de ser acreedora a deudora del Estado; todo por un supuesto cambio de criterio sobre la aplicabilidad del decreto 381/91.

El Tribunal consideró que el agravio de la parte debía ser acogido.

Se recordó la enseñanza de Marienhoff en el sentido que los recursos que establecen las normas sobre procedimiento administrativo "no se dan precisamente a favor de la Administración Pública, sino principalmente a favor de los administrados. Es esto una consecuencia del Estado de Derecho... La reforma de un acto administrativo, empeorando por tal vía la situación del administrado a quien le interesa o afecta ese acto, no procede en el trámite administrativo 'instado' por el interesado a través de un 'recurso'".

Tras comprobar que, en el caso, el Decreto del P.E. había empeorado la situación de la recurrente en relación a la resolución anterior, la Cámara estimó la pretensión en el sentido que la administración se abstenga de reclamar suma alguna a la actora en concepto de diferencias salariales.

3. LA BUENA FE Y LA CONFIANZA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La "buena fe" y la "confianza legítima" constituyen principios a la luz de los cuales los tribunales han interpretado los contratos administrativos.

En la Corte federal, una retahíla de fallos ligados predominantemente a la obra pública, han sido ocasión para la aplicación de los precípuos principios.

Así, en la tarea de interpretar contratos, convenios de renegociación, etcétera, se ha comenzado siempre por sentar los principios a la luz de los cuales corresponde efectuar la tarea hermenéutica.

Así, se ha afirmado que: "... los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Código Civil), cuyos principios son también aplicables al ámbito de los contratos administrativos"⁴⁶².

En un caso posterior, tras recordarse el principio de la buena fe, explícitamente la Corte aseveró que: "...Por ser ello así, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible

⁴⁶¹ Cámara de lo Contencioso Administrativo número 2 de Rosario, A. y S. T. 61, pág. 233.

⁴⁶² Fallos: 182:502; 298:265; "Panedile Argentina S.A.I.C.F.I. v. Agua y Energía Eléctrica Soc. del Estado", fallo del 4 de agosto de 1983, entre muchos otros.

con la confianza que –merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante” (cons. 7)⁴⁶³.

En nuestra Provincia de Santa Fe, los Tribunales de lo contencioso administrativo han efectuado una interesante y variada aplicación de la “confianza legítima”.

La Corte provincial valoró *expressis verbis* nuestro instituto en la causa “Ingeniero Oscar Diez S.A.”, fallo del 9/12/1999, en la que el Ministro Dr. Ulla dijo: “Todo conflicto jurídico es un conflicto de valores, y producido un conflicto insalvable de valores, el bien jurídico más valioso es el que debe prevalecer. En la ocasión, los valores que deben prevalecer sin duda alguna son los de la seguridad jurídica y confianza legítima, que constituyen la premisa fundamental para ‘promover el bienestar general’ e ‘impulsar el desarrollo económico bajo el signo de la justicia social’, objetivos consagrados por el Preámbulo de nuestra Constitución provincial y que se complementan con los artículos 8, segunda parte, y 25 del mismo texto fundamental, y con el artículo 75, inciso 18 de la Constitución nacional –que consagra la llamada ‘policía de prosperidad’. Esta cláusula, que se incluyó debido al influjo de Alberdi, ha sido considerada por algunos como ‘importantísima’, ya que, ‘prosperidad del país, adelanto y bienestar de todas las provincias’ significa lisa y llanamente desarrollo, hoy confirmado por el inciso 19, fruto de la Convención Reformadora de 1994”⁴⁶⁴.

La Cámara de lo Contencioso Administrativo número 2 ha hecho frecuentes aplicaciones del principio de la “confianza legítima”⁴⁶⁵.

4. EL CALIFICATIVO DE LEGÍTIMA PARA QUE LA CONFIANZA SEA MERECEDORA DE TUTELA

Son numerosos los supuestos de hecho en los que en las demandas o recursos contencioso administrativos se invocan las “legítimas expectativas”, o más directamente la “confianza legítima”. Unas veces, en forma autónoma y otras de modo coadyuvante con otros argumentos o motivos de censura. En estos últimos casos, la “confianza” aparece anudada a la “buena fe” y, en diversos supuestos, el concreto agravio se resume en una falta de debida motivación, razonabilidad o proporcionalidad.

Naturalmente, sólo en determinados supuestos el agravio merece ser acogido. En otros casos, el fundamento afincado en la “confianza” habrá de ser

⁴⁶³ “Juan M. de Vido e Hijos S.C.A. v. Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos: 311:971, sentencia del 9 de junio de 1988.

⁴⁶⁴ Estos conceptos han sido seguidos por la Cámara de lo Contencioso Administrativo número 1, in re “Embotelladora del Atlántico”, de fecha 11/6/2013; y, por la Cámara de lo Contencioso Administrativo número 2, en autos: “L.D.C Argentina S.A. c. Comuna de Timbúes s. Recurso Contencioso Administrativo”, (A. y S. T. 64, pág. 27), fallo del 2 de mayo de 2019, que luego se examinará.

⁴⁶⁵ Me ocupo de la cuestión en ANDRADA, Alejandro D., “La confianza legítima en el Derecho administrativo”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, Rosario, 2018, Año 8, n° 8, Derechos Humanos en acción, p. 133 y ss.

desestimado cuando no concurre la nota de "legitimidad" que caracteriza la "confianza" que goza del favor del Derecho.

La "confianza" tutelable requiere que el hecho generador haya sido idóneo para producirla y que exista buena fe de quien la invoca⁴⁶⁶.

Como se adelantaba son muchos y variados los casos en que se esgrime que se ha lesionado la "confianza" que la administración ha despertado y debe respetar pretendiéndose a consecuencia de ello, la anulación de los actos administrativos y el restablecimiento de la situación jurídica violentada.

Entre esos muchos casos, con fines didácticos, podríamos señalar dos familias de casos en los que es muy frecuente el agravio que se basa en la confianza y en los que, en verdad, el argumento debe desecharse.

Una de esas familias de casos se desenvuelve en el capítulo de los contratos administrativos.

La queja habitual consiste en que la administración ha modificado el contrato. Allí se arguye que, también en el Derecho público, el pacto es ley para las partes⁴⁶⁷. Así, por ejemplo, en el contrato de obra se cambia el proyecto originario, la empresa de colectivos que tiene la concesión debe extender el recorrido o debe permitir el ingreso sin cargo a las personas jubiladas o adaptarse a la tarjeta magnética.

En tales casos, por lo general, la "confianza" esgrimida no es digna de amparo y el cocontratante debe aceptar esos cambios. Las expectativas que se dicen defraudadas no son, pues, "legítimas".

Ello es así desde que la administración tiene que servir de la mejor manera las necesidades públicas que pueden evolucionar o modificarse y, por ende, exigir la modificación de los contratos. La administración tiene, entonces, la potestad de introducir esos cambios sin llegar a alterar la sustancia misma del contrato⁴⁶⁸.

Las empresas deben, pues, aceptar esos cambios o modificaciones y cumplirlos, sin poder invocar válidamente la "confianza". Con todo, naturalmente, en tales supuestos, tienen el derecho a ser resarcidas.

Otra de la familia de casos muy frecuente en determinadas Provincias, como en Santa Fe, tiene lugar a consecuencia de la anulación de oficio.

Más concretamente: el agente explica que ingresó a planta permanente y, al año siguiente, las nuevas autoridades, dejaron sin efecto el ingreso. O, se concedió una autorización para determinado emprendimiento que luego se retira por acto expreso.

En tales casos es muy común el empleo del agravio según el cual se ha vulnerado la confianza.

Empero, en numerosos casos el argumento no puede prosperar.

⁴⁶⁶ COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado* (cit.), pp. 460 y 461.

⁴⁶⁷ El argumento -equivocado, por cierto- se inspira en ideas civilistas, con olvido de que estamos en presencia de una cláusula exorbitante del derecho común. Ciertamente, en el Derecho privado no se concebirían modificaciones, pero en el Derecho público esa prerrogativa se funda en el imperativo de atender de la mejor manera posible las necesidades o conveniencias generales.

⁴⁶⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, T. III-A, p. 395, parág. 737.E.

Es de recordar que en Santa Fe la anulación de oficio fue reconocida por la Corte provincial ya en el año 1963 en el precedente "Bobbio", explicando que constituye un procedimiento de reexamen, es decir, un procedimiento de segundo grado, que a la vez es manifestación de una "potestad general" atribuida a la administración pública para ordenar su propia actividad.

Se consideró que en nuestra Provincia es "indiscutible la existencia de esta potestad toda vez que no existe norma limitativa de la misma habiéndola ejercido sin discusión ni obstáculo alguno hasta el presente porque ella es consecuencia, simétrica, de la de dictar actos administrativos (art. 72, inc. 18 y concordantes C.P.). En efecto, si la Administración pública puede dictarlos también puede dejarlos sin efecto dentro de determinados límites y en ciertas condiciones toda vez que, caso contrario, se presentaría una contradicción insalvable e insoluble. Confirmando lo dicho, Comadira (Julio Rodolfo, La anulación de oficio del acto administrativo, Bs. As., 1981, p. 47) afirma que 'la ausencia de norma que expresamente autorice a la autoridad administrativa a anular de oficio los actos ilegítimos, no puede ser válidamente interpretada, por ende, en un Estado de Derecho, como circunstancia argumental para demostrar su improcedencia, y debe afirmarse, por el contrario, que sólo ante la presencia de una norma específicamente prohibitiva de tal posibilidad podría justificarse una conclusión de esa índole' ..."⁴⁶⁹.

Con todo, es claro que para proceder a anular de oficio deben concurrir determinados requisitos entre los cuales el más importante es la existencia de la ilegitimidad del acto⁴⁷⁰.

Pues bien, volviendo a nuestro ejemplo, si se deja sin efecto el ingreso con el argumento comprobado que ingresó sin concurso o por un cargo que no es el de inicio, el acto que retira el acto de designación es legítimo porque el estatuto establece tales requisitos para un ingreso válido.

Entonces, en vano se invoca en tales casos una lesión a la "confianza" en el mantenimiento del acto de designación. Tal "expectativa" no es legítima y, por ende, no es merecedora de tutela.

5. LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE LAS EMPRESAS EN EL DERECHO TRIBUTARIO

En la Introducción⁴⁷¹ adelantamos que el derecho tributario, en apariencia refractario a la figura de la "confianza legítima", en realidad la ha recepcionado con aplicaciones jurisprudenciales concretas.

Detengámonos ahora sobre el particular.

Ya en el apartado dedicado a la "confianza legítima" en el procedimiento administrativo habíamos recordado el precedente de la Corte federal *in re*

⁴⁶⁹ De la sentencia de la Corte santafesina recaída en autos: "González Palicio" (A. y S. T. 89, p. 1).

⁴⁷⁰ También deben verificarse otros extremos tales como la existencia de razones de interés público a la anulación, debe darse a los administrados la oportunidad de opinar con anterioridad a la emisión del acto de retiro, el ejercicio de la potestad de anulación debe estar sujeta a límites temporales, entre los más salientes.

⁴⁷¹ Punto 1.

“Eugenio Bellora e Hijos S.C.” en el que la Corte ampara la “confianza” reiterando el sano criterio de acuerdo al cual: “los cambios en el criterio impositivo sólo rigen para el futuro”.

En otros significativos pronunciamientos el alto Tribunal valoró las expectativas legítimas de los contribuyentes.

La Corte contempló expresamente las “razonables expectativas” y la “razonable confianza” en el caso “Estado nacional (Ministerio de Economía v. Sevel Argentina S.A. (FIAT) s/cobro de pesos”⁴⁷².

El Decreto-Ley 8655/1963 había establecido un arancel compensatorio por actos de control e inspección de regímenes de promoción de la industria automotriz. Luego, bajo la vigencia de la ley 19.135 se siguió aplicando el arancel. Finalmente la ley 21.932 sustituyó la ley anterior y estableció un sistema distinto que no requería la actividad de control. Pese a todo, la administración quería seguir cobrando la tasa⁴⁷³.

Dijo la Corte: “... El intercambio compensado constituye una particular técnica de promoción, de carácter excepcional respecto del sistema general ideado, por lo que de haberse considerado necesaria una tasa para solventarlo, el legislador debió crearla expresamente. Tal conclusión es la que indudablemente se sigue del principio de seguridad jurídica, con ajuste a las circunstancias del caso, en las cuales la recurrente ha tenido razonables expectativas para considerar derogada la tasa”.

Una resolución del Ministerio de Industria y Minería suspendió por cuatro meses su aplicación para estudiar el caso.

Consideró la Corte que: “... es indudablemente indiciaria de que el propio Estado reconoció en ese momento el cono de sombra que la sanción de la ley 21.932 había proyectado sobre la vigencia de la tasa. Esta conducta administrativa ha podido suscitar la razonable confianza en la derogación de la tasa; creencia que, apreciada en el contexto examinado, no puede quedar sin tutela jurídica efectiva”.

Así, pues, las legítimas expectativas y la seguridad jurídica concitan la atención del alto Tribunal que les confiere “tutela jurídica efectiva”.

El Tribunal que integro también ha hecho aplicación de la “confianza legítima” en el contencioso administrativo tributario.

Me refiero al precedente: “L.D.C. ARGENTINA S.A. c. COMUNA DE TIMBUES s/ Recurso Contencioso Administrativo”, sentencia del 2 de mayo de 2019.

Los hechos eran los siguientes: la empresa presentó a la Comuna un proyecto de inversión productiva consistente en la construcción y explotación de un puerto privado, planta de acondicionamiento con playa de estacionamiento de camiones y planta procesadora de aceites vegetales y subproductos; se celebró un convenio entre las partes que fue aprobado por Ordenanza número 2/2005 que estableció un régimen especial para el Derecho de Registro e Inspección atendiendo al positivo “impacto que esta radicación producirá en la comunidad, tanto en lo económico como en lo social, a través de

⁴⁷² Fallos: 319:2185.

⁴⁷³ Seguimos a COVIELLO, *La protección...* (cit.), p. 266.

la generación de un significativo número de empleos estables y al desarrollo en general de la localidad”; ponderándose que era necesaria toda una infraestructura: “que debiera proveer la Comuna que a la fecha no existen y tampoco es posible a esta administración proveerlos en el corto plazo...”.

Se estableció expresamente que el régimen “tendrá vigencia hasta el 1 de marzo de 2015. Durante ese período de tiempo la empresa adquiere el derecho a no ser afectada en más su carga tributaria total como consecuencia de nuevas tasas... o del aumento en la carga de las ya existentes tanto directa como indirectamente...”.

La Ordenanza número 20, del 16 de diciembre de 2013, dejó sin efecto el régimen que debía regir hasta marzo de 2015. Y estableció a partir de 2013 un régimen más gravoso para la contribuyente.

La empresa aducía que la violación al régimen de estabilidad fiscal era violatorio de la seguridad jurídica y de la confianza legítima.

El Tribunal entendió que el agravio debía ser acogido.

Comenzó por recordar, con cita de Joaquín V. González, que siempre se ha reconocido que la facultad de imponer tributos puede ser objeto de razonable limitación contractual y legal.

Al contestar la demanda la administración aducía que la Ordenanza primigenia significó un privilegio para la empresa, “una donación”, o “renuncia”.

El argumento fue desestimado por el Tribunal que entendió que no se configuraba ni un privilegio, ni una donación, ni una renuncia ni una exención.

“Entrañó la fijación de un régimen de ingresos especial, por tiempo determinado y que, debe resaltarse, incluía sendas cláusulas de ajuste o potenciación de la deuda tributaria lo que descartaba la posibilidad de que los montos respectivos quedaran desfasados o superados por la realidad o el aumento de la inflación”⁴⁷⁴.

Recordó el Tribunal el precedente “Cerro Vanguardia” de la Corte federal⁴⁷⁵ en el que el alto Tribunal tras recordar la regla según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados o dispensados por ellas, señaló que tal criterio no

⁴⁷⁴ Se añadió que Bulit Goñi se pregunta si ¿Es válido que una ley suspenda los beneficios otorgados por otra ley, mediante un régimen que se tornó bilateral al existir ventajas y compromisos recíprocos entre los particulares y el Estado? Y su complemento: ¿La emergencia invocada por la segunda ley, introduce algún elemento diferencial adicional que deba ser considerado? Comienza por responder este autor que el legislador puede sí derogar y dejar sin efecto una exención tributaria por cuanto nadie tiene derecho subjetivo al mantenimiento de la legislación, sin que a ello obste la circunstancia de que tal sujeto haya decidido su emprendimiento económico con base en el tratamiento tributario que luego se abandona. Y, a continuación estima Bulit Goñi, “distinto es el caso” de los regímenes en los que “cabe decir que el Estado ha salido a la búsqueda de los aportes privados, ofreciendo como contrapartida beneficios de los que, una vez realizados aquéllos, no podría desdecirse”. La Cámara entendió que la conclusión del autor resultaba trasladable a la realidad del caso máxime cuando en autos no se invocó el instituto emergencial para dejar sin efecto el régimen tributario anterior que, por lo demás, imponía ya un tributo económicamente importante y ajustable que luego, *ante tempus*, fue sustituido por otro más gravoso.

⁴⁷⁵ Fallos: 332:1531.

rige en los supuestos en que las normas para promover inversiones establecen la estabilidad por un determinado lapso del régimen tributario aplicable a los respectivos emprendimientos (cons. 12).

El Tribunal que integro entendió que frente a la prescripción de las respectivas Ordenanzas en el sentido que el régimen regiría hasta el 1 de marzo de 2015, el contribuyente pudo alimentar “expectativas razonables” en que esa previsión sería respetada, máxime cuando por años había sido observada.

En suma, concluyó el Tribunal que el régimen primigenio debía aplicarse a la demandante hasta la fecha allí prevista: el 1 de marzo de 2015, no resultándole aplicable el texto de las Ordenanzas 20/2013 y 120/2014 por resultar contrario al ordenamiento jurídico fundamental (violación a derechos adquiridos, derecho de propiedad, principio de seguridad jurídica) en tanto pretende aprehender el período anterior al 1 de marzo de 2015.

Se condenó a la Comuna a pagar a la actora los importes cobrados por el período anterior al 1 de marzo de 2015 en concepto de Derecho de Registro e Inspección en cuanto han excedido lo que le hubiera correspondido pagar a la demandante con arreglo a lo puntualizado en los considerandos⁴⁷⁶.

6. CONSECTARIO

En la actualidad, con razones muy valederas (legales, doctrinarias y jurisprudenciales) se le exige a las empresas el respeto de los derechos de los consumidores como el respeto de las exigencias medioambientales. Y así debe ser.

Pero, en ocasiones, no se le ha exigido suficientemente a los sujetos que interactúan con ellas –los Estados y otros particulares– el respeto a las expectativas legítimas de los agentes económicos.

Las líneas que anteceden se orientan en la necesidad –de primer orden– del debido amparo de la confianza legítima de las empresas demostrando cómo, la protección de esa confianza goza del favor de la doctrina y encuentra aplicaciones jurisprudenciales concretas en el Derecho administrativo y en el Derecho tributario.

En relación al procedimiento se ha señalado cómo en algunos Reglamentos de Actuaciones Administrativas la confianza es expresamente contemplada, asociada a la motivación del acto administrativo, a la razonabilidad y proporcionalidad.

En el procedimiento recursorio diversas disposiciones que disciplinan el régimen de impugnaciones se inspiran al tiempo que se explican en los principios de la buena fe y la confianza. Cabe mencionar aquí a la ley santafesina 12.071 en tanto obliga a la administración a hacer saber al administrado el derecho a interponer recursos y el plazo para hacerlo.

Otra figura claramente inspirada en la confianza legítima es la prohibición de la *reformatio in peius*.

También se ha mostrado la efectiva protección de la buena fe y la confianza legítima en los contratos administrativos. Para decirlos con palabras

⁴⁷⁶ A la fecha la sentencia comentada no se encuentra firme.

de la Corte federal, debe exigirse a las partes: “un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante”.

En todos los desarrollos anteriores se ha tratado de subrayar la necesidad de que la administración sea franca, leal y coherente en sus conductas de todo tipo. Y, al hilo de lo precedente, resultan por lo general observables los comportamientos zigzagueantes, abruptos, impredecibles.

Ello no significa que las administraciones públicas no puedan cambiar de opinión. Pero lo que no pueden es ignorar las expectativas legítimas de los privados y allí donde tales expectativas concurren deben brindarle alguna cobertura, tan variada como variadas son las circunstancias de hecho que pueden presentarse. En unos casos, la anulación del acto, en otros la declaratoria de que los cambios de criterio rigen para el futuro pero no para el caso. Habrá supuestos en que la medida adoptada consistirá en algún género de compensaciones o reconocimientos.

El respeto de la confianza deja a las empresas a cubierto de actuaciones abruptas, inopinadas o de cambios intempestivos de las Administraciones públicas.

Cuando se ampara esa “confianza legítima”, las organizaciones pueden prever, proyectarse y desarrollarse adecuadamente.

Podría finalizar diciendo que la “promoción del bienestar general” no es sólo un anhelo de la Constitución que nos resulta de alguna manera lejano o inconcreto; ni puede pensarse que es sólo o exclusivo problema del legislador o de la administración activa. Antes bien, cada uno desde el lugar que ocupe, debe atender a la manda constitucional comprendiendo que el desarrollo económico indisolublemente ligado al propósito constitucional requiere el respeto acabado a la seguridad jurídica y a la confianza legítima.

LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA EN LAS RELACIONES NEGOCIALES

Alejandro Dalmacio Andrada

Sumario

1. Introducción.- 2. Buena fe subjetiva, creencia o "confianza".- 3. La confianza como principio del Derecho contractual.- 3.1. Las expectativas legítimas en las tratativas contractuales.- 3.2. La protección de la confianza en la interpretación de los contratos.- 3.3. La confianza en los diversos tipos de contratos.- 4.- El daño como lesión a legítimas expectativas.- 5. Declaración unilateral de voluntad y confianza.- 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tratar acerca de la "confianza" supone referirse a la firme esperanza, a la fe que una persona tiene puesta en relación a la conducta de otra⁴⁷⁷. Propiamente, la voz "confianza" trasunta la acción de confiar.

Como es bien sabido, la "confianza" encuentra extensos e interesantes desarrollos en las religiones⁴⁷⁸, en la sociología y en la psicología social.

Como no podía ser de otra manera, la Economía y el Derecho también se han ocupado de nuestra figura.

La "confianza" se inspira en valores morales que son tomados por la ciencia jurídica que resulta, así, impregnada de contenidos éticos que, en buena medida, la sustentan y explican⁴⁷⁹.

Sin forzamientos podría decirse que la "conducta justa" podría identificarse con la conducta confiable, honesta, de buena fe⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ La palabra viene del latín *confidentia*. El prefijo "con", es decir "junto"; y, "fides", o sea "fe", "esperanza", "confianza", en suma.

⁴⁷⁸ En la Iglesia Católica, por ejemplo, Hebreos: 4: 16; Hebreos: 13.6; Juan: 5:14; Salmo: 27: 1-3, entre muchos otros.

⁴⁷⁹ Con referencia a la "buena fe", íntimamente anudada a la "confianza" decía Rezzónico que el Derecho la asume y recoge de la conciencia social, de la conciencia ética o moral de la sociedad a la que se dirige (REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, p. 499 y ss.). Más recientemente Compagnucci de Caso explica que el principio de la buena fe resulta ser un elemento extrajurídico e ingresa para complementar las normas, ya que, cuando la ley alude a ella lo hace teniendo en cuenta un criterio estrictamente valorativo que nace fuera del Derecho. Y, a continuación, poniendo de relieve la profunda ligación entre "buena fe" y "confianza", afirma: "Es importante bregar para que cada vez, y en mayor dimensión la vida de relación sea capaz de hacer surgir una segura y fundada confianza, un hábito de actuación con manifestación de carácter moral que incline a los demás a confiar y ser confiable" (*Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, CÓRDOBA, Marcos -Director-, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 169).

⁴⁸⁰ Dice Jorge Alterini que si debiera sintetizarse al Derecho en una sola fórmula podría decirse que la formulación más adecuada sería aquella que impusiera a las personas comportarse de

Pensamos que la “confianza” es la base de un sano tráfico jurídico y pilar del desarrollo económico. Y, como tal, es contenido y capítulo fundamental del Derecho de la Empresa.

En la actualidad, diversos textos legales receptan expresamente la “confianza” y en las más variadas ramas del Derecho la jurisprudencia funda sus decisiones en ella, en las “expectativas legítimas” de las personas humanas y jurídicas.

Posiblemente, en la hora presente, sea en el Derecho público -Derecho administrativo, Derecho tributario- la sede en la que la “confianza” encuentre mayores manifestaciones y más acabados despliegues.

Cabría, entonces, preguntarse si el Derecho público ha recurrido a ella en razón de las particularidades de sus disciplinas.

No ha de pensarse que el instituto de la “confianza legítima” constituya una figura propia y exclusiva del Derecho administrativo o del Derecho público.

En nuestra opinión, tiene un alcance más vasto como que se extiende a todas las ramas del ordenamiento y, por ende, también al Derecho privado.

E incluso, bien analizada la cuestión, se advertirá que la figura de la “confianza”, anudada a la buena fe, tiene una antigua prosapia propiamente privatista.

Cierto es que, la “confianza” o la “confianza legítima” no tenía antes una recepción normativa como la que se observa *expressis verbis* en leyes actuales del Derecho público o privado, pero no es menos cierto que las raíces de la institución pueden hallarse en los orígenes mismos del Derecho privado, como enseguida se verá.

Aunque las aplicaciones prácticas y los desarrollos doctrinarios actuales analicen la “confianza legítima” principalmente en perspectiva de Derecho público no podemos menos que reconocer que los orígenes de la figura se encuentran, pues, en el Derecho privado⁴⁸¹.

2. BUENA FE SUBJETIVA, CREENCIA O “CONFIANZA”

Como no podía ser de otra manera, la gran construcción jurídica de la historia de occidente, el Derecho romano, identificó a la buena fe como el respeto a la palabra empeñada en razón de la confianza que habría de suscitar en los demás.

buena fe. Considera que: “... Si debiera optarse por una sola de las tres directivas romanas, nos inclinaríamos por la que proclama el deber de ‘vivir honestamente’, pues en términos jurídicos ese reclamo de rectitud, de honradez, coincide con la pretensión del actuar de buena fe, y también porque el vivir honestamente, interpretado con amplitud, hasta presupone que no habrá de incurrirse en la deshonestidad del dañar a los demás o en la conducta desviada de no dar a cada uno lo suyo...” (*Código Civil y Comercial comentado, Tratado Exegético*, ALTERINI, Jorge, -Director general-; TOBIÁS, José W., -Director del Tomo-, ALTERINI, Jorge H., Buenos Aires, La Ley, tercera edición, 2019, T.I. p. 85).

⁴⁸¹ Como ocurre con tantas otras figuras -mora, imprevisión, excepción de incumplimiento contractual- de ahí la toma el Derecho público y la aplica bien que con las discriminaciones impuestas por las particularidades del Derecho administrativo, fiscal, etcétera.

De allí se proyectó en el tiempo y en el espacio entendida como la corrección del comportamiento en los negocios⁴⁸².

Todo el Derecho patrimonial no tardó en proteger la confianza, las legítimas expectativas de los ciudadanos, sustentos de un sano y fluido tráfico y del desarrollo económico.

Larenz, asociando “buena fe” y “confianza”, pudo explicar que: “el principio de la ‘buena fe’ significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos, con pensamiento honrado, intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros títulos jurídicos”. Y ponía de relieve las vastas proyecciones de la figura: “la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por lo tanto, en el derecho de cosas, en el derecho procesal y en el derecho público”⁴⁸³.

El principio de la “buena Fe” domina toda la materia de los contratos del Derecho privado, pero también los contratos del Derecho público⁴⁸⁴.

Y es principio que disciplina la conducta de las partes litigantes en el Derecho procesal⁴⁸⁵.

La doctrina ha discutido cuál es el verdadero rol de la “buena fe”.

Hay autores que han pensado que se trata de una “cláusula general”⁴⁸⁶, al tiempo que para la mayoría de los doctrinarios constituye propiamente un principio general.

Esta caracterización no es menor, ni está desprovista de efectos prácticos. En efecto, en tanto “principio general” resulta directamente aplicable a la situación analizada aunque no medie norma particular o específica que

⁴⁸² LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, T.I., p. 53.

⁴⁸³ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, (traducción de Jaime Santos Briz), Madrid, 1958, T. I, p. 152.

⁴⁸⁴ CS, 1983/08/04, Fallos:305:1011, autos “Panedile Argentina S.A.I.C.F.I. c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, en el que se dijo: “Es aplicable al ámbito de los contratos administrativos –en el caso, el convenio de renegociación de un contrato de obra pública por mayores costos- el principio según el cual los acuerdos de voluntades deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, según lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión –art. 1198, Cód. Civil-; luego, CS, 1988/06/09, autos “Juan María de Vido e Hijos S.C.A. c. Dirección Nacional de Vialidad”, en el que se valora expresamente la confianza: “Es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante”.

⁴⁸⁵ La mayoría de los ordenamientos rituales imponen a las partes y sus defensores conducirse con “lealtad, probidad y buena fe” con lo que consagran positivamente el principio de “moralidad procesal”.

⁴⁸⁶ MAYO, Jorge A., “Sobre las denominadas cláusulas generales”, en *Estudios de Derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, p. 47 y ss., entre otros.

contemple la aplicación de la “buena Fe” para el concreto supuesto que se analice.

Las funciones de la buena fe son tan significativas como variadas: es principio para la interpretación e integración, es fuente de deberes secundarios de conducta como la información o seguridad, es causal excluyente del dolo, es principio correctivo del ejercicio de los derechos, es pauta configurativa del ejercicio abusivo de los derechos, es fundamento de la teoría de los actos propios.

Entre tales funciones resalta una que queremos subrayar ahora: es razón de ser de la tutela de la confianza, de las legítimas expectativas de las personas que actúan en el tráfico.

En el Derecho argentino es bien conocida la posición de Vélez Sársfield al no receptor la “buena Fe”, omisión que recogió autorizadas adhesiones, como la de Orgaz⁴⁸⁷.

Pero luego la tendencia legislativa se inclinó decididamente hacia la recepción de la “buena fe” en los textos legales.

Hasta el punto que nuestra figura es como el gozne sobre el que giró la reforma de la ley 17.711 en el derecho privado patrimonial⁴⁸⁸.

Y está bien que así sea. La “buena fe” debe estar contemplada en los textos, sin perjuicio de la aplicación prudente que hagan los jueces de ella de modo de no extenderla a situaciones no merecedoras de tutela.

Luego, el Código Civil y Comercial extendió los alcances de la buena fe. Se la recepta en el Título Preliminar -Capítulo 3, Ejercicio de los Derechos- en el artículo 9 y se la rotula “Principio”⁴⁸⁹.

Las reglas específicas que complementan su contemplación en el Título Preliminar son bien variadas y, en realidad, atraviesan todo el Código⁴⁹⁰

Y aun fuera de esas específicas reglas bien puede aplicarse la “buena fe”, en tanto principio general, como se ha explicado.

La buena fe exhibe dos rostros o facetas.

Media una buena fe objetiva, lealtad y probidad.

E interesa destacar aquí la buena fe subjetiva de acuerdo a la cual las personas deben confiar en las situaciones tal como se les presentan porque en

⁴⁸⁷ ORGAZ, Alfredo, *Nuevos Estudios, el Contrato y la doctrina de la imprevisión*, p. 40 y ss., ocasión en la que estima: “El Códificador quería cosas muy claras en punto a la obligatoriedad de las convenciones y huía de esos conceptos que reputaba imprecisos y vagos: de la lesión y de la buena fe”. En la misma tónica Risolía: “sería de preguntarnos si no habrá sido el horror a esa extensión invasora del arbitrio judicial lo que determinó a Vélez a apartarse del modelo francés, y si no ha llegado el caso de aplaudir una omisión que lleva en su entraña tan saludables motivos...” (RISOLÍA, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato*, p. 204).

⁴⁸⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría General del Contrato*, Santa Fe, Orbir, 1970, p. 322.

⁴⁸⁹ En los Fundamentos se expresa que la “buena fe” fue introducida mediante la reforma de la ley 17.711 “y sus resultados han sido satisfactorios y ampliamente elogiados por la doctrina”. Se explica seguidamente que: “... De conformidad con lo señalado, se propone que la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos...”

⁴⁹⁰ Arts. 10, 144, 292, 298, 315, 336, 337, 340, 347, 365, 388, 392, 395, 398, 729, 756, 757, 760, 871, 883, 887, 961, 991, 1009, 1011, 1061, 1079, 1166, 1170, 1171, 1301, 1366, 1483, 1484, 1681, 1688, 1705, 1710, 1732, 1743, 1772, 1784, 1799, 1816, 1868, entre otros.

base a esa apariencia pudieron despertar expectativas legítimas. La regulación legal de las transmisiones dominiales de buena fe es un ejemplo típico de ello.

La buena fe subjetiva logra amparo cuando se protege a los adquirentes de buena fe; cuando se tutela a quien no puede advertir un error no reconocible; cuando para la formación del consentimiento y la interpretación del contrato se atiende a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes⁴⁹¹.

3. LA CONFIANZA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL

Son variados y complementarios los principios que inspiran el Derecho de los contratos. Entre ellos se destacan el principio de la autonomía de la voluntad y el de libertad de contratación (art. 958 del Código Civil y Comercial), el principio de propiedad privada (art. 965); la buena fe; la función social del contrato; en suma, la justicia contractual.

Entre ellos, con autonomía, destaca el principio de confianza que ilumina todo el Derecho contractual.

Principio que ha sido enunciado en estos términos: todo aquel que, con sus conductas o manifestaciones de voluntad, suscite en otro una razonable creencia con respecto a ellas, está obligado a no defraudar esa expectativa y, en caso contrario, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados⁴⁹².

El Derecho clásico consagrado en los Códigos decimonónicos otorgó a la oferta un modesto poder vinculante. En cambio, los Códigos más modernos establecen el carácter vinculante de la propuesta, con lo que se prioriza el interés de quien pudo haber confiado en ella⁴⁹³.

Así sucede también en el Derecho del consumo de acuerdo a la regla consagrada en el art. 7 de la ley 24.240: "La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite".

3.1. Las expectativas legítimas en las tratativas contractuales

En esta materia el Código Civil y Comercial comienza por sentar un principio general: la libertad de negociación. El art. 990 establece que las partes son libres para promover tratativas y para abandonarlas en cualquier momento.

Pero el artículo siguiente estatuye un deber bien claro: durante las tratativas preliminares las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente.

Así, quedan reprobados los alejamientos intempestivos, abruptos, tardíos. En suma, desleales. Sobre todo cuando las coincidencias recaían ya sobre aspectos fundamentales del negocio.

⁴⁹¹ MOSSET ITURRASPE, *Teoría General del Contrato* (cit.), p. 323.

⁴⁹² *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, NICOLAU, Noemí - HERNÁNDEZ, Carlos A. -Directores-, NICOLAU, Noemí, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 63.

⁴⁹³ PIZARRO, Ramón D., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, T. I, Parte General, p. 110.

Así, se ha considerado que la ruptura de las tratativas es injustificada cuando: se prolongan con la finalidad de contratar luego con un tercero; se inician tratativas sin un propósito serio de comprometerse; se oculta o falsea la realidad como en el caso de ocultamiento de pasivos de un fondo de comercio cuya venta se pretende⁴⁹⁴.

El art. 991 contempla expresamente la “confianza” y le asigna responsabilidad al incumplidor del deber allí previsto: “... El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”.

Resulta más contundente el Anteproyecto de “Código europeo de los contratos” redactado por la Comisión de Pavía. Se dice que aquella de las partes que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la conclusión del contrato, obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado cuando las tratativas contractuales han avanzado y las partes han acordado respecto a los elementos esenciales del contrato y han previsto su posible conclusión.

3.2. La protección de la confianza en la interpretación de los contratos

En sede de interpretación de los contratos, como no podía ser de otra manera, la doctrina y la jurisprudencia atendieron a la “confianza y la buena fe” y señalaron el “deber de cooperación que apoya en la lealtad contractual y en cumplir con la legítima expectativa del co-contratante...”⁴⁹⁵.

En esta materia, el Código Civil y Comercial receptó la “confianza” de un modo como no lo hacía el Código anterior.

A partir del art. 1061 consagra el principio de la buena fe y la interpretación estricta para los casos en que así lo dispone una estipulación o disposición legal. Para los demás supuestos se deben tomar en consideración las circunstancias del contrato.

Y en los fundamentos se resalta la norma que sostiene que la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

Se pone de relieve que: “... Este dispositivo es esencial en las relaciones mercantiles”.

El art. 1067 preceptúa: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

El Código anterior no contenía una disposición semejante⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ PIZARRO, *Tratado de Responsabilidad Civil* (cit.), pág. 101.

⁴⁹⁵ CNCom. Sala B, 30/06/2005 in re “PEZCALANDIA ARG. S.A. contra CETECO ARG S.A. s. ORDINARIO”, expediente 53778/00.

⁴⁹⁶ Dice Nallar: “... en los antiguos Códigos Civil y Comercial no encontramos disposición alguna que sirva de antecedente directo a la norma bajo comentario...” (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA - MEDINA -Directores-, NALLAR, Florencia, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo III, p. 618).

El nuevo texto ha merecido la aprobación de la doctrina⁴⁹⁷.

Coincidimos con tales valoraciones: las partes han de poder operar en el mercado sin sobresaltos o sorpresas. Resultan así censurables las conductas intempestivas, inopinadas, contradictorias que dañan las legítimas expectativas de las personas que confían en lo que es normal y esperable de acuerdo a los usos del tráfico⁴⁹⁸.

La transparencia y la seguridad en el tráfico se ven seriamente resentidas con las conductas inesperadas que dañan la confianza.

3.3. La confianza en los diversos tipos de contratos

Una rápida vista de la jurisprudencia reciente ilustra cómo las legítimas expectativas de los litigantes ha sido contemplada por los tribunales que, en variados supuestos, hicieron lugar a las demandas promovidas por empresas y personas humanas. En tales casos, la lesión de la confianza ha sido el argumento principal o coadyuvante de la procedencia de las respectivas acciones.

Comencemos con los contratos de locación de servicios y locación de obras⁴⁹⁹.

En “DIHUEL S.A. contra JOHNSON & JOHNSON de ARGENTINA S.A.C.E.I s. Ordinario”⁵⁰⁰ las contendientes venían celebrando desde 1990 sucesivos contratos de logística de distribución de los productos vendidos por Johnson habiéndose establecido un plazo cierto y determinado de vigencia consignado en cada uno de los contratos que se fueron suscribiendo durante el vínculo comercial.

El Tribunal señala que la fijación de un plazo razonable de preaviso para un caso concreto, que permita recompensar las expectativas generadas por la estabilidad de la relación y dar al perjudicado la posibilidad de reorganizar su actividad constituye una cuestión que originó pronunciamientos dispares tanto en la esfera nacional como en el exterior.

Y, a continuación, la sala sostiene: “La autorresponsabilidad implica hacerse cargo de lo convenido libremente y exhibe estrecha vinculación con la confianza que, como principio de contenido ético, impone a las partes honrar las expectativas creadas. Ergo, la ley busca mantener en equilibrio los acuerdos de voluntades, lo que le impone a la accionada evitar todo lo que pueda frustrar

⁴⁹⁷ NICOLAU - HERNÁNDEZ, *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación* (cit.), p. 267, autores que lo califican como “un adelanto significativo”.

⁴⁹⁸ Sobre los “usos del tráfico”, nos hemos ocupado con anterioridad: ANDRADA, Alejandro D. “La interpretación conforme a los usos del tráfico”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Interpretación del contrato*, ALEGRÍA - MOSSET ITURRASPE -Directores-, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 2006-3, p. 183 y ss.

⁴⁹⁹ Es de hacer notar que el Código nuevo abandona la noción de “locación de obras y de servicios”. Se utilizan ahora los vocablos “contratos de obra y de servicios” (Ver Fundamentos y art. 1251 y ss.).

⁵⁰⁰ CNCom, sala E, 14/6/2012.

el fin de la convención o perjudicar excesivamente a la otra parte o, incurrir en abuso de derecho”⁵⁰¹.

En “COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. c/ SOFT CENTER S.A. s/ Ordinario”, la actora demandó por una suma de dinero afirmando que se había convenido con la accionada el desarrollo y la instalación de un programa de computación de propiedad de la demandada denominado “Algoliq”⁵⁰².

La sala comenzó por encuadrar el convenio celebrado entre las partes como una locación de obra en la que la obligación de las partes es de resultados.

Consideró el Tribunal que: “... Por aplicación del principio de confianza que cobra vital importancia en el marco de las relaciones jurídicas patrimoniales ...se impone a quienes participan en el tráfico el deber de honrar las expectativas despertadas en los demás en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la celebración del contrato como en su desarrollo y extinción, de modo que el principio cubre toda posibilidad contractual ... Se basa en un deber ético de no defraudar aquellas expectativas, pues son las palabras o actos de un sujeto determinado, los que determinan ese elemento espiritual con valoración jurídica que es la confianza (Rezzónico, ...)”.

Explicó la Alzada que el principio indicado al par de ser una regla de interpretación es también un criterio decisorio que hace primar el sentido objetivo de lo declarado.

Puso también de resalto que la demandada es una sociedad con alto grado de especialización en la materia y que su conducta resulta incompatible con el profesionalismo que corresponde exigirle en atención a las consecuencias que pueden derivarse de su actuar.

Es de hacer notar que la nota de la “profesionalidad” como agravante de la responsabilidad en caso de lesión a la confianza de la otra parte ha sido valorada por los tribunales en diferentes contratos, como los bancarios⁵⁰³, o los contratos de viaje⁵⁰⁴.

La “confianza” ha sido particularmente ponderada en los contratos de concesión. Así, por ejemplo, en autos: “AUTOMOTORES VALSECCHI S.A.C.I. C/AUTOLATINA ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ORDINARIO”, sentencia de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ No obstante, luego el Tribunal afirma que, en el caso concreto, la finalización del vínculo contractual entre actora y demandada ningún perjuicio le causó a Dihuel.

⁵⁰² Pronunciamiento del 16 de marzo de 2009. Integraron la sala los Dres. Ángel O. Sala, Miguel F. Bargalló y Bindo B. Caviglione Fraga; publicado en SJA 16/9/2009, Cita Online: 20090652; La actora afirmaba que la demandada había omitido consignar el plazo dentro del cual el sistema debía estar instalado y funcionando correctamente. Se quejaba que el sistema nunca llegó a funcionar adecuadamente, situación aceptada y reconocida por los técnicos de la demandada. La acción fue íntegramente resistida por Soft Center S.A. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada a pagar a Coca Cola Polar Argentina S.A. una suma de dinero. La Cámara, finalmente, rechazó los agravios.

⁵⁰³ CNCom, sala E, 12/8/2008, in re “De La Mano, Osvaldo Luis c/Citibank N.A. y otro s/sumario (94.438/2000 y 15.267/2001).

⁵⁰⁴ CNCom, sala B, 10/3/2008, en autos “Lorenzini de Martini, Luciana y otro c/Viajes Ati S.A. s/sumario”.

⁵⁰⁵ Cita Online: AR/JUR/64090/2009, fallo del 22 de diciembre de 2009. La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda. El juzgador tuvo por verificada una relación

La sala analiza la resolución del contrato dispuesta por la concedente. En el caso, la accionada apeló a esta causal -resolución por incumplimiento- para resolver el pacto en cuestión.

Subrayó el tribunal que la complejidad de este tipo de contratos de duración “comprensivo de un conjunto de obligaciones recíprocas, genera necesariamente entre ellas una maraña de intereses comunes que se interrelacionan, los que no pueden ser deshechos, sin que la parte fuerte, en este caso la concedente, agote la posibilidad de encarrilamiento de la vinculación por una senda normal y correcta, atendiendo a las condiciones del mercado existentes en la época. Seguir otra vía significaría transgredir la buena fe a través del abuso del derecho, lo que resulta inaceptable...”.

Es en ese tramo de la sentencia en el que el Tribunal afirma que el principio de confianza impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás. Se afirma que la premisa indicada es una regla de interpretación “... Pero también es un criterio decisorio que hace primar el sentido objetivo de lo declarado. La manifestación de voluntad debe comprenderse pues en el sentido que su destinatario, actuando de buena fe, podía razonablemente darle...”.

A la luz de tales premisas la sala analiza si la resolución de la relación comercial dispuesta por Ford fue lícitamente ejercida.

Considera que: “... lo que en un principio pareciera ser consecuencia de un hecho ajeno no imputable a las partes, fue ... agravado sustancialmente por el actuar de la concedente, que trajo aparejado claramente el ahogo financiero de la concesionaria accionante”⁵⁰⁶.

Se concluyó destacando la forma abusiva en que procedió la terminal.

Por último, cabe mencionar que en la “representación aparente” los tribunales han hecho también una proficua aplicación de la doctrina de la apariencia y de la confianza.

Un ejemplo de ello es el caso “Resonancia por Imágenes S.A. c. Centro Gallego de Buenos Aires Asoc. Mutual s/ordinario”⁵⁰⁷.

jurídica de concesión mantenida entre la actora y Ford, Volkswagen y Autolatina Argentina. Concluyó en que la relación debía tenerse por extinguida en fecha 7/8/1997, cuando la terminal manifestó mediante carta documento su voluntad rescisoria con sustento en diversos incumplimientos de la concesionaria. Estableció la indemnización por el lucro cesante en una suma de dinero, calculada sobre la base de la mejor utilidad neta de los últimos cinco años de concesión, y equivalente a un año, en tanto ese fue el plazo de preaviso que según estima el tribunal debió mediar para la desvinculación contractual. Finalmente, la Cámara admitió parcialmente los recursos, modificó la sentencia de primera instancia y condenó a Volkswagen, a Ford Argentina y a Plan Ovalo a pagar a la accionante los importes que surjan de los cálculos de los “márgenes comisionales por las ventas de ahorro previo cedidos a otra concesionaria” y “la indemnización por pérdida de concesión”.

⁵⁰⁶ La accionante afirmaba que las terminales trasladaron a la concesionaria los problemas derivados de una cantidad importante de productos en stock, mediante la implementación de un sistema denominado “Floor Plan”. El perito señaló, luego de explicar la mecánica de este plan, que el Consejo Consultivo de Concesionarios Ford objetó el sistema, al considerar que la tasa que ascendía al 15% anual “tiene una distorsión y no es un crédito”. Y además que “el concesionario no adquiriría ni podía disponer la unidad. Sin embargo debía pagar intereses...”.

⁵⁰⁷ CNCom, sala F, 1/12/2015, La Ley 22/3/2016, 4, con nota de Miguel Álvaro Romero; La Ley 2016-B, 308. Cita Online: AR/JUR/65220/2015. Resonancia por Imágenes S.A. promovió

La actora relató que en curso de la relación se le notificó que a partir del año 2003 las facturas por los servicios prestados debían emitirse a nombre de la Fundación Galicia Saude.

Pero la demandada adujo luego que la Fundación Galicia Saude jamás actuó en nombre y representación de CGBA sino que siempre realizó la gestión por sí misma, de modo autónomo.

Entendió la sala que Centro Gallego de Buenos Aires otorgó un mandato a Fundación Galicia Saude para llevar adelante la prestación de servicios de asistencia sanitaria. Tras diversas consideraciones el Tribunal tuvo por verificada una representación aparente⁵⁰⁸.

Con cita de doctrina, sostuvo que para que se configure la representación aparente debe existir por parte del representado una conducta que cree una expectativa jurídica; y por parte del tercero, una convicción de la existencia de la representación.

Sostuvo el tribunal que: "... La doctrina de la apariencia de derecho se refiere a la situación tal como de hecho se manifiesta a los terceros en un determinado momento: la situación creada por la apariencia resulta de circunstancias objetivas y tiene por efecto asimilar lo que aparece a lo que es. Naturalmente, la tutela de la confianza desaparece... en los casos en que el tercero se encuentre en situación de mala fe ... La teoría de la seguridad dinámica ha sido desarrollada por Demogue, tomando como punto de partida que la norma jurídica debe buscar la seguridad como una de las exigencias fundamentales de la vida social...".

Se explicó que tanto en la doctrina como en ciertas normas se tutela la buena fe y la legítima expectativa de quien tiene motivo a creer en la apariencia. Dijo el Tribunal: "...Se trata de una responsabilidad por la confianza, no en el ámbito de la teoría del negocio jurídico, sino como complemento de la responsabilidad derivada de los negocios jurídicos...".

demanda por cobro de pesos contra Centro Gallego de Buenos Aires, Asociación Mutual por una suma de dinero, intereses y costas. Contó que en diciembre del año 2002 se le notificó que a partir del 1 de enero de 2003 las facturas por los servicios prestados a sus afiliados debían emitirse a nombre de la Fundación Galicia Saude. Sostuvo que si bien la Fundación asumió la obligación de pago de los servicios prestados, en el año 2008 los pagos comenzaron a demorarse en forma injustificada. Manifestó que en un principio se trataba de pocos días pero que luego los retrasos llegaban a ser de hasta 180 días desde la emisión de las facturas. Centro Gallego de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda. Sostuvo que FGS jamás actuó en nombre y representación de CGBA sino que siempre realizó la gestión por sí misma y en forma autónoma. La Juez de primera instancia resolvió admitir parcialmente la demanda incoada por Resonancia por Imágenes. Ambas partes apelaron. El actor sostenía que el convenio que ligó al CGBA con FGS se trató de un contrato de gerenciamiento médico -asimilable a un mandato pero específico del ámbito de las prestaciones médico asistenciales-. Esa misma interpretación fue plasmada por la juez de primera instancia. El demandado sostenía que se verificó una "cesión de posición contractual". La Cámara consideró que el contrato de gestión sanitaria firmado por CGBA y FGS no podía ser calificado como un contrato de cesión de posición contractual. Y analizó el caso desde el contrato de mandato.

⁵⁰⁸ Es de hacer notar que la representación aparente está contemplada por el Código nuevo en el art. 367: "Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándole creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado poder suficiente...".

Consideró que: "... quien ha dado lugar o ha consentido una situación engañosa -en virtud de una situación jurídica aparente- aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia...".

En el caso, estimó que la demandada generó en el actor la buena fe creencia de que durante la vigencia de la gestión sanitaria se estaba contratando con CGBA por medio de interpósita persona.

Se concluyó condenando al Centro Gallego de Buenos Aires al pago de una suma de dinero, en los términos del art. 1930 del Código Civil.

4. EL DAÑO COMO LESIÓN A LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

Todo el Derecho de las obligaciones está lleno de expectativas, de intereses por cubrir. La propia naturaleza jurídica de los derechos personales nos lo recuerda. En efecto, el primer momento vital de las obligaciones se compone con la necesidad de cumplir la prestación, el deber de prestar que pesa sobre el deudor y, del lado del acreedor, con la expectativa de la satisfacción de su interés.

En las obligaciones convencionales no hay duda que esa expectativa del acreedor debe ser cubierta. El contrato -ley para las partes- obliga al deudor a cumplir la prestación y satisfacer, de ese modo, el interés del acreedor. Incluso, en caso de incumplimiento el acreedor dispone de las vías legales para obtener el cumplimiento forzado o, en última instancia, una indemnización de daños.

Mas en otros supuestos, especialmente en el terreno de la responsabilidad aquiliana, han surgido dudas acerca de si la lesión a determinados intereses simples o de hecho -no ilegítimos- constituyen un daño resarcible.

En realidad, casi todos los presupuestos de la responsabilidad han sufrido modificaciones durante el siglo pasado. Podría decirse que solo la relación de causalidad quedó a salvo. La antijuridicidad ha sido objeto de fuertes embates que cuestionaron ontológicamente su verdadero carácter de presupuesto de la responsabilidad hasta que finalmente pudo quedar de pie pero no pudo dejar de exhibir una verdadera metamorfosis: de una antijuridicidad típica y formal pasó a ser una antijuridicidad atípica y material. El factor de atribución también cambió de un modo nada desdeñable. Desde el principio general de la responsabilidad subjetiva hemos pasado a una responsabilidad que, en la mayoría de los casos, es objetiva. El nuevo Código es una prueba de ello.

Pero es en relación al daño donde queremos detenernos para señalar la evolución que termina por admitir que determinadas expectativas -no ilegítimas- merecen ser contempladas y atendidas por el Derecho.

En la posición clásica podemos recordar a Orgaz para quien la persona que sufre un perjuicio de hecho no resulta merecedora de un resarcimiento,

como sí, en cambio, aquella que experimenta un daño jurídico, esto es, la lesión de un derecho o de un bien personal contemplado por la norma⁵⁰⁹.

Esta postura tradicional ha sido objeto de serios cuestionamientos en los últimos cincuenta años en los que se fue advirtiendo un corrimiento de fronteras.

El caso de la concubina era uno de los que hacía pensar: frente al homicidio de su compañero, ¿podía negársele la indemnización del daño patrimonial pese a que su interés no se encontraba expresamente protegido?. La respuesta no tardó en madurar y el difundido Plenario de la Cámara Nacional Civil terminó respondiendo por la afirmativa, en tanto no medie impedimento de ligamen⁵¹⁰.

Mosset Iturraspe, tras recordar la opinión de Spota para quien: “Cuando se cree que sólo procede la reparación por daño causado a un derecho se olvida que la ley protege, en materia de responsabilidad aquiliana, la lesión a un interés y el ataque a aquello que no es elevado a la categoría de derecho subjetivo y que, sin embargo, lesionado injustamente, comporta reparación, tal como ...”, afirma: “La lesión a un interés, personal y directo ‘que no surge de una situación violatoria de una norma de orden público’, cuando asume la condición de daño cierto ‘implica el perjuicio a que se refiere un precepto de tanta latitud como lo constituye el artículo 1068 del Código Civil’...”⁵¹¹.

La privación de expectativas suficientemente estables y serias merece la protección del Derecho.

Estas ideas han sido recibidas expresamente por el art. 1737 del Código Civil y Comercial al establecer que hay daño “... cuando se lesiona... un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...”.

En suma, los intereses de hecho constitutivos de expectativas legítimas son merecedores de tutela jurídica, en tanto, se insiste, esas expectativas sean “legítimas”, esto es, no contrarias al ordenamiento jurídico.

Se advierte, pues, como desde el Derecho de Daños se ha avanzado decididamente hacia la protección de las “expectativas legítimas”.

5. DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD Y CONFIANZA

Hasta hace algunas décadas se debatía si la declaración unilateral de voluntad constituía, o no, una fuente autónoma de obligaciones.

En realidad, la doctrina sobre la voluntad unilateral es bastante lejana. Es debida a Siegel quien analizó la promesa pública ya en 1854 y luego a Kuntze al prologar una obra sobre títulos al portador, a los que atribuyó fundamento unilateral⁵¹².

Comoquiera que sea la figura fue aceptada por el Derecho argentino. El Código Civil y Comercial la recepta expresamente y la regula de modo

⁵⁰⁹ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, 1961, p. 24.

⁵¹⁰ Plenario del 4/4/1995, L.L. t. 1995-C, p. 642.

⁵¹¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, Tomo I, Parte General, pp. 255 a 257.

⁵¹² ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, parág. 1678, pág. 679.

sistemático, dedicándole cuatro Secciones: Disposiciones generales, Promesa pública de recompensa, Concurso público y Garantías unilaterales.

La regla general está contenida en el art. 1800 –Sección Primera- al disponer que “La declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible”.

Así, se recepta el principio de confianza al asignársele fuerza vinculante a la manifestación de voluntad contemplando el interés de las personas que pudieron abrigar expectativas legítimas y confianza en esa declaración.

Se regula la promesa pública de recompensa a partir del art. 1803 estableciéndose que: “El que mediante anuncios públicos promete recompensar ... queda obligado por esa promesa...”.

El Código prescribe que la promesa formulada sin plazo caduca dentro del plazo de seis meses (art. 1804).

El art. 1805 estatuye que si la promesa tiene plazo, sólo puede revocarse antes del vencimiento, con justa causa.

Así, al exigirse la expresión de causa y justificación, se protege –otra vez- la confianza.

Se regula el Concurso público a partir del art. 1807. La promesa de recompensa al vencedor requiere que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos. El dictamen del jurado obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente. Éste no puede exigir la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada si esa transmisión no fue prevista en las bases del concurso.

Finalmente, se disciplinan las Garantías unilaterales, a partir del art. 1810, y que constituyen –como expresan los Fundamentos- un “supuesto muy importante para la actividad comercial”.

6. CONCLUSIONES

En la actualidad, diversos textos legales (Código Civil y Comercial y distintas leyes de Derecho público, administrativo, etc.) receptan expresamente la “confianza” de un modo como no había sido contemplado en las normas anteriores.

La “confianza” o la “confianza legítima” no tenía antes una recepción normativa como la que se observa *expressis verbis* en leyes actuales del Derecho privado (y también del Derecho público).

Las raíces de la institución pueden hallarse en el Derecho privado, primero, asociada a la buena fe y al Principio de Confianza del Derecho de los contratos, y más recientemente, la confianza aparece otra vez tutelada en la conceptualización del daño como lesión a legítimas expectativas, a intereses fundados, no ilegítimos.

En términos generales puede afirmarse que el nuevo Código ha fortalecido la tutela de las expectativas legítimas, de la confianza de las personas humanas y de las empresas.

Con todo, ha de quedar bien en claro que no cualquier interés, no cualquier expectativa merece la tutela jurídica. Para merecer la protección del Derecho las expectativas han de ser serias, fundadas, razonables. Y, especialmente, "legítimas", es decir, no contrarias al ordenamiento jurídico.

La protección de las legítimas expectativas y de la confianza coadyuvan a un mejor desarrollo del tráfico tornándolo fluido, dinámico, seguro y transparente.

Esa seguridad y esa transparencia se ven seriamente resentidas con conductas inesperadas, abruptas, contradictorias, extrañas a los usos del tráfico.

En suma, el respeto a la palabra dada, a la apariencia y a las expectativas legítimas en las relaciones negociales constituyen los pilares de la seguridad jurídica y económica, y de un desarrollo económico firme y duradero.

PONENCIAS
INSTITUTO EN REGIÓN
NORDESTE

LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EMPRESAS PRIVADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

**Mirta Gladis Sotelo de Andreau
Luis Eduardo Rey Vázquez**

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 513

Un punto de conexión importante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es el relacionado a la personalidad jurídica y a las clasificaciones contenidas en los Cuerpos Normativos Civiles desde la sanción de la Ley 340 instaurando el Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield, sucesivamente reformado, y mantenido luego en el Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994, en vigor desde el 1° de agosto de 2015⁵¹⁴.

En un país federal como el argentino, el punto presenta aristas más que complejas, dado que el dictado de los Códigos de Fondo de Derecho Privado – Civil y Comercial, entre otros – constituye una atribución que las provincias han encomendado al Congreso de la Nación conforme establece el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, carta que establece además el deslinde de competencias entre Nación y Provincias y los poderes conservados por estas últimas, conforme art. 121 y ss., y a su vez les señala pautas acerca de cómo deben asegurar la autonomía de los Municipios en los arts. 5 y 123.

En esa distribución de materias, el Derecho Público – al menos en bloque – ha sido reservado por las Provincias, a quienes corresponde el dictado de normas de Derecho administrativo, entre las que se encuentran las relativas al establecimiento de personas jurídicas públicas, fuera de los que de modo expreso hubiesen sido conferidos a la Nación.

Por tal motivo, se ha señalado que el Código Civil – como ahora el Código Civil y Comercial – contienen numerosas normas de deslinde entre el Derecho Público y el Derecho Privado, regulando esta última al detalle, y dejando a las primeras a la Nación o a las Provincias según su respectiva esfera de competencia constitucional.

⁵¹³ Sobre el tema, ver REY VÁZQUEZ, Luis E., “Las personas jurídicas públicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, publicada en Hutchinson, Tomás y Rosatti, Horacio (Directores), *Revista de Derecho Público*, N° 2015-II, “El Derecho Público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – II”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, p. 183/231.

⁵¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014). Por Ley 27.077 (B.O. 19-12-2014) se estableció su entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015.

Una de esas instituciones limítrofes, aunque requerida de una visión sistémica⁵¹⁵, es justamente el de las personas jurídicas, que intentaremos analizar en este artículo, en especial luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, el que ha contribuido a la claridad de la temática.

Luego de analizar las clasificaciones de las personas jurídicas, y de señalar los “blancos” y los “negros”, nos ocuparemos del análisis detallado de los “grises”, es decir, de todas aquellas situaciones dudosas que perviven aún con el nuevo código, dejando al final algunos interrogantes que puedan servir de disparadores de la reflexión colectiva.

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS. PÚBLICAS Y PRIVADAS

1. *La regulación en el Código Civil de Vélez Sársfield (ley 340)*

En su redacción original, el Código de Vélez formulaba en su Art. 33 una distinción de personas jurídicas entre las que tuvieran una “existencia necesaria” o de una “existencia posible”, en este último caso como aquéllas creadas con un objeto conveniente al pueblo, e incluía a las siguientes: “1^a El Estado; 2^a Cada una de las Provincias federadas; 3^a Cada uno de sus municipios; 4^a La Iglesia; 5^a Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado”.

No obstante su modificación en el año 1968, la distinción a la que aludía - pero no regulaba - el Código en su redacción original, ha sido explicada por ROQUEL, sosteniendo que son de existencia posible “cuando el orden jurídico argentino puede funcionar sin ellas o, dicho de otra forma, cuando la existencia de esa categoría de personas no constituya un imperativo de la sociabilidad natural de la persona humana ni una condición *sine qua non* para la vigencia de un orden de justicia”. En caso contrario - agrega - “nos hallaremos ante una persona de existencia necesaria, indispensable para la vida en común de los argentinos y los extranjeros incorporados a nuestra comunidad de fortuna, o para el funcionamiento de nuestro sistema federal, como es indispensable la existencia misma del derecho”⁵¹⁶.

2. *La reforma de la Ley 17.711.*

⁵¹⁵ ROSATTI, Horacio, *Código Civil Comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía. El Código Civil desde el Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 12.

⁵¹⁶ ROQUEL, Rodolfo, *Personas. El hombre, el Estado, la Iglesia*, Moglia Ediciones, Corrientes, 2014, p. 145. El referido autor se enrola entre quienes niegan la categoría “persona pública no estatal”, conforme veremos más adelante, aún cuando asigna actualidad a la distinción entre personas de existencia necesaria y existencia posible, incluyendo entre las primeras - p. 146 - aparte del hombre, claro está, el Estado, las provincias, los municipios, la Iglesia Católica como personas con carácter público y los partidos políticos, las Iglesias no Católicas y los sindicatos entre las de carácter privado.

El Código Civil reformado en el año 1968, distinguió en su Art. 33⁵¹⁷ simplemente entre las personas jurídicas públicas y privadas, incluyéndose entre las primeras, 1° El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2° Las entidades autárquicas; 3° La Iglesia Católica.

Le asignaba carácter privado, a las siguientes: “1° Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2° Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”⁵¹⁸.

En su Art. 36, establecía el alcance de la actuación de los representantes legales de la persona jurídica, diciendo que “*Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios*”.

De dicho artículo, la jurisprudencia ha derivado el principio de continuidad jurídica de los actos de la persona jurídica – incluido el Estado y sus entidades – aun cuando cambien sus titulares en los diferentes cargos, en tanto actúen en el marco de sus competencias legales o estatutarias.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante al cuestionamiento del Poder extendido por un ex Fiscal de Estado a favor de los apoderados de la Provincia en una causa judicial, sostuvo su plena vigencia sobre la base que “... de conformidad con lo dispuesto por el art. 36 del Cód. Civil, los actos de los representantes legales de las personas jurídicas son reputados actos de éstas. Por ende, la sola circunstancia de que en la actualidad se haya modificado la persona física que desempeñaba el cargo de Fiscal de Estado, no lleva a concluir en la falta de vigencia de los actos válidos obrados por quien lo ejerció con anterioridad...”⁵¹⁹.

Es que más allá de las diferentes teorías que se han expuesto para justificar la existencia de la categoría “persona jurídica”, desde la ficción a la realidad, y dentro de ésta las negatorias y afirmativas, y a su vez las basadas en la voluntad, en el interés, y las formales⁵²⁰, ha terminado imponiéndose la “teoría

⁵¹⁷ Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711, B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.

⁵¹⁸ En su Art. 34 agregaba que son también personas jurídicas – aunque sin calificarlas como públicas de modo expreso – los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias o Municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.

⁵¹⁹ CSJN, causa “Municipalidad de Corrientes c. Banco Nación Argentina y otro” del 19/09/2002, *La Ley Litoral* 2003(mayo), 447, AR/JUR/472/2002, citando el criterio expuesto en la causa C.442.XXII. “Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c. Jujuy, Provincia de -Poder Ejecutivo- s/ ejecución fiscal”, sentencia del 19 de diciembre de 1989.

⁵²⁰ Entre muchos otros, puede verse REVIDATTI, Gustavo Adolfo, *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo 2, 1985, pp. 16-41; ROQUEL, Ricardo Rodolfo; GRANDO, José Horacio y REY, Luis María, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ediciones Moglia, Corrientes, 2009, pp. 69-81; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*. Estructura jurídica de la Administración, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1950, pp. 9-83; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La Persona Jurídica*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1984 (Reimpresión 1991), p. 261 y ss; FERRARA, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006;

del órgano”, expuesta originalmente por GIERKE, pero luego completada y mejorada por numerosos autores⁵²¹.

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha dicho que: “... entendiendo al órgano como un conjunto de atribuciones o competencias (órgano jurídico u órgano institucional) que luego será ejercido por una persona física determinada (órgano físico) cuyas manifestaciones de voluntad, omisiones y actuaciones, dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas, son imputadas al ente del que forman parte, resulta que la Municipalidad ... es quien debe soportar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas documentada del beneficio otorgado, independientemente de la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados en la operatoria...”, agregando que: “El Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas físicas constituyen los llamados “órganos personas” u “órganos individuales”. La voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forma parte. Además, las diversas competencias o funciones estatales están respectivamente asignadas a determinados organismos, los cuales tienen a su cargo determinada actividad. Estos organismos constituyen los llamados órganos institución...”⁵²².

Coincidentemente, ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera concordante: “... 5°) Que al respecto parece necesario recordar que todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) cuya voluntad vale como la voluntad del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia. Y, aunque no se pueda negar la subjetividad del órgano (es decir, su capacidad de ser sujeto y centro de relaciones inter-orgánicas), ella existe solamente dentro del ámbito de la personalidad del Estado, que es única y “la única que se refleja hacia el exterior de tal forma que no puede ser atacada por la limitada subjetividad de los órganos, pues ésta en ningún caso podrá ser considerada como verdadera y propia personalidad jurídica, ya que a este concepto debe dársele un contenido que se refleje hacia el exterior, frente a sujetos extraños, que falta en el caso de los órganos” (Alessi, Renato: “Instituciones de Derecho Administrativo”. Ed. Bosch. Barcelona, 1970. T° I, págs. 86 a 96, esp. 84)⁵²³.

GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Volumen primero, traducción de Luis Ortega, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 151 y ss.

⁵²¹ Al respecto, véase MÉNDEZ, Aparicio, *La Teoría del órgano*, Imprenta Rosgal, Montevideo, 1949, y en la 2ª Edición definitiva, Amalio Fernández, Montevideo, 1971; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 040-041, Enero-Marzo 1984, Civitas, Madrid, Sección Estudios, p. 43; BERTI, Giorgio, “La parábola de la Persona-Estado (y de sus órganos)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 294, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 11-25; ROMANO, Santi, *Fragments de un Diccionario Jurídico*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Comares, Granada, 2002, p. 189 y ss.

⁵²² Dict. N° 144/05, 27 de abril de 2005. Expte. N° 200159/97. Ex Secretaría de Desarrollo Social. (Dictámenes 253:144).

⁵²³ CSJN, I. 162. XXXVII. 14/12/2004. “Inadi c/ E.N. - M° Interior - dto. 957/01 - ley 25.453 s/ amparo ley 16.986”. Fallos 327:5571.

Por tal motivo, ha señalado el Alto Tribunal que: *“En principio, la administración pública no es responsable cuando el funcionario obra a título puramente personal, al margen de la función, y en exclusivo provecho propio”*⁵²⁴.

Está claro que lo actuado por el funcionario en calidad de órgano del Estado resultará imputable a este último, en la medida en que hubiese obrado dentro del marco de sus atribuciones⁵²⁵, debiendo necesariamente efectuar un análisis riguroso y pormenorizado de las normas jurídicas que establecen la competencia de los órganos y los procedimientos imperativos como para imputar los actos administrativos al ente público del que forman parte. De allí que la teoría del órgano también ha sido utilizada para fundar la responsabilidad estatal objetiva y directa por los hechos de los agentes, quienes actúan en calidad de órganos del Estado⁵²⁶.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, en la causa “Amiano”⁵²⁷, sostuvo que: *“La norma del art. 1112 del Cód. Civil es aplicable al supuesto en el cual se debate la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación, pues el Estado es responsable, principal y directo, de las consecuencias dañosas producidas por la actividad de sus órganos o funcionarios, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen”*.

Asimismo, la Corte Suprema argentina ratificó que *“... la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las*

⁵²⁴ Voto de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert, causa A. 308. XXXVI. “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”. 18/07/2002. Fallos 325:1787.

⁵²⁵ En tal sentido, señala MERTEHIKIAN, Eduardo, *La Responsabilidad Pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 54 y ss., en el punto c) La “Falta de Servicio” como criterio objetivo y la imputación directa a través de la “Teoría del Órgano”, que *“... la jurisprudencia de la Corte ha ido consolidando el criterio de la imputación objetiva y directa de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la caracterización de la “falta de servicio” como un criterio objetivo y de la aplicación de la “teoría del órgano”, como factor de atribución de las conductas (hechos, actos u omisiones) de sus agentes a la estructura estatal que integran, por formar parte de ella como un todo inescindible y cuyo hito culminante en el desarrollo de esa consolidación jurisprudencial se señala que se produjo en la causa “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización” (Fallos, 306:2030) ...”*.

⁵²⁶ CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030. Ver al respecto el Decreto PEN N° 196 del 10-02-2015 (B.O. 12-02-2015).

⁵²⁷ CNACAF, Sala IV, 07/10/1999, “Amiano, Marcelo E. y otro c. Ministerio de Justicia y otro”, voto del doctor Uslenghi. (*La Ley* 1999-F, 497, con nota de M. Claudia Caputi - DJ 2000-1, 644). El fallo fue luego revocado por la Corte Suprema, en Sentencia del 04-11-2003 (Fallos 326:4445), al considerar que el Síndico de un concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia que desarrolla su actividad en el proceso colectivo con autonomía y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional sin subordinación jerárquica, pero sin restar plausibilidad a los argumentos vertidos por la Cámara respecto de los “reales” órganos del Estado.

entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (ver considerando 61). Esta idea objetiva de la falta de servicio por hechos u omisiones encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros)...” (Considerando 8º)⁵²⁸.

3. El Código Civil y Comercial (Ley 26.994).

El flamante Código trata el tópico en el TÍTULO II “Persona jurídica”, CAPÍTULO 1 “Parte general”, SECCIÓN 1ª “Personalidad. Composición”.

Allí define a las personas jurídicas diciendo que son “...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” (Art. 141)⁵²⁹.

Luego en la SECCIÓN 2ª “Clasificación”, distingue a las personas jurídica diciendo que son públicas o privadas (Art. 145).

Reza el Art. 146.- “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas:

- a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b. los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c. la Iglesia Católica”.

⁵²⁸ CSJN, 17/08/2010, causa “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto” (Fallos 333:1404), recordando los precedentes “Mosca” (Fallos: 330:563) y “Zacarías” (Fallos: 321:1124).

No obstante, la temática de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios ha sido excluida de la regulación civil y comercial - Arts. 1.764 a 1.766 -, remitiendo a la Nación o a las Provincias el dictado de las leyes respectivas. Al momento, la Nación ha sancionado la Ley 26.944 (B.O. 08/08/2014), y han hecho lo propio las Provincias de Santa Cruz (Ley 3.396, B.O. 27/11/2014) y Chubut (Ley I-560/2015, B.O. 23/07/2015).

⁵²⁹ En los Artículos 142 a 144 se expone acerca de las personas jurídicas privadas, expresando lo siguiente:

“Art. 142.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla”.

“Art. 143.- Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

“Art. 144.- Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

Añade en el Art. 147.- “Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

Por su parte, en el Art 148 prescribe que “... Son personas jurídicas privadas: 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”⁵³⁰.

Amplía - respecto de estas últimas - la nómina de las que estuvieran incluidas en el Código anterior, aún cuando ya lo eran por sus leyes especiales - cooperativas, mutuales - y zanjando las dudas generadas en torno a algunas - consorcio de propiedad horizontal -, dejando no obstante abierta la enumeración a la inclusión de otras⁵³¹.

No se ha dotado de personalidad jurídica a los fideicomisos, ni a las sucesiones indivisas⁵³². No obstante, existen casos “grises”, como resulta el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional fue creado por la ley 24.855 como el instrumento central del Programa de Desarrollo Regional y Generación de Empleo, cuyo carácter extrapresupuestario queda determinado en el artículo 4° de la ley, encuadrándose dentro del Sector Público Nacional no Financiero, al cual el Máximo Tribunal ha considerado que “... es *“un sujeto de derecho público, federal y de carácter interjurisdiccional, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”*, debiendo interpretarse que la expresión *fiduciario atribuible al Banco de la Nación Argentina “se emplea en el sentido de mandatario y no como propietario imperfecto”*⁵³³.

⁵³⁰ En su Art. 150 agrega: “*Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”.

⁵³¹ Para ampliar las diferencias entre personas jurídicas públicas y privadas, remito al trabajo de BREWER CARÍAS, Allan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de los sujetos de derecho”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 17, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, pp. 15-29.

⁵³² NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 08-06-2015, pp. 1-5. Cree el autor - p. 3 - que “...esa omisión es correcta, pero también es cierto que se generan no pocos problemas y confusiones respecto de estas y otras realidades, cuando luego sí son considerados sujetos a los fines tributarios, dotados de su propia identificación. Resulta difícil sostener que “algo” sea sujeto de obligaciones (y, por ende, de derechos) sin ser persona”.

⁵³³ CSJN, 08/10/2013, “Provincia de La Pampa c. Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional s/ fondo fiduciario de infraestructura”, APJD 26/11/2013, Considerando 6°), donde agrega además: “*Sus objetivos consisten en asistir a las Provincias y al Estado Nacional, incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la financiación de obras de infraestructura económica y social tendientes a la utilización de mano de obra intensiva, la integración nacional, la disminución de los*

III. PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. ESTATALES Y NO ESTATALES

1. *Personas Públicas Estatales*

Las personas públicas estatales incluidas en el nuevo código coinciden con las que ya estuvieran plasmadas en el cuerpo civil anterior, siendo novedosa la inclusión expresa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a su respecto podemos señalar que tienen en común la circunstancia de que su personalidad no proviene del código civil y comercial, sino que éste simplemente la reconoce, pues aquélla proviene de otras fuentes⁵³⁴.

En efecto, el Estado Nacional reconoce su personalidad de la Constitución Nacional, al igual que las Provincias⁵³⁵, las que también dictan sus Constituciones Provinciales, donde reconocen la personalidad de los municipios⁵³⁶. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es consecuencia de la reforma constitucional de 1994, cuyo status jurídico se asienta en el art. 129 de la Constitución Nacional⁵³⁷.

desequilibrios socioeconómicos, el desarrollo regional y el intercambio comercial. El financiamiento se distribuye en partes iguales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las veintitrés Provincias; los cupos provinciales se asignan conforme los determinados en la ley 23.548”.

⁵³⁴ En tal sentido, se ha sostenido que “... La inclusión en este artículo de las personas jurídicas públicas se hace a un fin meramente descriptivo, ya que la personalidad de estas entidades resulta de las respectivas disposiciones de derecho público...” (RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T° 1, Artículos 1 a 400, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 406). Agregan dichos autores que “...En los fundamentos del Proyecto se justifica la mención de las personas jurídicas públicas por la tradición que en tal sentido existe en el Código Civil y por cuanto en otras partes del nuevo Código se hacen diversas referencias a ellas, principalmente al Estado nacional, las provincias y los municipios”.

⁵³⁵ HERRERA, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Infojus, Buenos Aires, 1ª Edición, 2015. Sostienen al respecto que “... La personería jurídica del Estado nacional surge de los arts. 1º, 9º, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativas que suponen su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 6º, 31, 121 a 127 CN). Por su parte, el municipio es un organismo político de raíz constitucional cuya creación la Carta Magna impone a las provincias (art. 5º CN). Lo propio ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN)...”

⁵³⁶ En el caso de la Constitución de la Provincia de Corrientes (2007), establece en su Artículo 216: “Esta Constitución reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional. Su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso. Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local”.

⁵³⁷ Para un análisis de la Personalidad del Estado, en una perspectiva clásica, remito al libro de ORLANDO, Víctor Manuel, *La Personalidad del Estado*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925; desde una visión moderna, remito a SOTELO DE ANDREAU, M.G., *Estado, Derecho, Administración, Estrategias*, Talleres Gráficos del Nordeste Impresora, Resistencia, 1997.

Las entidades autárquicas constituyen la forma más pura de la descentralización⁵³⁸, pero en ésta cabe incluir también a las Empresas del Estado regidas por Ley 13.653⁵³⁹ y a las Sociedades del Estado⁵⁴⁰, regidas por Ley 20.705⁵⁴¹.

Cabe incluir a las Universidades Nacionales, que además de autárquicas son autónomas, a partir de la interpretación efectuada por el Alto Tribunal⁵⁴² y la PTN⁵⁴³, con base en lo establecido en la Constitución Nacional⁵⁴⁴ y la Ley 24.521⁵⁴⁵, lo que supone la ruptura del control tutelar del Poder Ejecutivo, y la inaplicabilidad del régimen de resolución de diferendos interadministrativos previsto en la Ley 19.983⁵⁴⁶, pudiendo litigar ante la justicia federal con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas.

Según un criterio de distinción, las personas jurídicas públicas son aquellas cuya existencia y funcionamiento dependen del derecho público, aunque parte de su actividad esté regulada por el derecho privado, mientras que las personas jurídicas privadas serían aquellas que tienen reglamentada su existencia y sus actividades por el derecho privado, aunque dependan de una autorización estatal para funcionar⁵⁴⁷.

NAVARRO FLORIA destaca - en punto al art. 146 inc. a) - que "... La frase final ("las demás organizaciones...") es una enunciación abierta y oportuna. Al

⁵³⁸ La PTN las ha definido diciendo que: "*La autarquía es la forma más clásica de descentralización administrativa que implica el desprendimiento de una actividad del Estado al tronco común y, para atenderla, se constituye una entidad separada, con ley, autoridades, poderes y responsabilidades propias. En ella, desaparece la relación de dependencia jerárquica con el órgano central, la que es reemplazada por el control administrativo, un control de tutela*" [Dict. N° 254/03, 28 de abril de 2003. Expte. N° S01-0219124/02. Ministerio de Economía. (Dictámenes 245:174)].

⁵³⁹ T.O. por Decreto 4053/1955, B.O. 31-10-1949, DJA LEY ADM-0355. Para profundizar el tema de las Empresas del Estado, en el régimen Argentino, remito al excelente trabajo de GORDILLO, Agustín, *Empresas del Estado*, Macchi, Buenos Aires, 1966, hoy incluido en *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, T° 11, 1ª Edición, Buenos Aires, 2015, pp. 359-483. Comparar con el sistema francés, en WALINE, Marcel, "El régimen jurídico de las empresas del Estado en Francia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires*, año X, N° 12, Buenos Aires, enero-abril 1955, pp. 17-30. Y con el sistema español, ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2008.

⁵⁴⁰ Respecto de éstas, ha dicho la PTN que "*Las sociedades del Estado conformadas con un capital enteramente estatal constituyen una especie de descentralización administrativa en la que, al margen de la actividad propia que desarrolle, se encuentra comprometido el interés del Estado Nacional* (conf. Dict. 241:242) [Dict. N° 274/07, 2 de octubre de 2007. Expte. N° 31/06. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 263:8)].

⁵⁴¹ B.O. 26/08/1974, DJA LEY ADM-1013.

⁵⁴² CSJN, 24-04-2003, "Univesidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco Nación Argentina s/ daños y perjuicios", Fallos 326:1355.

⁵⁴³ Dict. N° 144/04, 27 de abril de 2004. Anteproyecto de Convenio entre Procuración del Tesoro de la Nación y Consejo Interuniversitario Nacional. (Dictámenes 249:74).

⁵⁴⁴ Art. 75 inc. 19.

⁵⁴⁵ B.O. 10/08/1995, DJA LEY AED-2019.

⁵⁴⁶ B.O. 05/12/1972, DJA LEY ADM-0914.

⁵⁴⁷ RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 406.

fin y al cabo, el Código Civil no es más que una ley y, por tanto, es razonable que contemple que otras leyes pueden crear personas jurídicas públicas”⁵⁴⁸.

Respecto a la Iglesia Católica, expresa el autor citado que “... mantiene su reconocimiento como persona jurídica pública, algo que es una exigencia de la misma Constitución Nacional. Por lo demás, la Iglesia viene gozando de esa calidad en forma indiscutida desde antes de la misma organización nacional, lo que constituye un verdadero derecho adquirido. Hay que advertir que bajo el rótulo “Iglesia Católica” no hay una única persona jurídica, sino una vasta red de entidades que, en su conjunto, no dejan, sin embargo, de conformar una única Iglesia que tiene como cabeza visible a la Santa Sede. Esta, a su vez, es sujeto del derecho internacional y, por tanto, incluida en la previsión del inciso anterior (pero no las restantes personas jurídicas canónicas, que son las que sí caben en este inciso específico)...”⁵⁴⁹

Puntualiza además que “... La jurisprudencia constante de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, lo mismo que la jurisprudencia administrativa y múltiples leyes y decretos, han reconocido la calidad de persona jurídica a cada una de las diócesis o circunscripciones territoriales o personales equivalentes según el derecho canónico (prelaturas, prelaturas personales, eparquías, exarcados, obispado castrense, etc.); a cada una de las parroquias, y a cada una de las personas que, según el derecho canónico, son personas jurídicas públicas (seminarios, cabildos, la Conferencia Episcopal, etc.). También lo son los Institutos de Vida Consagrada (órdenes y congregaciones) y sociedades de vida apostólica, que tienen reconocimiento específico por la ley E-1998 (ex ley 24.483)”⁵⁵⁰.

Tenemos entonces que, cuando el Art. 147 del CCC remite en punto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución, debe entenderse – según el tipo de persona enunciada – a las siguientes normas:

- a) a la Constitución Nacional, las constituciones provinciales, el derecho administrativo y el derecho público provincial, o las leyes específicas de creación, en el caso de las personas del art. 146, inc. a);
 - b) al derecho internacional público, o el derecho constitucional o público extranjero, según sea el caso, cuando se trata de las personas del art. 146, inc. b),
- y

⁵⁴⁸ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas ...”, p. 2. Destaca el autor que “Entre las personas jurídicas públicas que han quedado sin mencionar y hay que incluir dentro de esa mención genérica están los partidos políticos, los colegios profesionales, los sindicatos, las empresas del Estado, las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, CN), las obras sociales, etcétera”. Luego, agrega que “Entre las personas jurídicas públicas estatales, el CCC ha omitido mencionar a las regiones, cuya creación por acuerdo entre provincias está expresamente prevista en el art. 124 de la Constitución reformada en 1994”.

⁵⁴⁹ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 2.

⁵⁵⁰ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 2.

c) al derecho canónico, en el caso de la Iglesia Católica, de conformidad con la interpretación que ha dado la Corte Suprema al art. I del Acuerdo de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, en el caso "Lastra"⁵⁵¹.

Respecto a los "estados extranjeros", se ha sostenido con acierto que debe entenderse comprensiva de los estados provincial y municipal. Por su parte, la referencia a "las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter", contempla, según los redactores de nuevo Código, el caso de las empresas del Estado y a las denominadas "personas jurídicas públicas no estatales regidas por leyes especiales", como ser los partidos políticos, las asociaciones sindicales, obras sociales, entidades como los colegios de profesionales con gobierno de la matrícula o facultades disciplinarias especiales, cajas especiales de jubilaciones, etc. En tanto que la mención a "toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable" alude a las organizaciones internacionales, supranacionales o regionales, como la Organización de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, la Cruz Roja Internacional, la Organización Mundial de la Salud, entre otros⁵⁵².

2. -Personas Públicas No Estatales.

Un tema situado en los confines del Derecho Administrativo, es el relativo a la categoría de las personas jurídicas públicas no estatales, de factura doctrinaria atribuida a Enrique Sayagués Laso⁵⁵³, con cierta resistencia por algunos autores (BARRA⁵⁵⁴, CANOSA⁵⁵⁵, HUTCHINSON⁵⁵⁶, ROQUEL⁵⁵⁷) con distintos

⁵⁵¹ NAVARRO FLORIA, Juan G., "Las personas jurídicas...", p. 2, citando aquí lo resuelto por el Alto Tribunal en "Lastra c. Obispado de Venado Tuerto", ED, 145-495. Fallos 314:1324. Dijo allí la Corte que la norma del art. I de ese Acuerdo (ley 17.032, ahora J-0640) "implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico".

⁵⁵² RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 407.

⁵⁵³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Año X, 3ª Época, N° 44, Santa Fe, 1945, pp. 5-41; luego incluido en su *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Fundación de Cultura Uruguaya, Montevideo, 8ª edición puesta al día a 2002 por Daniel H. Martins, p. 163 y ss.

⁵⁵⁴ BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 237, para quien las personas no estatales son privadas, aún cuando ciertas entidades "intermedias" realicen actividades de cogestión o autogestión-administrativa, operándose respecto de ellas una "delegación transestructural de cometidos" (p. 246). Mantiene la posición en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

⁵⁵⁵ CANOSA, Armando, "Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales", en *El Derecho*, Tomo 152, pp. 232/241; y en su *Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos*, Astrea - Ediciones RAP, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2014, p. 267.

⁵⁵⁶ HUTCHINSON, Tomás, "Apuntes acerca de los colegios profesionales previstos en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires", en AA VV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, pp. 359/373; y antes en su obra *Las corporaciones profesionales*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. 35.

⁵⁵⁷ ROQUEL, Rodolfo, *Personas. El hombre, el Estado, la Iglesia*, Moglia Ediciones, Corrientes, 2014, p. 144, donde expresa que la categoría jurídica analizada "... no condice con nuestra Constitución Nacional ni con nuestro sistema federal. Por influencia de Sayagués Laso,

fundamentos, pero admitidas por la doctrina mayoritaria (siendo sus principales referentes nacionales MARIENHOFF⁵⁵⁸, LINARES⁵⁵⁹, CASSAGNE⁵⁶⁰, COMADIRA⁵⁶¹ y GORDILLO⁵⁶²) y - lo que es más relevante - por la legislación positiva, que amén de las normas específicas que así las conciben, el nuevo Código Civil y Comercial las contempla de manera implícita cuando en el art. 146 inciso a) *in fine* expresa “y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”.

Tales entidades, creadas por el legislador como públicas, aunque sin encuadrarlas en la organización administrativa del Estado, se caracterizan por la aplicación prevalente del Derecho privado, quedando el Derecho Administrativo reservado para todo lo atinente a las prerrogativas públicas que hubiesen sido atribuidas por el legislador en el acto de creación.

2.1. Criterios para diferenciar personas públicas estatales y no estatales

Siguiendo a COMADIRA y ESCOLA⁵⁶³, los criterios propuestos para diferenciar a una y otra clase de personas jurídicas públicas, son los siguientes:

2.1.1. *Sistema de la satisfacción de fines específicos del Estado.*

Según este criterio, son personas jurídicas públicas estatales aquellas que tienen como objetivo la satisfacción de fines específicos del Estado, es decir, propios de éste, mientras que son personas jurídicas públicas no estatales las que no persiguen el logro de finalidades específicas del Estado, aún cuando las que pretenden alcanzar sean de interés general.

Ejemplifican con entidades públicas que desarrollan actividades de tipo comercial o industrial, aunque el propio Estado crea diversos tipos de entidades públicas que cumplen cometidos de esa clase, con lo cual el distingo puede no parecer tan claro y estricto.

2.1.2. *Sistema que atiende al origen del capital de la entidad.*

Para quienes propugnan este sistema, la nota que permite diferenciar y clasificar a una persona jurídica pública como estatal o no estatal es el origen y la composición de su capital. Si éste pertenece o ha sido suministrado íntegramente por el Estado, la entidad es estatal; si el capital pertenece o ha sido suministrado total o parcialmente por personas privadas, la entidad es no

tratadista uruguayo que tenía a la vista un Estado unitario, ha sido incorporada a la terminología legislativa y doctrinaria argentina, pero esas personas, generalmente Colegios o Consejos Profesionales, son en realidad personas de interés público, es decir, personas de derecho privado a las cuales las leyes les otorgan ciertas potestades exorbitantes (p. ej., gobierno de la matrícula, disciplina de la profesión, etc.) y les imponen determinadas limitaciones propias del derecho público, como el control administrativo y judicial específico. En el derecho argentino la única persona colectiva pública no estatal es la Iglesia Católica...”.

⁵⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 1995, t. I, p. 376 y ss.

⁵⁵⁹ LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 214 y ss.

⁵⁶⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, p. 195 y ss.

⁵⁶¹ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 198 y ss.

⁵⁶² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Tº I, 1ª Edición, Buenos Aires, 2013, p. XIV-18 y ss.

⁵⁶³ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 198 y ss.

estatal. Se ha señalado, con razón, que este sistema no suministra un criterio de diferenciación cierto, ya que una u otra forma de integración del capital – total o parcialmente proveniente del Estado o aun totalmente proveniente de personas privadas- puede darse tanto en el caso de personas jurídicas públicas estatales o no estatales, citándose, en apoyo de esta objeción, la situación de las Cajas Nacionales de Previsión, en el régimen de la ley 17.575.

2.1.3. *Sistema que atiende al encuadramiento orgánico de la entidad.*

Finalmente, se ha sostenido que una persona jurídica pública es estatal cuando pertenece y está incluida dentro de los cuadros que componen la administración pública, siendo no estatal en el caso contrario. Este criterio no aparece, tampoco, como suficientemente claro y categórico, máxime si se recuerda que en muchos supuestos no es fácil concluir si una entidad determinada está o no incluida realmente en la administración pública, sin perjuicio de que pueda estar o no incluida en los cuadros orgánicos de ésta.

Todo lo dicho pone de manifiesto que la diferenciación de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales, no obstante aparecer como atrayente y fundada, es en realidad bastante confusa, máxime si se considera que los criterios puntualizados para distinguir una y otra clase de entidades se superponen o coinciden, en gran parte, con los que se aplican para diferenciar las personas jurídicas públicas de las privadas.

2.2. Caracterización de las personas públicas no estatales.

Se ha sostenido⁵⁶⁴ que las personas jurídicas públicas no estatales presentan los siguientes caracteres:

- a) generalmente, aunque no siempre, su creación resulta de la ley;
- b) persiguen fines de interés público (aunque no son fines específicos del Estado);
- c) pueden gozar, en principio, de ciertas prerrogativas de poder público (como ocurre con la obligación para las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio);
- d) el Estado ejerce sobre ellas y su actividad un contralor intenso;
- e) su capital y sus recursos provienen, principalmente y por lo general, de aportaciones directas o indirectas de las personas que están afiliadas o incorporadas a ellas;
- f) las personas que se desempeñan en esas entidades no son agentes públicos;
- g) sus decisiones y resoluciones no son actos administrativos, aún cuando tales entidades puedan estar sometidas, con mayor o menor preponderancia, al derecho público⁵⁶⁵.

Sobre el tópico, la Corte Suprema ha calificado al Colegio Público de Abogados de Capital Federal como ente público no estatal, y a sus actos le ha asignado

⁵⁶⁴ Sigo aquí a CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, pp. 199-200; de modo similar, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 199 y ss.

⁵⁶⁵ Refiere CASSAGNE - *Curso...*, p. 200 - haber sostenido en anteriores ediciones dicha postura, no obstante la jurisprudencia de la Corte Suprema - Fallos 315:1830 - ha sostenido la condición de actos administrativos de los emanados de los colegios profesionales, pudiendo aplicarse supletoriamente la Ley 19.549.

carácter administrativos, resultando aplicable la ley 19.549 de procedimientos administrativos⁵⁶⁶, expresando que:

“El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (art. 17 de la ley 23.187)”.

“El Colegio Público de Abogados no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste, por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado por la existencia de las personas jurídicas públicas no estatales, además, en las causas “Farmacia Roca”⁵⁶⁷, “Ferrari”⁵⁶⁸, y “Apoderados del Partido Liberal”⁵⁶⁹, entre otras.

La elaboración doctrinaria que distingue dentro de las personas jurídicas públicas, entre personas estatales y no estatales, vimos que pertenece al jurista uruguayo Enrique SAYAGUÉS LASO, quien sostuviera la existencia de *“otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público”*⁵⁷⁰.

Aun cuando algunas legislaciones provinciales califican a los Colegios Profesionales que controlan la matrícula y ejercen el poder de imperio como “personas privadas”, la Corte Suprema ha descalificado la naturaleza literalmente asignada por el legislador, expresando al respecto que: *“La calificación de “persona jurídica de derecho privado” que se atribuye a los Colegios organizados por la ley 3950 de Santa Fe no es apropiada en cuanto se pretende derivar de ello que, siendo el poder de policía irrenunciable para el Estado, no puede delegarse en*

⁵⁶⁶ Ambas cuestiones resueltas en la causa Competencia N° 360. XXIV.; Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ cobro de sumas de dinero - sumario. 01/09/1992. Fallos 315:1830. Han comentado dicho fallo MONTI, Laura M.; MURATORIO, Jorge I., “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 517-531; y CANOSA, Armando, “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en *El Derecho*, Tomo 152, pp. 232/241.

⁵⁶⁷ CSJN, 28/02/1989, “Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso - administrativo”, Fallos: 312:234.

⁵⁶⁸ CSJN, 1986, “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Nación Argentina” (PEN).”, Fallos: 308:987.

⁵⁶⁹ CSJN, 14/10/1999, “Apoderados Partido Liberal, Todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal - Partido Demócrata Progresista s/ Impugnan candidaturas a cargos electivos nacionales s/ su solicitud de avocamiento directo”, Fallos: 322:2424.

⁵⁷⁰ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Montevideo, 1953, citado por ECHEN, Diego Emilio, “Naturaleza jurídica de los actos emanados de los colegios y/o consejos profesionales”, *ElDial.com*, Suplemento Administrativo, 10-08-2007; también publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 422, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 107-139.

entes privados. Lo que define la naturaleza jurídica de una institución son los elementos que la constituyen y las facultades que le otorga la ley, cualquiera sea el nombre que el legislador o los particulares le atribuyen. Los Colegios creados por la ley 3950 de Santa Fe, por sus funciones y fines de utilidad pública, son organismos integrantes de la gestión gubernativa provincial, dotados por la ley de ciertas prerrogativas de poder de imperio. No existe, así, delegación de funciones de policía sino asignación de algunas de ellas a los organismos encargados de atenderlas⁵⁷¹.

En cuanto a los fundamentos que sustentan la creación de tales entes, sostuvo la Corte en la causa referida en el párrafo precedente que: *“La descentralización del ejercicio de las funciones de gobierno ha sido impuesta, en el caso de las profesiones liberales, por el desmesurado crecimiento del número de diplomados cuya actividad está sujeta al “control” directo del Estado. Para el desempeño de esta función de policía se ha preferido atribuir el gobierno de las profesiones a sus miembros y no crear nuevos y numerosos organismos administrativos. Son aquéllos quienes están en mejores condiciones para ejercer la vigilancia permanente e inmediata, porque están directamente interesados en mantener el prestigio de la profesión y se les reconoce autoridad para vigilar la conducta ética en el ejercicio de la misma”*⁵⁷².

Respecto del dictado o no de actos administrativos por parte de los entes públicos no estatales, IVANEGA acepta –partiendo de la función administrativa y teniendo en cuenta que el acto administrativo es una de las formas de ejercerla- la posición que admite que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa, por lo cual, si las entidades públicas no estatales ejercen dicha función, los actos dictados en consecuencia son administrativos. Al contar con cierto poder público delegado para actuar por el propio Estado y con su potestad, sería contradecir la realidad si se les negara a esos actos ese carácter⁵⁷³.

En análogo sentido se pronuncia ALTAMIRA GIGENA⁵⁷⁴, quien además cita que *“... en la otra corriente – en la que me encuentro enrolado- se inclina por una postura abierta, es decir, por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales, y podemos citar entre los autores, a distinguidos administrativistas españoles: Jesús González Pérez, Fernando Garrido Falla, José García Trevijano Fos, como argentinos, entre los cuales puedo citar: Agustín Gordillo, Julio Rodolfo Comadira, Tomás Hutchinson, y Miriam M. Ivanega entre otros...”*. Y agrega: *“... Digo que las personas jurídicas públicas no estatales dictan actos administrativos cuando emiten decisiones en ejercicio de la función administrativa por mandato legal, como lo hacen por ejemplo los Colegios Profesionales al otorgar o cancelar las matrículas, al aplicar sanciones a sus afiliados en virtud de la potestad sancionatoria que por ley se les ha acordado, etc.- En esta línea de pensamiento, citando a Sesín,*

⁵⁷¹ Corte Sup. 1957, Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción /Santa Fe v. Sialle, Mario. Fallos 237:397, Lexis N° 6/15074.

⁵⁷² Lexis N° 6/15071.

⁵⁷³ IVANEGA, Miriam M., “Actos Administrativos de Entes Públicos No Estatales”, en *Acto Administrativo y Reglamento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2002, Buenos Aires, pp. 403-415.

⁵⁷⁴ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, “Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina), <http://www.acader.unc.edu.ar>, y en LLC 2004 (agosto), 659.

sostiene que: “Cuando un Órgano estatal, no estatal o simplemente privado ejerce la función administrativa, en virtud de un poder concedido por el Estado, es indudable que puede dictar actos administrativos, quedando consecuentemente sujeto a sus principios y plexo normativo aplicable...”.

En la Provincia de Corrientes, amén de la caracterización efectuada por el Decreto Ley 119/01 como “Colegio Público”, la Ley 3.460⁵⁷⁵ de Procedimientos Administrativos ha definido su ámbito de aplicación comprensivo de los entes públicos estatales, e incluso de las personas privadas que, por delegación estatal, ejerzan función administrativa, en sus artículos 2º y 3º.⁵⁷⁶

Comentando dichas normas, REVIDATTI y SASSÓN⁵⁷⁷ sostienen que dicha ley “... extiende su alcance “a las personas públicas no estatales”: Colegios profesionales, Sindicatos, etc.”, y a las privadas si actúan en función administrativa por delegación...”⁵⁷⁸, agregando que “... No hay razón de orden lógico-jurídico que permita aceptar que ... sujetos privados, que ejercen determinadas potestades públicas, por hallarse comprometido el interés público, y por existir delegación legislativa, las efectúen con mayor amplitud que la Provincia delegante, quedando fuera de control. Por el contrario, deben estar fiscalizadas aún más rigurosamente, cuando no emanan de la decisión soberana del electorado provincial, sino que representan intereses sectoriales, lo cual por lo tanto, obliga más, a una plena regulación y a un acabado control...”. Puntualizan luego que: “... los casos más típicos de la actual legislación, son los Colegios Profesionales, particularmente los de Escribanos y los de “Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura”, que tienen claramente delegación de prerrogativas públicas” (a los que se sumara posteriormente el Colegio Público de Abogados)⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ B.O. 30/01/1979.

⁵⁷⁶ Así prescribe que: “Esta Ley regirá la actividad administrativa, del Estado, con excepción de aquella que tenga régimen establecido por ley especial, en cuyo caso aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria” (art. 1º); agregando que: “Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, que lo impida la naturaleza del entero de su actividad (art. 2º). En su Artículo 3 agrega que: “Se presume regida por el derecho público, toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y las demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surjan en forma indudable del tipo de función ejercida”.

⁵⁷⁷ REVIDATTI, Gustavo A., y SASSÓN, José, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes - Ley 3460 - Comentada*, Cicero, Corrientes, 1987, p. 8.

⁵⁷⁸ Ha concebido como persona privada con prerrogativas públicas a un Colegio Profesional, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, en autos: “Paladini, Ricardo Alfredo C/ Consejo Profesional de la Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura s/ Amparo”, Expte. 97347/13, Marzo de 2014. En el voto de la Dra. Billinghurst de Brown, se cita la opinión de BARRA, así como lo resuelto por la CSJN en autos: “Schirato, Gino c. Gobierno nacional -Ministerio de Cultura y Educación- y otra”, 15/04/1982, Fallos 304:490.

⁵⁷⁹ En el Título VI “Actos Objeto de Regulación”, Sección I, Enumeración General, la Ley 3460 prescribe en su Artículo 87: “Las disposiciones de esta ley, se aplicarán a la declaración unilateral del órgano estatal obrando en función administrativa, destinada a producir consecuencias jurídicas

Con acierto, ha señalado la jurisprudencia que: “Los colegios profesionales - asociaciones de individuos que gestionan intereses profesionales o económico-sociales- son personas públicas no estatales y ocupan un lugar preponderante en cuanto son personas jurídicas que por disposición estatal han tomado a su cargo todo lo atinente al gobierno y contralor de sus incumbencias; resulta imposible otorgar en forma incondicional atribuciones jurisdiccionales a órganos administrativos, carentes del pertinente encastre judicial de contralor, a fin de evitar que ellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sin la factibilidad de revisión ulterior, lo que contraría el art. 18, CN.”⁵⁸⁰.

Siendo actos administrativos los emanados de los colegios profesionales, cabe a su respecto un control judicial suficiente, en los términos del precedente “Fernández Arias”⁵⁸¹.

2.3. Algunas personas públicas no estatales

A continuación enunciaremos las distintas entidades comprendidas en la categorización, a efectos de reparar que ocupan un sector importante de la sociedad, y cumplen numerosas actuaciones que quedan reguladas por el Derecho Administrativo.

Algunas entidades incluidas en la categoría de personas públicas no estatales, tanto en el orden nacional como provincial, son las siguientes:

- a) La Iglesia Católica (única persona pública no estatal plasmada tanto en el Código Civil, art. 33, inc. 3°, como en el actual CCC en el art. 146 inc. c);
- b) Las obras sociales regidas ley 23.660⁵⁸²; y las obras sociales universitarias regidas por Ley 24.741⁵⁸³ y en especial, el INSSJP-PAMI⁵⁸⁴, creado por Ley 19.032⁵⁸⁵ y su modificatoria Ley 25.615⁵⁸⁶;
- c) Las sociedades de economía mixta regidas por Decreto-Ley 15349/1946⁵⁸⁷, ratificado por Ley 12.962⁵⁸⁸;

individuales en forma directa y al que, en ella, se llama "acto administrativo ejecutorio", "acto ejecutorio" o "acto" indistintamente. Comprende a los decretos y resoluciones de contenido particular y demás actos mediante los cuales se ejerce igual función”; agregando en su Artículo 90: “La actuación de personas no estatales a que se refiere el artículo 2 que tengan las características de los actos mencionados en el art. 87, quedan sujetos a la regulación de esta ley...”, debiendo por ende reunir la totalidad de los requisitos esenciales previstos por la ley” (conf art. 91).

⁵⁸⁰ SUP. CORTE BS. AS., 22/12/2008 - Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires v. M., M. H., -del voto del Dr. Genoud-. JA / Jurisprudencia Anotada, 20 de mayo de 2009, Lexis N° 70050642, Nota de Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI y Douglas H. LYALL, “Los recursos directos en la provincia de Buenos Aires”.

⁵⁸¹ CSJN, 19-09-1960 - “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José s.Suc.”, Fallos 247:646.

Al respecto, recomiendo los trabajos de HALPERIN, David A., “Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 87, AbeledoPerrot, 2013, p. 747, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/860/2013; y GOLDFARB, Mauricio, “Revisión judicial de actos del Colegio Público de Abogados”, *El Derecho Administrativo*, [2015] - (30/04/2015, nro 13.718), pp. 4-6.

⁵⁸² B.O. 20/01/1989, DJA LEY Y-1603.

⁵⁸³ B.O. 23/12/1996, DJA LEY Y-2139.

⁵⁸⁴ Ver al respecto SERRANO, Gustavo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 461, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/3134/2012.

⁵⁸⁵ B.O. 28-05-1971, DJA LEY Y-0819.

⁵⁸⁶ B.O. 23/07/2002.

⁵⁸⁷ B.O. 25/06/1946.

- d) Los Colegios Profesionales (ejemplo, Colegio Público de Abogados de Corrientes, según Decreto Ley N° 119/01⁵⁸⁹);
- e) Las Cajas de Previsión Social de Profesionales (ejemplo, la Caja Forense de la Provincia del Chaco según Ley 5.351⁵⁹⁰);
- f) Algunos Sindicatos como el Instituto de Estadística y Registro de la Construcción (IERIC), conforme Decreto 1.309/96⁵⁹¹;
- g) Los Consorcios Camineros, como el caso de la Provincia del Chaco conforme Ley 3.565⁵⁹²;
- h) Los Consorcios de Gestión Portuaria mentados en la Ley 24.093⁵⁹³ (art. 12), en función de la cual se crearon en la Provincia de Buenos Aires por Ley N° 11.414⁵⁹⁴ - modif. por Ley 11.930⁵⁹⁵ - los Consorcios de Gestión de los Puertos de Bahía Blanca y de Quequén, así como los de San Pedro (creado por Decreto N° 5/05⁵⁹⁶), La Plata (creado por Decreto N° 1596/99⁵⁹⁷) y Mar del Plata (creado por Decreto N° 3572/1999⁵⁹⁸), además del flamante Consorcio de Gestión del Puerto de Olivos, (creado por Decreto 576/2015⁵⁹⁹); en la Provincia de Santa Fe, Ley 11.011⁶⁰⁰ de creación de los Entes Administradores Portuarios de Santa Fe y Rosario;
- i) Los Partidos Políticos (conforme Ley 23.298⁶⁰¹ y CSJN, Fallos 322:2424; 329:187 entre otros);
- j) Corporación Vitivinícola Argentina (COVIAR), creada por Ley 25.849⁶⁰²;
- k) Instituto Nacional de la Yerba Mate (INYM), creado por Ley 25.564⁶⁰³;
- l) Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD), creado por Ley 26.573⁶⁰⁴;

⁵⁸⁸ Al respecto, sostuvo el Alto Tribunal de la Nación que: “... Las sociedades de economía mixta pueden ser clasificadas como personas de derecho privado o de derecho público, de acuerdo con el predominio que la administración nacional ejerza en la constitución, administración y dirección de la empresa y el porcentaje de acciones u obligaciones con que contribuya a la formación del capital social. Las sociedades de economía mixta son personas jurídicas públicas si reúnen los siguientes requisitos: a) tienen una obligación ante el Estado de cumplir sus fines propios, que han de ser de interés general, b) detentan derechos de poder público, esto es, potestad de imperio y c) el Estado ejerce sobre ellas un control constante. No es indispensable que la creación de la sociedad provenga del Estado en forma exclusiva, pues puede derivar conjuntamente del Estado y del grupo de socios integrado por personas particulares” (CSJN, 5/10/1995, “Montenegro de Baldoma, María C. y otros c. Somisa”, La Ley 1996-C, 108, DJ 1996-2, 11, AR/JUR/85/1995).

⁵⁸⁹ Del 08/03/2001, B.O. 12/03/2001.

⁵⁹⁰ B.O. 12/01/2004.

⁵⁹¹ Dictado el 20-11-1996, B.O. 26-11-1996.

⁵⁹² B.O. 15/06/1990.

⁵⁹³ B.O. 26/06/1992, DJA LEY F-1810.

⁵⁹⁴ B.O. 02/08/1993.

⁵⁹⁵ B.O. 29/01/1997.

⁵⁹⁶ Del 03/01/2005, B.O. 18/03/2005, modificado por Decreto 2534/2006 (B.O. 13/10/2006).

⁵⁹⁷ Del 10/06/1999, B.O. 23/07/1999.

⁵⁹⁸ Del 02-10-1999.

⁵⁹⁹ Emitido en fecha 21/07/2015; B.O. 11/08/2015.

⁶⁰⁰ B.O. 30/08/1993.

⁶⁰¹ B.O. 25/10/1985, DJA LEY T-1455.

⁶⁰² B.O. 01/03/2004, DJA LEY M-2519.

⁶⁰³ B.O. 15/03/2002, DJA LEY ADM-2551.

⁶⁰⁴ B.O. 22/12/2009, DJA LEY ASO-3163.

- ll) Consejo Federal de Legisladores Comunales de la República Argentina (COFELCO), creado por Ley 26.874⁶⁰⁵;
- m) Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), transformado en tal carácter por Decreto 1.536/02⁶⁰⁶;
- n) Los Entes Cooperadores (conforme leyes 23.283⁶⁰⁷ y 23.412⁶⁰⁸, y PTN, Dictámenes 210:42), y en especial el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal creado por Ley 24.372⁶⁰⁹;
- ñ) Instituto de Promoción de la Carne Vacuna Argentina, creado por Ley 25.507⁶¹⁰;
- o) Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), creado por Ley 25.191⁶¹¹.
- p) Los Entes Binacionales, como la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (conforme caso “Fibraca” del Tribunal Arbitral, y doctrina de Marienhoff).

Existen otros entes que también podrían ser incluidos en dicha categoría, pues resulta indudable el ejercicio de funciones administrativas, como el Stud Book Argentino del Jockey Club Argentino⁶¹², cuyo objeto es custodiar el Registro Genealógico de identidad y propiedad de los Caballos Sangre Pura de Carrera, Árabes y Anglo-Árabes, de acuerdo a la Ley 20.378⁶¹³, o SADAIC, a quien la Ley 17.648⁶¹⁴ confiere la exclusividad de la gestión colectiva de los autores y compositores de música, convirtiéndola en la única entidad autorizada para percibir y distribuir los derechos generados en la utilización de obras musicales, sean estas nacionales o extranjeras.

3. *Personas jurídicas - públicas - que no fueron incluidas. Comunidades indígenas.*

No han sido incluidas en el CCC –sea como personas jurídicas públicas o privadas– “las comunidades indígenas”, que estaban – en cambio – mencionadas en el art. 148, inc. h), del Proyecto.

Explica NAVARRO FLORIA que “... El art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional reformada en 1994 obliga a reconocer la personalidad jurídica de estas comunidades. Tal reconocimiento ya había ocurrido por medio de la ley 23.302 (ahora, ley H-1456). Sin embargo, su inclusión como personas jurídicas privadas suscitó una queja unánime de los pueblos originarios, que alegaron, por una parte, no haber sido consultados y, por otra, que en su calidad de pueblos

⁶⁰⁵ B.O. 05/08/2013.

⁶⁰⁶ Decreto de Necesidad y Urgencia dictado el 20/08/2002, B.O. 21/08/2002, DJA L I-2620.

Un comentario acerca de la paradoja que supone la mutación del INCAA de ente autárquico a ente público no estatal, al que remito, ha sido efectuado por IVANEGA, Miriam Mabel y ROSENBERG, Gastón, “Paradojas Jurídicas: La caracterización del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales como ente público no estatal”, *EDA*, 2003-345.

⁶⁰⁷ B.O. 05/11/1985, DJA LEY ADM-1453.

⁶⁰⁸ B.O. 29/12/1986, DJA LEY ADM-1509.

⁶⁰⁹ B.O. 29/09/1994, DJA LEY ASE-1950.

⁶¹⁰ B.O. 17/12/2001, DJA LEY M-2527.

⁶¹¹ B.O. 24/11/1999, DJA L P-2357.

⁶¹² Remito a las agudas reflexiones efectuadas por SACRISTÁN, Estela, “Las Personas no estatales como instrumentos de gobierno”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 408, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pp. 45-56, en especial Punto VI.5., p. 54.

⁶¹³ B.O. 30/05/1973, DJA LEY X-0967.

⁶¹⁴ B.O. 07/03/1968, DJA LEY E-0708.

preexistentes a la Constitución debían ser reconocidos como personas jurídicas públicas, a semejanza de la Iglesia Católica. Y tienen razón”⁶¹⁵.

Sin embargo, merece destacarse lo sostenido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, en el meduloso Dictamen N° 416 del 07-11-2008⁶¹⁶.

Allí se sostuvo que: “... El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios con lo cual significa que (1) les reconoce autonomía cultural y (2) su personalidad jurídica, sin necesidad de someterlos a las formas jurídicas de organización propias del derecho moderno occidental. Luego también establece que son competencias concurrentes del Estado Nacional y las Provincias "reconocer la personería jurídica de sus comunidades [...]".

Agregó que: “... La racionalidad de la reforma constitucional de 1994, y del nuevo paradigma que se establece en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, está guiado por dos directrices básicas: (1) el reconocimiento de la preestatalidad de los pueblos originarios; (2) el respeto de la diversidad cultural de los pueblos aborígenes y, en ese marco, las formas de organización de sus comunidades que les son propias. La primera idea, referente a la preexistencia de los pueblos originarios, incide en la relación del Estado Argentino con los pueblos originarios, la que no puede ser la de "autorización estatal" propia del Código Civil para las personas jurídicas de derecho privado que así lo requieren. Esta posibilidad queda descartada de plano desde el momento

⁶¹⁵ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 3. Agrega que: “...El Proyecto de 2012 no contenía respecto de estas comunidades más precisiones que la mención del tipo jurídico, pero incluía también la regulación de un derecho real específico, la propiedad comunitaria indígena (arts. 2028 al 2036), cuyo titular podía ser únicamente una comunidad indígena registrada como persona jurídica (art. 2029). Todas esas normas desaparecieron del CCC; quedaron únicamente el art. 18, que hace referencia a la propiedad indígena, una norma transitoria incluida en el art. 9° de la ley 26.944, que difiere su regulación a una futura ley especial”.

En sentido similar, RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 410, expresando que “...Los antecedentes normativos que determinaron la inclusión de las comunidades indígenas en el elenco de personas jurídicas privadas, van desde la ley 23.302 promulgada en noviembre de 1985 y actualizada por la ley 25.799 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, que crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y dispone la implementación de planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes, hasta el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, dispone que corresponde al Congreso el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, de la personalidad jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...”.

⁶¹⁶ Recaído en Expte. N° 00101-0154635-4, Fiscal de Estado Jorge Alberto Barraguirre (h), publicado en *Revista de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe*, N° 1, Año 1, 2011, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 212-222. Un extracto de dicho dictamen se publicó en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* (AADA) N° 10, pp. 55-56. Transcribo parcialmente la síntesis contenida en esta última.

mismo en que la Constitución Nacional refiere a la preexistencia étnica. Por el contrario, debe sostenerse que el reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos originarios efectuado en la Constitución Nacional posee un significado que se acerca más al reconocimiento de una persona jurídica de derecho público del artículo 33 primer párrafo del Código Civil...”⁶¹⁷.

“En otros términos - concluye el dictamen -, la personalidad jurídica como personas jurídicas de derecho público tiene fuente en la Constitución Nacional. La anotación en el registro tiene en este sentido el efecto de declarar la existencia de la comunidad originaria una vez comprobadas las condiciones sustanciales para ello. El carácter declarativo derivado del reconocimiento de la preexistencia de las comunidades aborígenes se complementa con la idea de que los que mejor conocen quiénes constituyen una comunidad aborígen que merezca reconocimiento son los mismos pueblos originarios, por lo cual la voz de los mismos pueblos originarios es la que debe primar en el trámite de reconocimiento. La inscripción de las comunidades originarias se efectúa por única vez, y no posee plazo de duración, vigencia o caducidad. El efecto de la inscripción es perpetuo, y solo se extingue por extinción de la comunidad. Sobre estas bases, la Fiscalía elabora un proyecto de Decreto cuya suscripción propone al Poder Ejecutivo”.

IV. LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

Finalmente, nos interesa abordar el análisis del Art. 149 del CCC, que reza: *“Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y*

⁶¹⁷ Agrega el dictamen: “... Un tercer paradigma de relacionamiento sería el propio del derecho internacional público. En este existiría una horizontalidad entre los pueblos originarios y el Estado Argentino y los Estados provinciales y municipalidades cuyo antecedente podría ser, por ejemplo, el tratado suscripto entre la Corona española y la nación indígena mocoví-toba del Gran Chaco Gualamba. Bajo estos dos últimos modelos de relacionamiento, la República Argentina declara el reconocimiento quedando a cargo del Estado Nacional y de los Estados Provinciales solo la organización de los sistemas y procedimientos que permitan la identificación e individualización de estas unidades políticas que son las comunidades aborígenes. No los autoriza ni los reconoce, los identifica. La norma fundamental en esta materia reconoce la personalidad jurídica a las comunidades aborígenes independientemente de la forma jurídica que adopten. Lejos de ubicarlas en el campo de las personas jurídicas de derecho privado, les reconoce su preexistencia al propio Estado argentino al reconocer su preexistencia étnica y cultural. Las únicas personas preexistentes a la propia nación son las Provincias; como éstas, el reconocimiento de su personalidad no puede más que serlo en el carácter de personas jurídicas de derecho público en los términos del art. 33, primer párrafo, del Código Civil. Por ello, la efectivización del reconocimiento se hace operativa a partir de un dispositivo tecnológico clásico que es la inscripción en un registro especial al efecto, que en lo sustancial, tiene por función solo verificar la existencia de las condiciones de fondo necesarias para que exista una Comunidad Originaria. De allí que los recaudos de la solicitud de registración en el Registro deban apuntar a comprobar que se trate verdaderamente de un pueblo con tales condiciones. Alguien puede sostener que esta intromisión es excesiva. Sin embargo, parece razonable que el Estado verifique las condiciones de existencia atento que ello implicará, en algunos aspectos, la derogación del derecho argentino en el propio territorio de la República...”.

obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

En su momento nos ocupamos del análisis del creciente fenómeno argentino en el presente siglo del uso de la tipología societaria, y a su vez, de la Sociedad Anónima, lo que debiera llevarnos pensar si no se pretendía con ello eludir (en forma consciente o no) la aplicación imperativa de normas de Derecho Público inherentes a la organización y actuación estatales⁶¹⁸.

Ese fenómeno, que algunos autores denominaron como “huida del derecho público”⁶¹⁹ en modo alguno podía implicar que el ente quedará regido totalmente por el Derecho Privado, ni siquiera a ser considerada una Persona jurídica enteramente privada, pues existen aspectos de la actividad que, sea por la presencia estatal, sea por su mayoría en la dirección y control o en su capital, sea por su creación estatal, por su fin público, por la existencia de prerrogativas públicas, por la prestación de servicios públicos o, en definitiva, por su pertenencia a la organización administrativa del Estado⁶²⁰, determinaban que el régimen jurídico aplicable sea el Derecho Administrativo. De allí es que analicé en esa ocasión cuán relevantes podrían ser las normas de creación que, so pretexto del modo societario elegido, intenten eximir las de la aplicación de las normas y principios de Derecho Público.

Muchas de las sociedades creadas en el orden nacional y en algunas provincias, se originaron en rescisiones o caducidades de contratos públicos producidas en la primera década del presente siglo, o bien por la asunción estatal de ciertas actividades estratégicas.

⁶¹⁸ Remito a REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, “La organización administrativa descentralizada: el caso de las Empresas y Sociedades Estatales”, publicado en el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (España) N° 16, Año 2012, ISSN: 1138-039X, pp. 977-992; y “Sociedades estatales creadas en la última década: de la Privatización a la Reestatización”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 399, ISSN 1666-4108, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 39-65; *Revista RAP Buenos Aires* (RAP BA), N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 49-74. Recomiendo asimismo el libro de ALFONSO, María Laura, *Régimen de nacionalización de empresas privadas*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, así como a los trabajos de BALBÍN, Carlos, “Régimen Jurídico de las Actividades empresariales del Estado. Las Empresas absorbidas por el Estado”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 625-637, y de MATA, Ismael, “La Reforma del Estado y el Regreso al Estado Empresario”, *Suplemento Especial Los Servicios Públicos en la Encrucijada* del 23 de mayo de 2007, JA 2007-II, fascículo N° 8, p. 3. Incluido también en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 133.

⁶¹⁹ Ver entre muchos otros: BAUZÁ MARTORELL, Felio J., *La Desadministración Pública*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001; DESDENTADO DAROCA, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, Tirant to blanch, Valencia, 1999; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, 2ª Edición ampliada, Civitas, Madrid, 1996.

⁶²⁰ Acerca de los criterios de distinción entre personas jurídicas públicas y privadas, y estatales y no estatales, ver: DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, T° II, 2ª Edición Revisada y Actualizada, Buenos Aires, 1976, p. 107 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, T° I, 10ª Edición, Buenos Aires, 2010, p. XIV-9 y ss., entre muchos otros.

Luego de analizar diversos pronunciamientos jurisprudenciales, y diversos dictámenes de la PTN, expresamos que más allá de la forma o el ropaje externo que asuma una determinada entidad, su calidad estatal determinará la necesaria e imperativa aplicación de las normas y principios de derecho público administrativo, sin dejar de reconocer que es un tema polémico en la doctrina y que se halla situado en las fronteras entre Derecho Público y Privado, pero no por ello puede cegarnos e impedir que propendamos a mejorar el sistema actualmente imperante en la materia.

De alguna manera, la previsión contenida en el Art. 149 comentado, más allá que se asigne carácter privado al ente societario integrado total o parcialmente por el Estado – lato sensu -, cuando expresa que “*la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*”, determina que deban aplicarse principios y normas de Derecho Público a tales entidades.

*Es que de entre las técnicas de organización administrativa al que el Estado puede acudir para estructurar los órganos y sujetos que ejercen función administrativa, especialmente en la esfera del Poder Ejecutivo, encontramos dos grandes modos: la centralización y la descentralización*⁶²¹.

*Para diferenciar ambas técnicas, cabe formularse la siguiente pregunta: si las funciones y servicios deben ser satisfechos por el Estado o a través de otros entes públicos. La descentralización – expresa el Profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS – enfrenta al Estado con éstos, pero nada impediría que enlazáramos entes superiores con inferiores, aun no siendo el Estado parte. Luego, en punto a su conceptualización, enseña el profesor español que la descentralización como principio de organización consiste en transferir competencias decisorias de la Administración estatal a las demás personas jurídico-públicas*⁶²².

Precisamente, es la atribución de personalidad jurídica y patrimonio propio a un ente diferenciado de la Administración central lo que caracteriza a la descentralización, dando nacimiento a una entidad descentralizada.

No obstante, la atribución de personalidad jurídica diferenciada no importa sustraerla de la órbita estatal, ni siquiera de la organización administrativa, pues conforme tiene expresado la PTN, “... el Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional,

⁶²¹ Dejamos de lado aquí los términos centralización y descentralización en sentido político, pues se alude allí a la forma de Estado unitaria o federal y resulta independiente a cómo se organice aquél desde el punto de vista administrativo.

Para una completa información de los términos centralización y descentralización, tanto política como administrativa, véase MURATORIO, Jorge I., “Centralización, Descentralización, Concentración, Desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 121.

⁶²² GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 430.

debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética⁶²³.

De allí es que siendo aplicable el Derecho Público a la actuación estatal, el concepto amplio de "descentralización" incluye también a los entes estatales con forma societaria⁶²⁴, aún si soslayamos la posición extrema que sostiene el carácter público de tales sociedades⁶²⁵.

Para respaldar tal conclusión, basta acudir al concepto brindado oportunamente por la CSJN cuando expresara que: "El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal -en los casos en que resulta autónoma-). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal"⁶²⁶.

Así, no sólo le asignó carácter estatal a la empresa, sino calidad de autoridad "pública" a los efectos de la admisibilidad de la acción de amparo en los términos del art. 1º de la ley 16.986, a pesar de la naturaleza formalmente societaria⁶²⁷, ponderando especialmente que la mayoría de los directores era designada por el Estado y que, de entre ellos, se elegía el presidente.

Sobre la base de dicho precedente del Alto Tribunal, la PTN sostuvo que las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria pueden dictar actos administrativos, por lo que estimó procedente el Recurso de Alzada⁶²⁸.

Tampoco resultó óbice la circunstancia de tratarse de Sociedades Anónimas o del Estado regidas por la Ley 20.705 para que resulten aplicables los límites imperativos a las contrataciones que lleven a cabo⁶²⁹. Es que más allá de la configuración con forma societaria, existían otros elementos a ponderar que inclinaban a considerar a la demandada como una persona de derecho público:

⁶²³ Expte. N° 021/01. Universidad Nacional de Mar del Plata; 23 de febrero de 2001. (Dictámenes 236:411).

⁶²⁴ Cité en dicho artículo la posición contraria a considerar a las Sociedades estatales como entes descentralizados, por todos, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, 1998, p. 400 y ss.

⁶²⁵ Tal la posición de Agustín GORDILLO, bajo el rótulo "No hay entes estatales privados", en *Tratado ...*, Tº 1, Capítulo XIV, p. 6/7.

⁶²⁶ CSJN, 12-05-1988, "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A.", Fallos 311:750; también en Revista *El Derecho*, 129-266, con nota de BIANCHI, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa".

⁶²⁷ Por similares razones, el STJ de Corrientes entendió que: "Si bien el Banco de Corrientes es una sociedad anónima con capital societario Estatal mayoritario, por lo que no es una autoridad pública en sentido estricto, corresponde interpretar que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria con base de derecho privado pero influidas por el derecho público, tienen que entenderse como "autoridad pública" a los fines de la acción de amparo, precisamente por su carácter instrumental y vicarial respecto del Estado" (STJ Corrientes, 4/9/2006: "Municipalidad de Paso de los Libres (Ctes.) s/ medida cautelar", MJJ8955).

⁶²⁸ Dictamen N° 293/90, Expediente N° 10.443/90 CIJ 2.444/89 c/ anexos I, II, III, IV en 2 tomos, V y VI. Ministerio de Defensa, 21 de agosto de 1990, publicado en RAP N° 149, p. 134.

⁶²⁹ CSJN, 20-05-1986, "Martínez Suárez de Tinayre, Rosa María v. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A. (ATC Canal 7), Fallos 308:821. Ver comentario de QUAGLIA, Marcelo, "El fallo Mirtha Legrand: un valioso precedente", *elDial* - DC72A.

a) la circunstancia de que la totalidad de su patrimonio perteneciera al Estado Nacional; b) el hecho de que se prohibía por ley la participación de capitales privados; y, c) su finalidad resultaba innegablemente de carácter público.

Otra cuestión a dilucidar es si las exigencias de procedimientos reglados de contrataciones debieran erigirse como regla imperativa en el ámbito de los entes societarios analizados⁶³⁰.

En punto al concepto de funcionario público, la PTN ha dicho que lo es “*quien declara o ejecuta la voluntad estatal para realizar un fin público, debiendo entenderse por fin público o por servicio estatal, no sólo lo relativo al desenvolvimiento estricto de la Administración Pública, sino también todos aquellos fines o servicios conducentes a la prosperidad o bienestar general que el Estado toma a su cargo, alcanzando incluso a las empresas económicas mixtas*”⁶³¹.

Luego abundó el Alto Organismo Asesor expresando que en lo que atañe específicamente al Banco Hipotecario S.A., un Director designado por el Estado Nacional para que ejerza la representación de acciones que le pertenecen, es un agente público (conf. Dict. 251:520)⁶³².

Por tal motivo también resultan aplicables las normas vigentes en materia de incompatibilidades funcionales. En tal sentido, sostuvo la PTN en el asesoramiento al que remite el anteriormente citado⁶³³ que dicho empleado no puede percibir simultáneamente su remuneración como Director de esa entidad bancaria y un beneficio previsional, debiendo optar por uno de esos emolumentos⁶³⁴.

⁶³⁰ Resulta destacable que aún entre quienes niegan el carácter público a las sociedades estatales, entienden que como la licitación o el concurso constituyen procedimientos que poseen fundamento constitucional (arts. 16, 42, 2ª parte y 75, inc. 23, CN), consideran que deben observarse también en el ámbito de las contrataciones de las empresas públicas enumeradas en el inc. b) del art. 8º del RCAN - Decreto 1.023/2001 -, por una razón inherente a la jerarquía de los principios en juego (igualdad, defensa de la competencia y concurrencia) (CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas” [EDA, 2007-548]).

⁶³¹ Dict. N° 94/06, 12 de abril de 2006. Expte. N° 1-250092/06. Administración Federal de Ingresos Públicos. (Dictámenes 257:44), publicado en el Boletín Oficial del 13-09-2006, 2ª Sección, p. 35.

⁶³² Dict. N° 115/10, 2 de junio de 2010. Nota N° 6428/07. Sindicatura General de la Nación - SIGEN-. (Dictámenes 273:250). Boletín Oficial del 08-09-2010, 2º Sección, p. 22. Agregó que: “*El concepto de funcionario público insito en el Decreto N° 1154/97, no puede responder a la teoría de la exclusión de tal calidad para determinadas personas, sólo porque actúan en entidades regidas por el Derecho privado o porque estén vinculadas con el Estado por una relación de Derecho privado. Son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal -mayoritaria o minoritaria-, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado*”.

⁶³³ Dict. N° 468/04, 17 de noviembre de 2004. Expte. N° 01-0267091/03. Ex Ministerio de Economía. (Dictámenes 251:520).

⁶³⁴ Asumiendo una posición contraria a la precedente, la CSJN entendió que no resultaba incompatible el desempeño de la función pública con el simultáneo cargo de director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (CSJN, 20-02-2001, “Hourquescos, Vicente D. c. T.C.N.”, *La Ley* 2001-D, 666; Fallos 324:309).

En punto al régimen jurídico aplicable a los entes societarios, sostuvo la PTN⁶³⁵ que “...Aún tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; además, aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado, y cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad (conf. Dict. 219:145)”.

Agregó finalmente en el mismo asesoramiento que: “Tanto las sociedades anónimas de capital estatal como las sociedades del Estado constituyen especies de descentralización, entendiendo a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de ese ente (conf. Dict. 239:592)”⁶³⁶.

La CSJN, a su turno, consideró que “... está alcanzada por la consolidación dispuesta por el art. 2 ley 23982 la sociedad anónima creada por el decreto 1540/1994 - Nucleoeléctrica de Argentina S.A.-, cuyas acciones pertenecen en un 99% al Estado Nacional y en el 1% restante a Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, siendo los miembros del directorio designados a propuesta del Ministerio de Economía...”⁶³⁷.

En fecha más reciente, entendió la CSJN que “Para evaluar la inclusión o exclusión de Y.P.F. del régimen de consolidación es necesario tener en cuenta que -más allá de su tipificación como sociedad anónima comercial- la empresa seguía bajo el control único del Estado Nacional, y el propio decreto 2778/90 dispuso que, durante el período de transformación, el gobierno y fiscalización de la empresa seguirían a cargo de autoridades designadas por el Poder Ejecutivo Nacional, y la totalidad de las acciones serían transferidas a la Subsecretaría de Empresas Públicas del Ministerio de Economía (arts. 8 y 9). Por lo demás, no es menor el hecho de que la empresa cargaba con todo el pasivo de la ex Y.P.F Sociedad del Estado”. Agregó seguidamente que: “Lo relevante -a los efectos de considerar si un ente está incluido en el art. 2 de la ley 23.982- no es su tipificación legal sino el grado de participación estatal en el capital y en la toma de las decisiones societarias”, para luego expresar que: “Una interpretación meramente

⁶³⁵ Dict. N° 274/07, 2 de octubre de 2007. Expte. N° 31/06. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 263:8).

⁶³⁶ La jurisprudencia provincial ha hecho lo propio, citando como ejemplo la Suprema Corte Bonaerense, cuando sostuvo respecto de E.S.S.E.B.A. S.A. que: “... IV.- La creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, a mi juicio, no importa negar carácter público a los fondos que constituyen su capital social. La sociedad así creada celebrará sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, mas de ello no se sigue que su patrimonio resulte "privatizado", sino que, por el contrario, continúa siendo público... La transformación jurídica del organismo y su sometimiento a un régimen preponderante de derecho privado, decidida en el marco de una política de organización estatal, no tiene potencialidad para convertir el patrimonio público en capital privado...”, razón por la que sostuvo la competencia del Tribunal de Cuentas Provincial para controlarla (SCBA, 13-09-2006, causa B. 54.015, "E.S.E.B.A. S.A. contra Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa”).

⁶³⁷ CSJN, 10-02-2004: “Compañía Integral de Montaje S.A. v. Nucleoeléctrica Argentina S.A.”, Fallos 327:33; JA 2004-II-449, con Nota de Luis CASSARINI: *El régimen de consolidación y una sociedad anónima muy peculiar*.

literal del art. 2° de la ley 23.982, que excluyera el pasivo de la consolidación sólo porque el deudor era una sociedad anónima, no solamente desvirtuaría la finalidad de la norma sino que llevaría a la sinrazón de que quedarán comprendidas en el artículo 21 de la misma las deudas de una sociedad anónima con participación estatal de al menos el 51% del capital social, y no las de una entidad en la que esa participación es del 100%”⁶³⁸.

Deben incluirse aquí las denominadas “Sociedades Bajo Injerencia Estatal (SABIE)”⁶³⁹, que se originaron a partir de que el Estado Nacional adquiriera una participación mínima y hasta ínfima, por conducto de la transferencia en especie de los recursos de las ex AFJP a la ANSeS⁶⁴⁰, en virtud de la Ley N° 26.425⁶⁴¹.

A la enumeración de Sociedades Estatales que incluyera en anterior trabajo⁶⁴² (al año 2011), cabe incluir con posterioridad a las siguientes:

a) Ley 26.741⁶⁴³, denominada de “Soberanía hidrocarburífera”, luego de declarar de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la

⁶³⁸ CSJN, C. 1472. XXXIX; REX. Compañía General de Combustibles S.A. c/Y.P.F. S.E. s/daños y perjuicios. 29/05/2007. Fallos 330:2416.

⁶³⁹ Término acuñado por CARBAJALES, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE – ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”? – Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico –*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

⁶⁴⁰ Algunas de las empresas y el porcentaje de participación de la ANSeS en cada una de ellas sería el siguiente: S.A. San Miguel (26,96%), Gas Natural BAN (26,63%), Banco Macro (26,62%), Consultatio (26,62%), Distribuidora de Gas Cuyana (26,12%), Siderar (25,97%), Edenor (25,27%), Transportadora de Gas del Sur (22,04%), Grupo Concesionario del Oeste (21,56%), Mirgor (21,54%), Emdersa (20,96%), Imp. y Exp. de La Patagonia (20,24%), Molinos Río de La Plata (19,92%), Pampa Energía (19,35%), Transener (18,78%), Telecom Argentina (18,78%), Socotherm Americas (18,59%), Solvay Indupa (16,71%), Grupo Financiero Galicia (15,26%), Banco Patagonia (14,66%), Endesa Costanera (13,40%), Camuzzi Gas Pampeana (12,65%), Aluar Aluminio Argentino (11,80%), Juan Minetti (11,31%), Capex (10,73%), Euromayor (9,35%), Petrobras Energía Participaciones (9,29%), Grupo Clarín (9,00%), Quickfood (8,97%), Metrovías (8,55%), Metrogas (7,34%), BBVA Banco Francés (6,44%), Banco Hipotecario Nacional (4,87%), IRSA Inversiones y Representaciones (4,13%), Central Puerto (3,95%), Cresud (3,09%), Tenaris (2,92%), Petrobras Energía (0,95%), Alto Palermo (0,86%), Transportadora de Gas del Norte (0,73%), Ledesma (0,38%), Telefónica (0,30%), Y.P.F. (0,01%) y Alpargatas (0,01%). Citadas por DATES (h.), Luis Enrique; CARBAJALES, Juan José, “El Estado Nacional (ANSeS) como accionista minoritario. Una mirada desde el derecho administrativo”, LA LEY 24/06/2009, 24/06/2009, 1 - LA LEY2009-D, 851, Cita Online: AR/DOC/2327/2009.

⁶⁴¹ B.O. 09/12/2008. Poco antes de remitirse el presente para su publicación, trascendió la presentación de un Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo Nacional, tendiente a regular la participación del Estado en las Sociedades referidas, a limitar la venta de acciones del Estado en empresas privadas y a la creación de la Agencia de Participaciones Estatales en Empresas, entre otros aspectos (<http://www.casarosada.gob.ar/slider-principal/28970-la-presidenta-afirmo-que-hay-sectores-que-buscan-frustrar-los-procesos-de-inclusion-social-de-la-region>).

⁶⁴² REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, “Sociedades estatales creadas en la última década: de la Privatización a la Reestatización”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 399, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 39-65.

⁶⁴³ B.O. 07/05/2012, DJA LEY X-3275.

creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones (art. 1), se procedió a declarar de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta. Asimismo, se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por el sesenta por ciento (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A., sus controlantes o controladas (Art. 7).

Respecto de la participación estatal en YPF S.A., merece destacarse lo decidido con motivo del amparo⁶⁴⁴ tendiente a que dicha sociedad entregue copia de un acuerdo de inversión firmado con una empresa extranjera - *Chevron Corporation* - con el objeto de la explotación conjunta de hidrocarburos, en el que la mayoría resuelve rechazarlo por considerar que la divulgación de tal información puede comprometer secretos industriales, técnicos y científicos, lo que además puede acarrear un incumplimiento contractual. Sin embargo, en su Voto en disidencia, la Juez Clara Do Pico entendió que aún cuando el art. 15 de la Ley 26.741 establece que no se le aplicará a YPF normativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado tenga participación, ello no excluye a dicha empresa del derecho a la información pública previsto en el Decreto 1172/2003, cuyo raigambre es constitucional, pues dicha norma no puede entenderse como una inmunidad al conocimiento público y, si ese hubiera sido el deseo del legislador, así lo habrían declarado⁶⁴⁵.

Finalmente, la decisión fue revocada por la CSJN⁶⁴⁶, quien sostuvo - entre otras consideraciones - que la empresa YPF SA donde el Estado nacional posee el 51 % de las acciones, se encuentra sujeta a las normas del entonces Decreto N° 1172/2003, que entre otros reglamentos, aprobara el relativo al acceso a la información pública.

No obstante que trataré el tema en capítulos siguientes, resulta interesante marcar aquí que la Corte argentina entendió que YPF SA, encontrándose bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, está obligada a dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto 1172/03 en materia de información pública, pues desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los

⁶⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala I, 29/08/2014, "Giustiniani, Rubén Héctor c. YPF SA s/ amparo por mora", APJD 25/09/2014.

⁶⁴⁵ Remito para ampliar el punto al trabajo de SERRANO, Gustavo A., "El acceso a la Información Pública y los Entes Públicos no estatales", *Revista de Derecho Administrativo* N° 88, Abeledo Perrot, 2013, p. 1161, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1153/2013. Nota al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 04/12/2012, "Asociación Derechos Civiles v. Estado Nacional - PAMI".

⁶⁴⁶ CSJN, 10/11/2015, "Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora", Fallos 338:1258.

principios de una sociedad democrática negar información –de indudable interés público– que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión⁶⁴⁷.

b) Decreto N° 566/2013⁶⁴⁸, de necesidad y urgencia, por el cual se dispone la constitución de la sociedad “Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima”, en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales –t.o. 1984– y sus modificatorias y las normas de su Estatuto, la que tendrá por objeto la prestación y explotación comercial del servicio, la operación y logística de trenes, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, infraestructura, equipos, terminales de carga y servicios de telecomunicaciones y todas las demás actividades complementarias y subsidiarias del sector de la red nacional ferroviaria integrada por el Ferrocarril General Belgrano y de los sectores de la red ferroviaria nacional que en un futuro se le asignen (Art. 1).

No obstante estar integrada en su totalidad por capital estatal⁶⁴⁹, en su Art. 7 prevé que la sociedad creada se regirá por las normas y principios del Derecho Privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 –Régimen de Contrataciones del Estado– y sus modificatorios, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias.

c) Ley 27.132⁶⁵⁰, que luego de declarar de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina la política de reactivación de los ferrocarriles de pasajeros y de cargas, la renovación y el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y la incorporación de tecnologías y servicios que coadyuven a la modernización y a la eficiencia del sistema de transporte público ferroviario, con el objeto de garantizar la integración del territorio nacional y la conectividad del país, el desarrollo de las economías regionales con equidad social y la creación de empleo (Art. 1), se dispone la constitución de la sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado, en la órbita del

⁶⁴⁷ Incluso considerando que aun cuando la persona a la que se requiere información no reviste carácter público o estatal, se encuentra obligada a brindarla si son públicos los intereses que desarrolla y gestiona, tal es el caso de YPF SA, atento lo dispuesto en la Ley 26.741, en el DNU 530/12 y en el Decreto 1189/12

⁶⁴⁸ Dictado el 21/5/2013, B.O. 22-05-2013. Como antecedente inmediato, debe repararse que mediante Decreto 793/2012 del 24-05-2012 (B.O. 24-05-2012, Suplemento), se rescindió el contrato de concesión para la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros suscripto con la empresa Trenes de Buenos Aires S.A.

⁶⁴⁹ Art. 2°: “Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima estará integrada por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado, por la Sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado y por la Administración General de Puertos Sociedad del Estado”.

⁶⁵⁰ B.O. 21/05/2015. Un comentario a dicha norma puede verse CANOSA, Armando N., “El reordenamiento y reactivación de los servicios de transporte ferroviario. A propósito de la sanción de la Ley N° 27.132”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 441, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, pp. 47-61.

Ministerio del Interior y Transporte, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tendrá por objeto integrar y articular las distintas funciones y competencias que tienen asignadas las sociedades creadas por la ley 26.352 y por el decreto 566 del 21 de mayo de 2013 y la articulación de todo el sector ferroviario nacional (Art. 5).

d) Ley 27.161⁶⁵¹, la que luego de establecer que la prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la ley 25.877 (Art. 1), se crea la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984) y sus modificaciones que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tiene por objeto la prestación del Servicio Público de Navegación Aérea, de conformidad con los alcances previstos en el artículo 2° de la presente ley, con excepción de los servicios de navegación aérea prestados por el Ministerio de Defensa en los aeródromos que por razones de defensa nacional se enuncian en el Anexo I de la presente ley (Art. 6).

e) Decreto 1222/2016⁶⁵², crea Contenidos Públicos Sociedad del Estado en jurisdicción del Sistema Federal de Medios y Contenidos Públicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la que tendrá por objeto la gestión, operación, desarrollo y explotación de las señales Encuentro, Paka Paka y Depor TV, Acua Mayor y Acua Federal y de todas aquellas señales que las reemplacen y/o en el futuro se creen dentro de dicha sociedad, así como la administración del Polo de Producción Audiovisual y del acervo del Banco Audiovisual de Contenidos Universales Argentino (BACUA), en reemplazo de Educ.Ar Sociedad del Estado, bajo el régimen de la Ley N° 20.705.

f) Decreto 794/2017⁶⁵³, dispone la constitución de la sociedad “Corredores Viales S.A.”, en la órbita del Ministerio de Transporte, con sujeción al régimen establecido por la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y sus modificaciones y a las normas de su Estatuto, la que tendrá por objeto la construcción, mejora, reparación, conservación, promoción, ampliación, remodelación, mantenimiento, operación, financiación, administración, explotación y prestación de servicios al usuario, en trazas, rutas, autopistas, accesos, corredores y cualquier otra red vial de jurisdicción nacional; y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones resultantes de toda concesión con cobro de peaje que se le confiera. El objeto también comprende la realización de las actividades y actos jurídicos dirigidos a la explotación de “Áreas de servicio”, explotaciones complementarias y explotaciones accesorias y toda otra actividad vinculada con su objeto social (art. 1°). Agrega que estará integrada por el Ministerio de Transporte, el que

⁶⁵¹ B.O. 30/07/2015.

⁶⁵² B.O. 05-12-2016.

⁶⁵³ B.O. 04-10-2017.

será tenedor del 51 % del capital social de titularidad del Estado Nacional, y por la Dirección Nacional de Vialidad, la que será tenedora del restante 49 % (art. 2)⁶⁵⁴.

V. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial ha contribuido a clarificar el panorama de las personas jurídicas públicas, aun cuando subsistan algunas dudas, pudiendo entonces detectar casos de entes indudablemente públicos y estatales - Estado Nacional, Provincia, Municipio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires -, otros indudablemente privados - asociaciones, fundaciones -, y dentro de los públicos no estatales comienzan a avizorarse los "grises", en el sentido de que a pesar de ser concebidos como tales por las normas de creación - Colegios Profesionales, Obras Sociales, etc. -, sin embargo subsiste - y se mantendrá - la discusión doctrinaria habida respecto a su existencia ontológica.

Asimismo, donde creo se mantiene la mayor nebulosa, es en el caso de la participación del Estado en empresas privadas, a las cuales el CCC asigna carácter de personas jurídicas privadas, pero que no obstante existen numerosas situaciones problemáticas.

El auge que ha tenido el uso por parte del Estado - en sentido amplio - de las formas societarias, especialmente la de la sociedad anónima, que cuantitativamente ocupa una porción importante de la organización estatal, nos lleva a tomar especialmente en cuenta los criterios doctrinarios que se han ideado para determinar la real naturaleza del ente, su carácter estatal, y por ende, la aplicación preferente del Derecho público.

Lo expuesto cabe tanto a los procedimientos administrativos, a sus contrataciones en general, y en especial, respecto del personal que cumple funciones en ellas respecto de quienes cabría predicar el concepto de estabilidad que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Ello especialmente debido al concepto amplio que ha asignado la PTN a la noción de funcionario público, comprensivo de los integrantes de las Sociedades donde el Estado tenga participación - mayoritaria o no - en el capital social⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Como es común en las Sociedades Anónimas que fueran creadas por el Estado - *lato sensu* - en Argentina, en la presente se reitera que no le resultan aplicables a Corredores Viales S.A., las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificatorias, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, establecido por el Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios, de la Ley de Obras Públicas N° 13.064 y sus modificatorias, ni, en general, las normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias (art.3).

⁶⁵⁵ Al respecto, el Decreto PEN N° 196 del 10-02-2015 (B.O. 12-02-2015) prescribe en su Art. 1°: "Los Directores, Síndicos, Consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado Nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el presente decreto".

Del mismo modo, no existe mayor controversia acerca de la calidad de fondos públicos que caracterizan a los que conforman el patrimonio de tales entidades, motivo por los que en todos los casos se declaran aplicables los regímenes de control público.

El diseño que actualmente impera respecto de los entes societarios, aún los totalmente estatales (Sociedades del Estado) no satisface la necesaria sujeción de tales entes a la regulación jurídica administrativa, por lo que sería bueno replantearlo, especialmente respecto de la pretendida exclusión de normas y principios de Derecho Administrativo.

Lo aquí propugnado cuenta con el respaldo de autorizada doctrina, así como de la jurisprudencia del Máximo Tribunal, y constituye el sendero forjado en el derecho comparado.

LA EMPRESA EN EL MERCADO ELÉCTRICO DE ENERGÍAS DE FUENTES RENOVABLES EN ARGENTINA: ASPECTOS JURÍDICOS. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS

**Mirta Gladis Sotelo de Andreau.
Miguel Andrés Goldfarb**

Sumario

- 1.- Introducción: El escenario global y local en materia de renovables. Planteos.*
- 2.- El mercado eléctrico argentino: evolución, estructura y caracteres.*
- 3.- Las renovables en derecho argentino: regulaciones, fomento e incentivos fiscales para las empresas.*
- 4.- La generación distribuida: nuevos paradigmas para el mercado y sus actores.*
- 5.- Los desafíos.*
- 6.-Conclusiones*

1.-INTRODUCCIÓN

El escenario global y local en materia de renovables. Planteos.

La materia energética en todas sus fases, léase generación, transporte y distribución influye directamente en el mundo actual desde el punto de vista económico, cultural y antropológico a niveles micro y macro social. Podemos afirmar que la vida en sociedad tal como la conocemos depende del funcionamiento del sistema eléctrico que cada país fue construyendo en el último siglo. Su trascendencia es evidente y de allí la necesidad de que los estados instrumenten políticas públicas sobre una materia tan sensible para la existencia misma de la humanidad en condiciones de desarrollo y dignidad.

Estrechamente vinculada a la cuestión eléctrica se nos presenta la debacle ambiental que afecta al globo y en donde la matriz energética actual constituye una de sus principales causas. Así, sustentado en un principio de justicia intergeneracional que se funda a su vez en un deber ético humano se han venido desplegando acciones tendientes a promover el desarrollo sostenible en armonía con el ambiente.

En el devenir de las últimas décadas se han suscripto acuerdos internacionales (Verbigracia Protocolo de Kyoto y más recientemente el Acuerdo de París) y dictado normativas internacionales y locales cuyo objeto central es reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) y en particular reemplazar la estructura de generación energética de fuente fósil por un esquema sustentable o sostenible de conformidad con nuevos estándares y paradigmas que

constituyen el novedoso mundo de las llamadas “renovables”. Todo este nuevo escenario se funda a su vez en el denominado paradigma ambiental, a partir del cual los diversos institutos jurídicos y económicos deben ser repensados desde la perspectiva de la preservación y el cuidado del planeta.

En este contexto cabe citar por ejemplo a la Agenda 2030 -O.D.S- ⁶⁵⁶ que nuestros países han hecho propia, en donde la sostenibilidad del desarrollo constituye un principio que irradia sobre todo el sistema económico y social. Bajo estas premisas abordaremos la cuestión de las energías renovables y la disruptiva generación distribuida desde el punto de vista de los desafíos que le competen al mundo empresario en estos nuevos escenarios apuntalados por las políticas públicas de fomento a cargo del estado.

Con especial relación a las consecuencias ambientales recuerda Rodríguez Gallegos -Albertos que el estudio conocido como “Impactos Ambientales de la Producción de electricidad -realizado con un método homologado denominado ACV -análisis del ciclo de vida- ha permitido determinar con precisión los alcances puntuales del deterioro ambiental en las diferentes fases del proceso, a saber: obtención del combustible; tratamiento o preparación; transporte; construcción de centrales; explotación de las centrales (generación de emisiones, residuos y depósitos). En este contexto, los daños concretos son: a) calentamiento global consistente en el aumento de la temperatura global; b) disminución de la capa de ozono tanto en grosor como en concentración; c) Acidificación o lluvia ácida que implica incorporación en el medioambiente sustancias ácidas que se forman con óxidos de azufre y nitrógeno que aparecen como consecuencia de quemar fósiles con vapor de agua; d) degradación de las aguas o eutrofización; e) radiaciones ionizantes y contaminación por metales pesados: plomo, mercurio y cadmio; f) sustancias cancerígenas; g) residuos industriales y radioactivos; h) nieblas de verano e invierno; i) agotamiento de recursos fósiles y minerales energéticos. ⁶⁵⁷

Los estados vienen desarrollando e implementando mecanismos alternativos de generación de energía. Este arduo camino se enmarca en una serie de nuevos paradigmas ambientales que se han desarrollado desde aquella ya célebre primera cumbre de Estocolmo de 1972 y que en la actualidad se plasman en el ya célebre Acuerdo de París ratificado por la inmensa mayoría de los países en el marco del O.N.U y que en su cláusula cuarta establece que “ para cumplir el objetivo a largo plazo referente a la temperatura que se establece en el artículo 2, las Partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, teniendo presente que las Partes que son países en desarrollo tardarán más en lograrlo, y a partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones de gases de efecto invernadero, de conformidad con la mejor información científica disponible,

⁶⁵⁶ Objetivos de Desarrollo sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>. 10-10-2019.

⁶⁵⁷ Al mismo tiempo el estudio indicado determina en qué porcentajes cada una de las fuentes fósiles influye en las citadas consecuencias. Ello excede al presente trabajo. Ver ESTHER RODRIGUEZ GALLEJOS-ALBERTOS. *Entorno Energético. Área de energías renovables*. España. Ediciones Roble SL., marzo de 2008 P 76

para alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza”

Es el escenario global en el que los llamados combustibles fósiles (cuya fuente constituyen claramente petróleo, gas y carbón) abastecen actualmente un 80% aproximadamente del consumo de energía mundial. El petróleo, con un 35%, es la fuente principal dentro de ellas, seguida por el gas con un 24%. No podemos soslayar un dato central y de enorme trascendencia : el consumo de energía en el mundo se incrementará-según los informes elaborados por la Energy Information Administration- en un 57% entre 2004 y 2030. La mayor demanda se espera en los denominados países emergentes (Argentina?). Por su parte en el mundo el 20% de la energía consumida es de fuente renovable, pero considerando como tal también a las de origen hidroeléctrico de más de 10 MW. Un informe emitido por el Instituto para el Desarrollo Energético Sustentable (<http://www.tea.org.ar> ISSN 2545-6415) explica que “si comparamos a la Argentina con el mundo, tenemos que la participación de no renovables en la matriz energética global es 90%, apenas por encima del 88% de nuestro país. Respecto a las energías fósiles su contribución es también de 61% al que se le debería añadir un 20% de energías provenientes de grandes represas que también son señaladas como contrarias al principio de sostenibilidad ambiental. Sin embargo, en la matriz global destaca la gran participación del carbón con 29%, mientras que en la Argentina su aporte es de apenas el 2%. En nuestro país el consumo de energías de fuentes fosiles se sostiene en el gas (más del 90%).

Al hacer la comparación regionalmente, observamos que la matriz energética latinoamericana se compone de un 75% de energías no renovables (74% fósiles y 1% nuclear) y 25% de renovables, de las cuales 22% es hidráulica y 3% otras renovables como eólica, solar y biomasa. En esta región la participación del carbón es de apenas 5%. Cabe destacar que del total de la oferta interna de energía primaria en la Argentina, el 12% es importada y se distribuye principalmente entre gas natural (56%), combustible nuclear (24%), carbón mineral (15%) y petróleo (5%). En el caso de la oferta interna de energía secundaria el 13% se importa, repartiéndose entre gas distribuido por redes (53%), diésel / gasoil y fueloil (35%), energía eléctrica (7%) y moto-nafta (3%). Si en Argentina alrededor de un 88% de la energía proviene de fuentes fósiles al año 2016 sólo el 2% provenía de energías renovables. Conforme lo publica la Comisión Nacional de Energía Atómica hoy la emanación de carbono se ha reducido ligeramente a tres millones de toneladas en el mes de junio de 2019.⁶⁵⁸ En este contexto la República Argentina ha venido dictando desde el año 1998 leyes de fomento a la generación de energía de fuentes renovables. En un principio solar y eólica hasta la actualidad en donde los marcos normativos

⁶⁵⁸ “Sumado a la disminución en la generación térmica respecto a junio del 2018, este mes hubo una importante participación del gas natural. En consecuencia, se evidenció una disminución considerable en las emisiones de gases de efecto invernadero respecto al año anterior, correspondiente a un 29,1%. Como consecuencia de esto, las emisiones producidas resultan ser las más bajas para el mes de junio de los últimos tres años.” Sitio de consulta: http://www.melectrico.com.ar/web/pdfs/SINTESIS_MEM_2019_JUNIO.pdf. 20-09-2019

comprenden una vasta cantidad de formas de renovables. Posteriormente se destaca el dictado de la Ley 26.190 del año 2006 y más recientemente la Ley 27.191 que, tal como lo veremos, elevó los objetivos iniciales y fijó los lineamientos de una verdadera política pública en la materia. La citada norma constituye hoy un verdadero estatuto para “las renovables” en Argentina a partir de la cual se pusieron en marcha una serie de exitosos programas denominados RenovAR desde el año 2017.

Con posterioridad a la sanción de la Ley de fomento a las energías renovables del Estado Nacional se dictó la Ley N° 27.424 en virtud de la cual se instituye y regula la novedosa categoría del usuario generador, instituto este que importa un cambio paradigmático en el mercado eléctrico, por cuanto con ley de más reciente dictado de generación se instituye la posibilidad de que los propios usuarios inyecten electricidad de fuente limpia a la red. Los desafíos son enormes y las ventajas innumerables. Sus alcances pueden modificar en el largo plazo de forma integral el tradicional esquema de actores del mercado eléctrico.

La empresa, cual institución social, se inserta así en un sistema que le propone desafíos y nuevos roles, cuanto menos, en dos sentidos. En primer término la posibilidad de participar de los programas de licitación de energías renovables que en el marco de la legislación vigente el Estado Nacional viene implementando con éxito desde 2017 (programas renovAR a los que nos referiremos posteriormente). Pero un segundo desafío que trasciende al ámbito de las empresas dedicadas al mundo eléctrico está dado por el modelo de generación distribuido en virtud del cual el propio usuario puede autogenerar su energía limpia e inyectar en la red sus excedentes. De hecho la denominada generación distribuida rompe el modelo tradicional del mercado edificado sobre el trípode prestador- regulador- usuario, abriendo las puertas al doble rol en donde la empresa usuaria también se reconvierte en proveedora del sistema interconectado.

Expuesto el complejo y novedoso escenario analizaremos seguidamente la conformación del mercado eléctrico argentino desde el punto de vista descriptivo, lo atinente a las renovables, sus aspectos normativos estructurales en el sistema nacional es decir, la manda constitucional y en especial en la Ley 27.191 de fomento a las renovables y la más reciente Ley 27.424 sobre generación distribuida desde la perspectiva empresaria, los diversos escenarios posibles y los desafíos para las empresas en el marco de las políticas y programas de desarrollo energéticos implementadas. Finalmente se expondrán las conclusiones.

2. EL MERCADO ELÉCTRICO ARGENTINO: EVOLUCIÓN, ESTRUCTURA Y CARACTERES

Es posible afirmar que existe un vínculo directo entre los niveles de la demanda eléctrica y el crecimiento económico o bien, los ciclos de expansión o retracción de la economía. Claramente se pueden identificar dos grandes sectores de demanda eléctrica: el consumo residencial y el consumo industrial y comercial.

Esta segmentación impacta de lleno en la conformación del mercado eléctrico de país. En este orden de idas el consumo de tipo residencial crece a largo plazo, motivado principalmente por el mismo crecimiento poblacional junto con el incremento de sus demandas domésticas, mientras que el consumo industrial y comercial lo hace de conformidad con los movimientos de los diferentes ciclos económicos.

Datos públicos dan cuenta de que en Argentina el sistema cuenta con más de trece millones de clientes, de los cuales doce millones corresponden al segmento residencial, un millón al sector comercial y el resto se reparte entre industria, organismos públicos y otros usuarios. El consumo residencial, el comercial y el de la pequeña y mediana industria es atendido por 75 distribuidoras, mientras que la gran industria y los grandes usuarios comerciales y de servicios constituyen la categoría de grandes clientes y por lo general adquieren su energía directamente a los generadores. Sabido es que las distribuidoras más grandes del país son EDESUR y EDENOR, que acaparan el servicio del área metropolitana de Buenos Aires. Por su parte, un dato no menor constituye el hecho de que la Provincia de Buenos Aires (incluyendo Ciudad de Buenos Aires) importa el 52% de la demanda nacional, seguida por Santa Fe con el 10%, Córdoba con el 8% y Mendoza con el 5%. Entre las provincias patagónicas se encuentran las provincias que mayor consumo por habitante registran. Así por ejemplo Chubut presenta el mayor consumo por habitante con 4,57 MWh por habitante/año, seguido por Neuquén con 3,86 MWh por habitante/año y Santa Fe con 3,16 MWh por habitante/año. Las provincias con menores consumos son Salta (1,13 MWh por habitante/año), Jujuy (1,10 MWh por habitante/año) y Santiago del Estero (1,04 MWh por habitante/año). ⁶⁵⁹ Informa el Banco Mundial que el consumo promedio por habitante (datos a 2014) asciende a 3.075 KW. Un promedio que se encuentra por debajo de países vecinos como Uruguay y Chile. ⁶⁶⁰ En el último año el consumo habría bajado alrededor del diez por ciento.

Haciendo un poco de historia, cabe recordar que la provisión de electricidad en Argentina se remonta a fines del siglo XIX. Se inicia el suministro público de electricidad en la Argentina destinado al alumbrado público de Buenos Aires en el año 1887. En una segunda etapa ya caracterizada por el intervencionismo estatal se creó en 1946 la Dirección General de Centrales Eléctricas del Estado, un organismo público establecido para construir y operar centrales generadoras de energía eléctrica. Luego en 1947, se creó la empresa Agua y Energía Eléctrica S.A. («AyEE»), para desarrollar un sistema de generación, transporte y distribución de energía hidroeléctrica para la Argentina que fue transferido a las provincias recién al inicio de la década de los años ochenta. En 1962, el Gobierno Nacional otorgó una concesión anteriormente en manos de

⁶⁵⁹Datos extraídos de la Nota técnica correspondiente al informe técnico económico N° 70 de 2009 citado en https://www.economia.gob.ar/peconomica/informe/notas_tecnicas/22%20NOTA%20TECNICA%20Nivel%20de%20Actividad%20%20inf%2070.pdf consulta: 25-08-2019

⁶⁶⁰Informe del Banco Mundial publicado en su sitio web <https://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.ELEC.KH.PC?locations=AR&view=map> 30-08-2019

Compañía Argentina de Electricidad («CADE») a Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires («SEGBA») para la generación y distribución de electricidad en parte de Buenos Aires.

La etapa estatista ve su final con la reforma del estado implementada con la llegada de Carlos Menem al poder y el dictado de la Ley 23.696 definida por la doctrina y la jurisprudencia como un verdadero estatuto privatizador. Hacia 1989, cuando se dictó la citada ley que abrió las puertas al sistema de licencias y concesiones de los servicios públicos, prácticamente toda la industria del suministro eléctrico de la Argentina estaba controlada por el sector público estatal (97% de la generación total).

En el caso del estado federal, el Gobierno había asumido la responsabilidad de regular la industria a nivel nacional y controlaba las empresas nacionales de electricidad (léase Agua y Energía; SEGBA e Hidronor). El propio estado nacional poseía también intereses argentinos en las centrales generadoras que se desarrollaban u operaban en conjunto con Uruguay, Paraguay y Brasil. Por su parte varias provincias argentinas operaban sus propias empresas de electricidad. Se ha señalado que “la administración ineficiente y el inadecuado nivel de inversiones en bienes de capital, imperantes bajo el control de los gobiernos nacional y provincial, fueron en gran medida responsables del deterioro de los equipos físicos, la disminución de la calidad del servicio y la proliferación de pérdidas financieras en ese período”.⁶⁶¹

En sus orígenes la oferta eléctrica se concentraba en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores y progresivamente se fue extendiendo al resto del país. Como lo dijimos, hacia mediados del siglo XX los principales actores del mercado eléctrico eran las empresas estatales Agua y Energía, que prestaba servicios de generación y distribución a nivel nacional, SEGBA que hacía lo propio en el área metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires. Hacia fines de los '60 aproximadamente el 70% de la oferta provenía de generación térmica, situación que se modificó radicalmente con las nuevas centrales hidroeléctricas. Esta nueva fuente de oferta fue la respuesta del sistema eléctrico a la revolución tecnológica de mediados del siglo XX, con la difusión generalizada de los electrodomésticos que produjo un fuerte aumento del consumo eléctrico. El proceso de expansión de la generación y oferta eléctrica fue más que importante a partir de la segunda mitad del siglo XX pero hacia fines de la década del ochenta se encontraba al borde del colapso con severas deficiencias técnicas y contextualizada en la crisis económica imperante, sufriendo fuertes dificultades de financiamiento. En el año 1989 los bajos caudales de los dos principales sistemas hídricos (Comahue y Mesopotamia) provocaron una fuerte escasez que debió ser afrontada con racionamiento y cortes programados y replantearon la necesidad de una reforma radical del sistema. Esta reforma consistió básicamente en la desintegración vertical de las empresas estatales y la separación de las mismas en segmentos independientes de generación, transporte y distribución, operados por empresas privatizadas.

⁶⁶¹ <https://ri.pampaenergia.com/nuestros-activos/electricidad/el-sector-electrico-de-argentina/> 26-08-2019

Una visión bastante generalizada atribuye la crisis del sistema eléctrico de fines de los '80 a la falta de inversión. En general todas las compilaciones de series de potencia difieren entre sí de acuerdo a si consideran el mercado aislado o el interconectado, o a si incluyen el sistema patagónico. Cabe recordar que hasta 1992 no existía un mercado mayorista interconectado y que la conexión entre el mercado nacional y el patagónico se concretó recién en 2006.

Entre 1970 y 1980 la oferta eléctrica medida en MW aumentó 107% (equivalente a 7,6% anual), mientras que entre 1980 y 1990, considerada la "década de la desinversión" aumentó 52% (4,3% anual). En comparación, en la década del '90 la oferta aumentó 57% (4,7% anual), incremento apenas superior al de los '80 y claramente inferior al de los '70. La diferencia de la década del '90 con las anteriores radica en mejoras de eficiencia en el área de distribución y en el aprovechamiento operativo de inversiones realizadas anteriormente, por ejemplo la inauguración de Yacyretá, planeada e iniciada en la década del '70.

662

Un verdadero hito fundacional el mercado eléctrico actual deviene de la sanción de la Ley N° 24.065, la cual constituye el marco regulatorio del sistema eléctrico nacional dictado en el año 1991. Con la mencionada norma se produce un giro sustancial en el modelo prestacional dejando a un lado el tradicional esquema de integración vertical del servicio en virtud de la cual empresas públicas tenían bajo su órbita desde la generación hasta la distribución. A partir del nuevo régimen el sector se sostiene en un claro esquema de desintegración vertical del servicio que se subdivide en tres segmentos independientes: generación, transporte y distribución. Cassagne⁶⁶³ explica la tesis del estado subsidiario en el derecho natural, obrando los particulares de propio "sin injerencia artificial del estado" y continúa diciendo, "ya casi nadie puede negar que el principio por el cual puede el Estado intervenir en el plano económico se da por el principio de la subsidiariedad, que veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria..."

En otro libro completa su pensamiento sosteniendo que "El principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como

⁶⁶² Informe técnico citado.

⁶⁶³ JUAN CARLOS CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Octava edición actualizada. Buenos Aires. Lexis Nexis. 25 de julio de 2006 t II P 419.

ideológicos”⁶⁶⁴.” Entiende que la legislación que regule los servicios públicos no podría apartarse de los principios que imperan en una economía de mercado, promoviendo pues que las distintas prestaciones sean brindadas por empresas privadas.

En el marco de las reformas de los años noventa en la República Argentina, a partir de la aplicación de la tesis del estado mínimo, se produjo el traspaso de la mayoría de las empresas prestadoras de los servicios públicos al sector privado. En este contexto sociopolítico, se dictó en el plano nacional en materia eléctrica el marco regulatorio del servicio, sancionándose así la citada Ley N° 24.065.

La doctrina europea postula que la construcción de un mercado eléctrico deben hacerse desde tres perspectivas: a) la competencia; b) la seguridad del suministro y c) la noción del servicio público. Por su parte, la literatura económica ha estudiado los principales caracteres del mercado de la energía encontrando las siguientes notas tipificantes: a) imposibilidad de ser almacenada; b) estacionalidad de la demanda y volatilidad de las energías renovables, c) baja o nula elasticidad del precio de la demanda en el corto plazo; d) coexistencia de diversas tecnologías de generación; e) restricciones a la red en el transporte; f) barreras de entrada; g) monopolio natural prestacional.⁶⁶⁵ Como lo anticipamos la norma estableció que el sector eléctrico comprende tres segmentos independientes, a saber: generación, transporte y distribución.

Dice el artículo primero de la Ley 24065: Caracterízase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptúase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo.⁶⁶⁶

Asimismo, tal como surge del texto de la citada norma, el transporte y la distribución están caracterizados como servicios públicos, siendo la generación una actividad de interés general. Esta segmentación del servicio se traduce en una desintegración vertical del sistema, que permite desconcentrar la actividad, evitando así un auténtico monopolio que reúna en una sola empresa todo el proceso eléctrico. Este fue el sustento ideológico político que tuvo el proceso de reforma de los años noventa en nuestro país.

⁶⁶⁴ JUAN CARLOS CASSAGNE, *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires Editorial Astrea.1994 P 109 y ss.

⁶⁶⁵ GONZALO MAESTRO BUELGA, MIGUEL ANGEL GARCIA HEREDIA Y EDUARDO VIRGALA. *El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojas en La construcción del mercado europeo de la energía*. Gonzalo Maestro Buelga, Miguel Angel García Heredia Eduardo Virgala . (Editores) Granada, España. Editorial Comares. 2011. P5

⁶⁶⁶ Artículo primero de la Ley 24.065.

En este especial esquema de mercado se inserta la empresa en un doble carácter. Por una parte, aquellas cuyo objeto constituye la generación de energía siendo que tal actividad no constituye servicio público pero sí una actividad de interés público regulada por el estado y por otra parte el rol que pueden asumir todas las empresas (grandes y pymes) en virtud del cual pueden, a través del sistema de generación distribuida autoabastecerse e inyectar energía al sistema. La empresa como usuaria-generadora. Un verdadero cambio de paradigmas en materia de mercado eléctrico.

Con la irrupción del sistema instituido mediante la Ley 24.065, en el plano nacional tomaron relevancia nuevos actores, entre los que encontramos la empresa Cammesa que opera el mercado eléctrico mayorista y el ENRE –en regulador- .

Con la desintegración vertical se liberaliza la generación bajo condiciones de libre competencia, pero el transporte y la distribución se prestan en condiciones de monopolio natural bajo la figura de servicio público.

El Estado actúa como regulador a través del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). El ENRE es un organismo autárquico encargado de regular la actividad eléctrica y de controlar que las empresas del sector cumplan con las obligaciones establecidas en el Marco Regulatorio y en los Contratos de Concesión. En el área de distribución el ENRE tiene competencia en las áreas de distribución de Edenor, Edesur y Edelap mientras que las distribuidoras del interior del país son reguladas por los organismos provinciales competentes en cada jurisdicción.

Cabe así aclarar que en general las provincias no instrumentaron mecanismos de concesión o licencia eléctrica, conservando en general los tradicionales esquemas de empresa pública prestadora del servicio.

El otro organismo importante del mercado eléctrico es la Compañía Administradora del Mercado Mayorista de Electricidad Sociedad Anónima (CAMMESA). Creada en el año 1992, sus funciones principales comprenden la coordinación de las operaciones de despacho, la responsabilidad por el establecimiento de los precios mayoristas y la administración de las transacciones económicas que se realizan a través del sistema interconectado nacional. Se trata de una empresa de gestión privada con propósito público. El paquete accionario de CAMMESA es propiedad de los Agentes del Mercado Mayorista Eléctrico en un 80%. El 20% restante está en poder del ministerio público que asume la representación del interés general y de los usuarios cautivos. El 80% señalado se integra en partes iguales por los Agentes Generadores, Transportistas, Distribuidores y Grandes Usuarios con un 20% de participación cada uno. CAMMESA supervisa el funcionamiento del mercado a término, planifica las necesidades de potencia y optimiza su aplicación de acuerdo a las reglas fijadas por la Secretaría de Energía.

Hoy el sistema eléctrico argentino cuenta con 39.000 megavatios (MW) de potencia instalada, de los cuales el 61% es de origen fósil, 26,7% hidráulica, 6% nuclear y 5% de fuentes renovables . La región centro del país, principalmente el norte de la Provincia de Buenos Aires y el Sur de Santa Fe y Entre Ríos contiene la mayor parte de la oferta, con aproximadamente el 43% del total,

seguida por el Comahue con el 22%. La región del NEA aporta el 9%, la zona Centro y el NOA aportan 8% cada una, Cuyo el 6% y la Patagonia al sur del Comahue el 3% restante. El sistema interconectado nacional (SADI) consiste en la red troncal que recorre el país y lo abastece de energía desde los centros de generación a todos los rincones del territorio. Se encuentra interconectado por una red de transporte de casi 15.000 kilómetros de líneas de extra-alta tensión de 500 kV y 15.000 kilómetros adicionales de líneas de distribución troncal. MW.

3. LAS RENOVABLES EN DERECHO ARGENTINO: REGULACIONES, FOMENTO E INCENTIVOS FISCALES PARA LAS EMPRESAS

Como lo hemos descripto, el mercado eléctrico argentino está compuesto por tres grandes fases investidas de diversa naturaleza jurídica. El sector empresario puede dedicarse a la generación, transporte y distribución de energía eléctrica. Ahora bien, con las nuevas políticas legislativas y de gestión cuyo objeto es la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero a partir de las cuales se instrumentan programas de fomento a las energías limpias se abrieron las puertas a las pequeñas y medianas empresas que pueden hoy participar de un esquema abierto caracterizado por la liberalización y el acceso a las redes. Las regulaciones contempladas en las leyes 27.191 y 27424 han sido verdaderamente disruptivas.

Más de sesenta países cuentan con instrumentos jurídicos de fomento o promoción de las llamadas energías renovables entre los cuales se encuentra Argentina. Ahora bien: ¿cuáles son las principales ventajas que se le asignan a las energías renovables? No caben dudas de que las renovables permiten reducir la dependencia energética exterior de los países, influyendo ello inclusive en la balanza de pagos (se afirma que son autóctonas); b) generan cinco veces más puestos de trabajo; c) favorecen la integración territorial puesto que en general se ubican en zonas rurales y principalmente no son dañinas para el ambiente.⁶⁶⁷

Ya en el año 1998, en el marco de las directrices emanadas del otrora Protocolo de Kyoto (1997) en el que los científicos ya advertían sobre las nefastas consecuencias del calentamiento global y su estrecha relación con las fuentes fósiles de electricidad, el Congreso Argentino sancionó la Ley N° 25.019-, en cuyo primer artículo se declaró de interés la generación de energía eólica y solar. Esta primigenia norma jurídica se limitó a las clásicas energías de fuentes renovables, limitándose a las de origen eólico y solar. Estableció además una serie de beneficios de tipo fiscal y creó un Fondo Fiduciario de Energías Renovables destinado a incentivar la generación de ese tipo de energía, mediante un sistema de prima por MW (actualmente, aprox. 10 dólares por MW).

Podría afirmarse que aquella norma viene a ser el primer antecedente que pone de manifiesto que ya hace veinte años la cuestión comenzaba a ocupar un lugar en la agenda pública. Luego, en 2006 el Parlamento Argentino sancionó la Ley

⁶⁶⁷ ESTHER RODRIGUEZ GALLEGO - ALBERTO.. *Entorno energético...*cit. P52

N° 26.190, denominada “ Régimen de Fomento Nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica”. Aquí sí se instituye de forma clara y categórica un régimen de fomento a las renovables, se pautan ambiciosos objetivos y se establecen beneficios fiscales y de financiamiento que luego son reproducidos con modificaciones en el actual subsistema regulatorio sancionado en 2015 y reglamentado en 2016. Es dable recordar que en aquella norma se declaró de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables con destino a la prestación de servicio público así como para la investigación.

Esta norma fue luego reformada por la hoy vigente y verdadera ley madre en la materia, la ley N° 27.191 del año 2015 reglamentada en 2016. Cual dato fundamental cabe señalar que reitera la declaración de interés antes indicada pero expresamente introduce una sustancial reforma al artículo segundo al establecer que se fija como meta alcanzar el 8% de consumo de energías de fuentes renovables al 31 de diciembre de 2017 y no diez años como lo sostenía el anterior régimen. La cuestión no es menor. Establece asimismo, como ambicioso objetivo, alcanzar el 20% para el año 2025. Expresamente la norma contempla en su articulado una serie de cursos de acción tendientes a efectivizar el cambio de matriz energética, constituyendo el mandato una clara política pública en la materia.

Al analizar la norma entre los aspectos más relevantes encontramos las siguientes definiciones, contenidas en el artículo cuarto y que vienen a despejar toda duda acerca de algunos conceptos debatidos por los especialistas en la temática energética: a) Fuentes Renovables de Energía: Son las fuentes renovables de energía no fósiles idóneas para ser aprovechadas de forma sustentable en el corto, mediano y largo plazo: energía eólica, solar térmica, solar fotovoltaica, geotérmica, mareomotriz, undimotriz, de las corrientes marinas, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, biogás y biocombustibles, con excepción de los usos previstos en la ley 26.093. (Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.191 B.O. 21/10/2015) b) El límite de potencia establecido por la presente ley para los proyectos de centrales hidroeléctricas, será de hasta cincuenta megavatios (50 MW). (Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.191 B.O. 21/10/2015) c) Energía eléctrica generada a partir de fuentes de energía renovables: es la electricidad generada por centrales que utilicen exclusivamente fuentes de energía renovables, así como la parte de energía generada a partir de dichas fuentes en centrales híbridas que también utilicen fuentes de energía convencionales. d) Equipos para generación: son aquellos destinados a la transformación de la energía disponible en su forma primaria (eólica, hidráulica, solar, entre otras) a energía eléctrica.

A partir del elevado objetivo que introdujo la legislación vigente desde 2015 y luego de la reglamentación instrumentada a través del Decreto N° 531/2016 se pusieron en marcha a través del Ministerio de Energía los programas RenovAR que vienen licitando cupos de producción de energía renovable con particular éxito desde el año 2016.

Al respecto recuerda Cassagne (2017) que:

..A partir de la nueva normativa antes citada, una nueva etapa se ha abierto en el campo del desarrollo de energías renovables en la Argentina. Y ello se ha concretado por medio del nuevo programa de fomento de energías renovables, denominado RenovAR (Plan de Energías renovables). Se trata de una política pública bien definida, que se mantiene en el tiempo, que podrá concretarse siempre que exista seguridad jurídica y un clima de confianza que permita el acercamiento de los inversores que apuestan a este tipo de proyectos. El programa RenovAR se inserta en el cumplimiento de los objetivos establecidos por las leyes 26.190 y 27.191 y su decreto reglamentario 531/16, de contribución de generación renovable. El Ministerio de Energía y Minería de la Nación emitió la resolución 136/16, por medio de la cual se establecieron las condiciones para licitar la instalación de potencia de energía renovable con un objetivo de 1000 MW. La licitación, denominada "RenovAR Ronda 1" fijó como criterio el de adjudicar 600 MW a proyectos eólicos, 300 MW a proyectos solares, 65MW a proyectos de biomasa, 20MW a pequeños aprovechamientos hidráulicos, y 15MW a ofertas de biogás. La Ronda 1 de Renovar ha sido estructurada con un sistema de tres garantías. En primer lugar, el FODER antes mencionado garantiza el pago que CAMMESA debe hacer de la energía contratada, y asimismo ante un evento de terminación contractual. A su vez, existe un segundo nivel de garantía, asumiendo el Estado Nacional como garante frente a la terminación de los contratos. Finalmente, en caso de que sea necesario, como garantía final se encuentra el Banco Mundial, también para este último supuesto. El éxito ha sido tan rotundo que en forma inmediata se publicó un nuevo concurso, denominado "Ronda 1.5", en el cual solo se admitieron que participaran aquellos proyectos que hayan sido presentados en la Ronda 1, y no hubieran resultado adjudicados. El nuevo llamado indicó en forma expresa la lista de los proyectos que podían manifestar su interés de participar en esta nueva convocaría. En la "Ronda 1.5" se adjudicaron 30 proyectos por un total de 1.281,6 MW, distribuidos de la siguiente forma, 10 contratos de energía eólica, por un total de 765,4 MW y 20 contratos de energía solar, por un total de 516,2 MW. En esta Ronda los precios medios adjudicados por tipo de proyecto fueron los siguientes, 53,34 USD/MWh para energía eólica y 54,94 USD/MWh para la energía solar.⁶⁶⁸

A la fecha ya el 8% de la matriz energética argentina es limpia. Cabe citar al respecto que en materia de implementación de programas públicos se han celebrado ya tres rondas del programa renovar (numeradas 1; 1.5; 2 y 3). En 2019 se ha lanzado el RenovAR III implementado a través de la Resolución N°100/2018 emanada de la Secretaría de Gobierno de Energía dependiente del Ministerio de Hacienda (con fecha de adjudicación el 22 de julio de 2019 y una potencia total esperada de 323,4 MW)).

Con relación a esta última licitación resulta que hay una disminución de los beneficios de tipo impositivo a obtener en ciertas categorías de ellas. La tecnología que mayor reducción sufre es el biogás que pasó de un tope de u\$s

⁶⁶⁸ EZEQUIEL CASSAGNE, EZEQUIEL. *El nuevo marco normativo de las energías renovables en*, LA LEY 01/03/2017, 01/03/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/499/2017. 20-08-2019.

2.750.000 por megavatio (MW) a u\$s 2.025.000, seguido por los proyectos de biogás relleno sanitario que habían tenido un cupo máximo de u\$s 1.250.000 en 2017 y este año será de u\$s 585.000.

Para esta tercera ronda las restantes tecnologías tendrán el siguiente tope de beneficios fiscales: Eólica u\$s 630.000, Solar fotovoltaica u\$s 382.000, Biomasa u\$s 1.125.000 y Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctricos (PAH) u\$s 1.260.000. Por otro lado, también se modificaron hacia abajo los valores de referencia para inversiones para algunas tecnologías. Solo los proyectos de energía eólica - u\$s 1,4 millón por MW - y solar fotovoltaica - u\$s 850.000 por MW - se mantuvieron con el mismo monto que en la ronda pasada. Para los desarrollos de biomasa, el valor de referencia cayó a u\$s 2,5 millones, en el caso de biogás fue de u\$s 4,5 millones, mientras que para los PAH pasó a ser de u\$s 2,8 millones. El que más cambió fue el monto de referencia para los proyectos de biogás de relleno sanitario que bajó de u\$s 2,5 millones por MW a u\$s 1,3 millones.

Otro dato significativo es que el plazo de garantía se redujo a la mitad, de 180 a 90 días. La Secretaría explicó que esto se debió a la "consolidación del Programa RenovAr, su aceptación por los inversores y el historial de pagos". Sobre este último punto detalló que "en los últimos 17 años, el máximo retraso histórico de pagos fue de 72 días".

En esta reciente ronda se adjudicaron a través de la disposición N°91/19 de la Secretaría de Energía diez proyectos de tecnología eólica por 128,7 MW de potencia, 13 de tecnología solar fotovoltaica por 96,75 MW de potencia, 2 proyectos de biomasa por 8,5 MW, 6 de biogás por 12,75 MW, 1 proyecto de Biogás de Relleno Sanitario por 5 MW, y 6 proyectos de Pequeños Aprovechamiento Hidroeléctricos por 7,38 MW. Esos nuevos proyectos se distribuirán en 12 provincias. Es fundamental la visión federal que debe imperar en estas políticas. En el caso se expanden hacia las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Córdoba, Formosa, La Pampa, Mendoza, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz y Santa Fe. Los doce proyectos (por 62,75 MW de potencia) que no fueron adjudicados pero sí calificados técnicamente, fueron invitados a celebrar Contratos de Abastecimiento de Energía Eléctrica Renovable y los respectivos Acuerdos de Adhesión al Fondo para el Desarrollo de Energías Renovables (FODER) por el precio mínimo adjudicado según la tecnología.

Por su parte el régimen legal vigente contempla en el artículo siete un régimen de inversiones cuya finalidad es promover las obras necesarias para generación de energías renovables. La cuestión de la infraestructura constituye un pilar sobre el cual debe planificarse el sistema eléctrico argentino basado en los principios de sostenibilidad, eficiencia, economía y accesibilidad. En este camino la ley prevé en su artículo séptimo la creación de un fideicomiso (FODER) y una serie de incentivos fiscales relevantes vinculados al impuesto a las ganancias, ganancia mínima presunta y al IVA en virtud de las cuales hay compensaciones y reintegros.

El modelo regulatorio adopta la típica técnica de fomento a través de incentivos económicos y fiscales que hacen más factible el desarrollo y crecimiento de las

inversiones en la materia. Podría decirse que todo está por hacerse y en ese sendero estamos.

Es fundamental la presencia del fondo fiduciario a partir del cual las empresas pueden acceder a créditos y subvenciones más que necesarios para esta etapa fundacional del sistema. Por otra parte el tanto este fondo como inclusive el banco mundial están previstos como agentes de garantía para el otorgamiento de créditos a las compañías interesadas en participar de los procesos de generación de renovables. El apoyo financiero va acompañado de incentivos tributarios.

La norma al instituir el fondo fiduciario dispone que son recursos del fondo creado: a) Los recursos provenientes del Tesoro Nacional que le asigne el Estado Nacional a través de la Autoridad de Aplicación, los que no podrán ser anualmente inferiores al cincuenta por ciento (50%) del ahorro efectivo en combustibles fósiles debido a la incorporación de generación a partir de fuentes renovables obtenido en el año previo, de acuerdo a como lo establezca la reglamentación; b) Cargos específicos a la demanda de energía que se establezcan; c) El recupero del capital e intereses de las financiaciones otorgadas; d) Los dividendos o utilidades percibidas por la titularidad de acciones o participaciones en los proyectos elegibles y los ingresos provenientes de su venta; e) El producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos; f) Los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios que emita el fiduciario por cuenta del Fondo. A tales efectos, el Fondo podrá solicitar el aval del Tesoro Nacional en los términos que establezca la reglamentación.

Especial mención merecen los beneficios fiscales que la norma autoriza en el marco de las políticas de fomento a la generación de energías renovables. En este sentido se las puede subsumir del siguiente modo: 1. Impuesto al Valor Agregado e Impuesto a las Ganancias. En lo referente al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto a las Ganancias, será de aplicación el tratamiento dispensado por la ley 26.360 y sus normas reglamentarias, que a estos efectos mantendrán su vigencia hasta la extinción del "Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinada a la Producción de Energía Eléctrica", con las modificaciones establecidas a continuación: 1.1. Este tratamiento fiscal se aplicará a la ejecución de obras de infraestructura, incluyendo los bienes de capital, obras civiles, electromecánicas y de montaje y otros servicios vinculados que integren la nueva planta de generación o se integren a las plantas existentes y conformen un conjunto inescindible en lo atinente a su aptitud funcional para la producción de energía eléctrica a partir de las fuentes renovables que se definen en el inciso a) del artículo 4° de la presente ley. 1.2. Los beneficios de amortización acelerada en el Impuesto a las Ganancias y de devolución anticipada del Impuesto al Valor Agregado no serán excluyentes entre sí, permitiéndose a los beneficiarios acceder en forma simultánea a ambos tratamientos fiscales. 1.3. El beneficio de la devolución anticipada del Impuesto al Valor Agregado, se hará efectivo luego de transcurrido como mínimo un (1) período fiscal contado a partir de aquél en el que se hayan realizado las respectivas inversiones y se aplicará respecto del

Impuesto al Valor Agregado facturado a los beneficiarios por las inversiones que realicen hasta la conclusión de los respectivos proyectos dentro de los plazos previstos para la entrada en operación comercial de cada uno de los mismos.

Otro aspecto interesante en materia lo constituye la cuestión laboral. En este sentido la ley contiene normas que protegen el empleo al definir que se dará especial prioridad, en el marco del presente régimen, a todos aquellos emprendimientos que favorezcan, cualitativa y cuantitativamente, la creación de empleo y a los que se integren en su totalidad con bienes de capital de origen nacional. La autoridad de aplicación podrá autorizar la integración con bienes de capital de origen extranjero, cuando se acredite fehacientemente, que no existe oferta tecnológica competitiva a nivel local.

4.- LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA: NUEVOS PARADIGMAS PARA EL MERCADO Y SUS ACTORES

Bajo nuevos paradigmas sustentados en las ideas de justicia intergeneracional y sostenibilidad del desarrollo, es posible afirmar que en materia de renovables asistimos a los albores de una auténtica revolución en materia de generación energética "limpia". Desde el punto de vista estrictamente jurídico y de la gestión pública esto se plasma los altos objetivos de la ley marco analizada y los planes y proyectos que se vienen poniendo en marcha con éxito y mejores perspectivas aún. Pero también lo hace a través de la técnica que posibilita que los propios usuarios generen su energía a través de matrices de producción limpia con la posibilidad de que inyecten al sistema o a la red eléctrica sus excedentes. Este novedoso mecanismo que presenta ribetes económicos, técnico científico y jurídico -tanto como cultural- ha sido recientemente implementado a través de la Ley 27.424 antes citada.

Centralmente, de conformidad con las prescripciones de los artículos primero y segundo, la norma tiene por objeto fijar las bases dentro de las cuales se instrumentará entre los consumidores y distribuidores el sistema que le permita a los primeros generar su propia energía eléctrica limpia para inyectar a la red los excedentes de flujo eléctrico. Se declara asimismo de interés general la generación distribuida

Todo usuario de la red de distribución tiene derecho a instalar equipamiento para la generación distribuida de energía eléctrica a partir de fuentes renovables hasta una potencia equivalente a la que éste tiene contratada con el distribuidor para su demanda, siempre que ésta se encuentre en el marco del artículo 6° de la presente ley y cuente con la autorización requerida. El usuario de la red de distribución que requiera instalar una potencia mayor a la que tenga contratada para su demanda deberá solicitar una autorización especial ante el distribuidor. Por su parte el llamado usuario - generador también tiene derecho a generar para autoconsumo energía eléctrica a partir de fuentes renovables y a inyectar sus excedentes de energía eléctrica a la red de distribución reuniendo los requisitos técnicos que establezca la reglamentación. La reglamentación podrá fijar diversas categorías de "usuarios generadores".

Asimismo la ley establece en su artículo octavo que “ La conexión del equipamiento para la generación distribuida de origen renovable por parte del usuario-generador, para su autoconsumo con inyección de sus excedentes a la red, deberá contar con previa autorización.”

Luego se determina que “ La misma será solicitada por el usuario-generador al distribuidor. El distribuidor deberá expedirse en el mismo plazo que la reglamentación local establezca para la solicitud de medidores y no podrá rechazar la solicitud si se tratare de instalación de equipos certificados. Cumplido el plazo o rechazada la solicitud, el usuario-generador podrá dirigir el reclamo al ente regulador jurisdiccional...”

Las partes celebrarán el respectivo contrato y expresamente se contemplará en el instrumento cualquier bonificación adicional que recibirá por el ahorro de consumo, por la energía que utilizará en los períodos que no inyecte a la red, como así también la forma en que se determinará el valor de su aporte a la red. (conforme artículo 10).

De forma análoga a lo previsto en el marco regulatorio de las renovables, se crea un fondo especial (fideicomiso) denominado FODIS y el Régimen de Fomento para la Fabricación Nacional de Sistemas, Equipos e Insumos para Generación Distribuida a partir de fuentes renovables, en adelante FANSIGED, en la órbita del Ministerio de Producción u organismo que lo reemplace en el futuro. Ambos mecanismos instituidos tienen como objeto fomentar la actividad a partir de cursos de acción, recursos, beneficios e incentivos económicos de diversa índole. Así, se instituyen reintegros relativos a tributos soportados por la incorporación de bienes de capital y se prevé la emisión de certificados fiscales imputables a impuestos nacionales. Expresamente se prevé el otorgamiento de préstamos, incentivos, garantías, la realización de aportes de capital y adquisición de otros instrumentos financiero, todos ellos destinados a la implementación de sistemas de generación distribuida a partir de fuentes renovables.

Con respecto a la retribución se establece que cada distribuidor efectuará el cálculo de compensación y administrará la remuneración por la energía inyectada a la red producto de la generación distribuida de energía eléctrica a partir de fuentes renovables bajo el modelo de balance neto de facturación. La ley prevé en su artículo 12 el esquema de facturación, fijando expresamente los siguientes lineamientos:

- a) El usuario-generador recibirá una tarifa de inyección por cada kilowatt-hora que entregue a la red de distribución. El precio de la tarifa de inyección será establecido por la reglamentación de manera acorde al precio estacional correspondiente a cada tipo de usuario que deben pagar los distribuidores en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) conforme el artículo 36 de la ley 24.065, y sus reglamentaciones;
- b) El valor de la tarifa de inyección de cada usuario-generador regirá a partir del momento de la instalación y conexión por parte del distribuidor del equipo de medición correspondiente;
- c) El distribuidor reflejará en la facturación que usualmente emite por el servicio de energía eléctrica prestado al usuario-generador, tanto el volumen de la energía demandada como el de la energía

inyectada por el usuario-generador a la red, y los precios correspondientes a cada uno por kilowatt-hora. El valor a pagar por el usuario-generador será el resultante del cálculo neto entre el valor monetario de la energía demandada y el de la energía inyectada antes de impuestos. No podrán efectuarse cargos impositivos adicionales sobre la energía aportada al sistema por parte del usuario-generador.

d) Si existiese un excedente monetario por los kilowatt-hora inyectados a favor del usuario-generador, el mismo configurará un crédito para la facturación de los periodos siguientes. De persistir dicho crédito, el usuario-generador podrá solicitar al distribuidor la retribución del saldo favorable que pudiera haberse acumulado en un plazo a determinar por la reglamentación, que no será superior a seis (6) meses. El procedimiento para la obtención del mismo será definido en la reglamentación de la presente;

e) En el caso de un usuario-generador identificado como consorcio de copropietarios de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario, el crédito será de titularidad de dicho consorcio de copropietarios o conjunto inmobiliario;

f) Mediante la reglamentación se establecerán mecanismos y condiciones para cesión o transferencia de los créditos provenientes de la inyección de energía entre usuarios de un mismo distribuidor.

El distribuidor no podrá añadir ningún tipo de cargo adicional por mantenimiento de red, peaje de acceso, respaldo eléctrico o cualquier otro concepto asociado a la instalación de equipos de generación distribuida.

La generación de energías renovables o limpias impacta en el mercado eléctrico nacional puesto que rompería el esquema quasi-centralizado en pos de un sistema abierto de generación. Esta posibilidad transforma a los consumidores tradicionales en "prosumidores". Nació la figura del "usuario generador". El mercado ha cambiado. El sector de las energías renovables se desarrolla con rapidez, por lo que las políticas y medidas de apoyo deben actualizarse permanentemente y basarse en información recientes.

Recientemente se concretó en la provincia de Córdoba la conexión de las primeras PyMEs al sistema bajo la modalidad de Generación Distribuida de energía renovable. De esta forma es una realidad tangible que una serie de empresas ya están generando su propia energía para destinarla al autoconsumo, e inyectar a la red los eventuales excedentes a cambio de una remuneración.

La empresa provincial - EPEC- realizó el cambio de medidor y la conexión de los nuevos usuarios-generadores del régimen nacional de Generación Distribuida de fuentes de energía renovable, establecido por la Ley 27.424. Las empresas en cuestión son Conectar SRL, Punto Panorámico SA y Electroingeniería ICS SA . Estas compañías se convirtieron así en los primeros usuarios del sector productivo que se incorporan a este programa. Al mismo tiempo, EPEC realizó conexión de los primeros usuarios-generadores residenciales en la provincia de Córdoba. Se indicó que:

La empresa Grupo Conectar SRL es una compañía cordobesa con 18 años de trayectoria dedicada a desarrollar obras, servicios y proyectos de ingeniería eléctrica y electromecánica, y fabrica y vende materiales para la electricidad. Ubicada en Juárez Celman, actualmente tiene más de 240 empleados. Instaló un equipo de 10 kW de potencia que cuenta con 30 paneles solares, y tiene planeado próximamente duplicar esa potencia. Por su parte, la empresa Punto Panorámico SA es una Estación de Servicio Dual ubicada al oeste de la capital provincial, en el Barrio Valle Escondido. Se dedica a la venta de combustibles líquidos y Gas Natural Comprimido (GNC) y en ella trabajan 31 personas. El equipo que instaló cuenta con 60 paneles solares de 330 Wp de potencia cada uno. Por último, Electroingeniería ICS SA es una empresa dedicada a la fabricación, construcción y comercialización de productos para el mercado eléctrico. Se encuentra en las inmediaciones del Aeropuerto Internacional Ing. Ambrosio Taravella de la ciudad de Córdoba, e instaló un equipo de 10 kW de potencia formado por 36 paneles solares.⁶⁶⁹

La apertura y liberalización de la red eléctrica produce naturalmente una democratización del sistema. A partir de los avances tecnológicos y de la conciencia ambiental es posible que las empresas emprendan su autogeneración energética y celebren contratos con las distribuidoras tradicionales para la inyección a la red de los excedentes. Los retos fundamentales tienen que ver con la existencia de posibilidades de financiamiento para solventar las inversiones del caso, las posibilidades técnicas de la red y el denominado riesgo regulatorio.

5. LOS DESAFÍOS

Recuerda la doctrina especializada que ⁶⁷⁰ las regulaciones planteadas en materia de energías renovables presentan una serie de desafíos para todos los actores del sistema. Así se pueden identificar desafíos para la normativa, el estado, el mercado, los usuarios y la sociedad.

Las disposiciones de la ley referida en tanto impone las empresas privadas, instituciones estatales y grandes usuarios de energía que tengan un consumo mensual superior a los 300 KW que en su matriz de consumo el 8% de la energía provenga de fuentes limpias lo que nos lleva a puntualizar algunos aspectos sobre su implementación.

⁶⁶⁹<https://www.argentina.gob.ar/noticias/generacion-distribuida-renovable-se-conectaron-en-cordoba-las-primeras-pymes> . 28-08-2019

⁶⁷⁰ MARCOS MEDINA- IVAN RIOS BENITEZ- MIGUEL ANDRES GOLDFARB. *“Problemática ambiental, desarrollo sustentable y energías renovables. Nuevos paradigmas, regulación y fomento en Argentina.”* compilado por HECTOR ZIMERMAN ALVARO MONZON WYNGARD Y AGUSTIN CARLEVARO. XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / ; 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, editado por Héctor Zimerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustín S. Carlevaro. DVD-ROM, PDF ISBN 978-987-3619-33-5 . Marzo, 2018. P 84

Claro está que el objetivo primordial de tal obligación constituye la liberación de la menor cantidad de gases contaminantes que se traducen luego en llamado efecto invernadero". En este plano es central tener presente que el cálculo del consumo se hace por CUIT y no por suministro, lo que significa que aquellas compañías con varios establecimientos o sucursales debería considerar la suma de los consumos de los mismos. Naturalmente, tal situación obliga a estas empresas a definir políticas contundentes de ahorro energético. ¿cuáles son las opciones?

a) Autogenerar energía, invirtiendo en fuentes renovables en los términos de la ley antes comentada.

b) Comprar energía a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA).

c) Firmar contratos con privados que produzcan energía limpia.

El mercado eléctrico se encuentra en las puertas de un escenario disruptivo. La aparición del usuario generador ha venido a cambiar el tradicional esquema del usuario pasivo sujeto a las reglamentaciones. Consideramos que nos encontramos ante un proceso de democratización del esquema tradicional del mercado compuesto por oferente y demandante. El usuario puede ser empresario, el empresario puede ser empresario energético. La flexibilidad de roles es notable.

Asimismo, la misma promoción de las energías renovables también impacta en el mercado eléctrico dado que se observa una transición de la centralización a producción localizada diversa.

Transformaciones que nos llevan del esquema de negocio convencional de los servicios centralizados, mediante el cual las empresas obtienen beneficios mediante la entrega de potencia a través de una red centralizada, hacia un modelo local distribuido con el aumento de la penetración de las energías renovables a pequeña escala. Esto está transformando los consumidores tradicionales en prosumidores. Por su parte la sociedad deber reconocer la relevancia de las energías renovables a nivel ambiental. La mayor conciencia pública aumenta la demanda popular por la incorporación de energías renovables que son que son más sustentables, y apoyan el desarrollo de políticas tendientes al desarrollo de estas fuentes.

En este contexto el Estado tiene como desafío llevar a la praxis el mandato del legislador, implementando con eficiencia y transparencia los programas y proyectos que transformen la realidad energética del país.

El rol de las empresas es central en el diseño del nuevo esquema que ubica al empresario o emprendedor en el eje del sistema. Sin embargo, las políticas de fomento son esenciales para el desarrollo de las energías no convencionales por lo que el estado debería: a) Eliminar o reducir las barreras regulatorias; b) crear sistemas de financiamiento de iniciativas locales y estímulos; c) - Sistematizar el conocimiento desarrollado por el sistema científico nacional d)- promocionar en la sociedad la concientización de la importancia de las energías no renovables y el ahorro energético; e) Diseñar productos financieros innovadores, adaptándose el apoyo del gobierno a las cambiantes condiciones del mercado y la transformación de los modelos de negocio de servicios públicos.

El sector de las energías renovables se desarrolla con rapidez, por lo que las políticas y medidas de apoyo deben actualizarse permanentemente y basarse en información recientes.

Finalmente cabe hacer mención a otro desafío: el riesgo regulatorio y la necesidad de evitarlo a través de políticas legislativas claras, previsibles y perdurables.

El desafío para el sistema en general pero principalmente para el estado consiste en que las futuras regulaciones no alteren los derechos adquiridos ni generen contrapuntos entre los actores de un campo que aún se encuentra en gestación. En este punto, especial mención merece la denominada teoría del riesgo regulatorio. ¿Debe una empresa prever la posibilidad de que se dicten regulaciones que afecten el estatus quo? Junto con los riesgos propios del negocio: ¿debe el emprendedor contemplar la posibilidad de que los marcos regulatorios se modifiquen de tal forma de que las ecuaciones contractuales y el plan de negocios sufran alteraciones? ¿cuál sería el límite, eventualmente?.

La cuestión no es menor dado que principios tales como confianza legítima, previsibilidad y no regresión constituyen piedras basales de todo esquema que desee prosperar. El cambio de reglas muy poco ayuda a la promoción de las inversiones tan necesarias para el desarrollo de estas tecnologías indispensables para el futuro del planeta la humanidad.

Viene al caso recordar la Sentencia 270/15 emanada del Tribunal Constitucional de España en virtud de la cual, aplicando la teoría del riesgo regulatorio e invocando una crisis económica generalizada, se convalidó un nuevo sistema retributivo de las energías renovables fijado a través de un decreto que instituyó pagos y ayudas económicas sensiblemente menores a las previstas con anterioridad, desmantelando una serie de apoyos financieros a las generadoras de energías limpias y aplicando nuevas fórmulas financieras. En el caso el citado Tribunal sentenció que "...El cambio de situaciones objetivas y la regulación general que modifica la materia bajo cuyo marco se efectuaron las inversiones, no supone una expropiación de derechos, pues el inversor materializó su inversión bajo la vigencia de un régimen jurídico concreto, a cuya petrificación o inalterabilidad no tenía derecho..."⁶⁷¹

En este sentido el empresario, al emprender un negocio afrontaría una serie de riesgos dentro de los cuales se halla también la posibilidad de que ante nuevas y complejas realidades, el estado modifique los marcos regulatorios en detrimento de algún interés de los actores. En estos excepcionales casos no se vulnerarían los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Compartimos la opinión de Alenza García en la doctrina española quien señala con acertada visión que "con esta doctrina jurisprudencial se ha consagrado una especie de principio de inseguridad jurídica (puesto que nada impide que las normas puedan ser cambiadas de manera vertiginosa e

⁶⁷¹ BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2016, páginas 6370 a 6398 (29 págs.) en www.boe.es - 10-10-2019

incesante) y de desconfianza legítima (le diligencia exigible al beneficiario de una tarifa regulada le debe llevar a no confiar en su mantenimiento)...”⁶⁷²

El riesgo regulatorio constituye sin dudas un elemento a considerar con absoluta seriedad en el diseño de los esquemas jurídicos que se deberán corresponder con los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad.

7. CONCLUSIONES

El deterioro ambiental plasmado en el denominado efecto invernadero ha puesto a los estados en la necesidad de implementar legislaciones y políticas públicas proactivas de fomento con el objeto de n la regulación e incentivos económicos en diversos frentes que contribuyen a evitar el mayor deterioro del planeta. Nuestro país no escapa al escenario global. Desde 1998 Argentina viene dictando leyes al respecto, destacándose la reciente Ley N° 27.191 que modificó y amplió las bases y objetivos de la anterior del año 2006. Aún más recientemente contamos con el novedoso régimen de generación distribuida (Ley 27424) que implica un verdadero cambio de paradigma en materia de generación, regulación, modalidad de prestación e inclusive la propia lógica del mercado eléctrico. Su democratización, liberalización y modernización. El rol del estado no deja de ser central en la regulación de los nuevos escenarios.

La posibilidad de la generación distribuida contemplada ya legislativamente en Argentina vino a cambiar el paradigma del mercado eléctrico, abriendo para siempre las puertas a la figura del usuario proveedor o empresario. Los roles son flexibles. Naturalmente el proceso es novedoso y recién se inicia, sin perjuicio de lo cual se prevén resultados positivos para el mediano y largo plazo.

La situación de todos los actores del sistema se ha modificado paradigmáticamente. Ante tal complejidad las empresas asumen un gran desafío para insertarse definitivamente en el mercado en su doble rol de prestador y usuario junto al estado en su posición de prestador, regulador y agente de fomento. La interacción sistémica de tales actores es fundamental para alcanzar el ambicioso objetivo del desarrollo sostenible armonizado con un sistema energético eficiente y sano. El compromiso empresarial es indispensable. Las generaciones futuras nos juzgarán.

⁶⁷² JOSE FRANCISCO ALENZA GARCIA, *Las energías renovables ante la fugacidad legislativa. La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y (des)confianza legítima a propósito de la STC 270/15 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables*. En *Actualidad jurídica ambiental*. N 55 ISSN 1989-3666 NIPO : 721-15-001-4.

BIBLIOGRAFIA

EZEQUIEL CASSAGNE, El nuevo marco normativo de las energías renovables en, LA LEY 01/03/2017, 01/03/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/499/2017

JUAN CARLOS CASSAGNE. Derecho Administrativo. Octava edición actualizada. Buenos Aires. Lexis Nexis. 25 de julio de 2006 t II

JUAN CARLOS CASSAGNE, La Intervención Administrativa. Buenos Aires Editorial Astrea.1994

GONZALO MAESTRO BUELGA, MIGUEL ANGEL GARCIA HEREDIA Y EDUARDO VIRGALA. El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojas. La construcción del mercado europeo de la energía. Gonzalo Maestro Buelga, Miguel Angel García Heredia y Eduardo Virgala. (Editores) Granada, España. Editorial Comares. 2011.

JOSE FRANCISCO ALENZA GARCIA, Las energías renovables ante la fugacidad legislativa. La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y (des)confianza legítima a propósito de la STC 270/15 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables. En Actualidad jurídica ambiental. N 55 ISSN 1989-3666 NIPO : 721-15-001-4.

MARCOS MEDINA. IVAN RIOS BENITEZ, MIGUEL GOLDFARB. "Problemática ambiental, desarrollo sustentable y energías renovables. Nuevos paradigmas, regulación y fomento en Argentina." compilado por Héctor Zimmerman, Alvaro Monzon Wingard y Agustín Carlevaro. XIV Congreso Nacional de Derecho Político: Derecho y Política en la Democracia. Tensiones y debates / ; 14a ed revisada. - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste, editado por Héctor Zimmerman ; Alvaro Monzón Wyngaard ; Agustín S. Carlevaro. DVD-ROM, PDF ISBN 978-987-3619-33-5 . Marzo, 2018.

RODRIGUEZ GALLEJOS-ALBERTOS, ESTHER. Entorno Energético. Área de energías renovables. España. Ediciones Roble SL., marzo de 2008

Sitios web consultados:

<http://www.tea.org.ar> ISSN 2545-6415 (fecha de consulta: 1-7-19)

<https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible/objetivos-desarrollo-sostenible-ods> (fecha de consulta: 1-7-19)

http://www.melectrico.com.ar/web/pdfs/SINTESIS_MEM_2019_JUNIO.pdf
Informe técnico económico N° 70 de 2009 citado en
https://www.economia.gob.ar/peconomica/informe/notas_tecnicas/22%20N OTA%20TECNICA%20Nivel%20de%20Actividad%20%20inf%2070.pdf
consulta: 20 de agosto de 2019.

Informe del Banco Mundial publicado en su sitio web
<https://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.ELEC.KH.PC?locations=AR&view=map> en fecha 30 de agosto de 2019.
www.boe.es

“LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. UN ESTUDIO DE CASO”

**Hector J. Zimmerman
Guillermo F. Zimmerman**

I.- INTRODUCCION

En las últimas décadas se han producido cambios en las formas de producir bienes y servicios, buscando un equilibrio entre lo económico, social y ambiental, tendiente a lograr un mundo más justo y equitativo.

Alrededor del planeta se vienen realizando transformaciones de gran importancia con respecto a la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), cuya aplicación pasó a formar parte esencial del desarrollo en política económica de los Estados y las empresas. Su incorporación se ha dado gradualmente dependiendo las distintas regiones. Según el FOMIN (Fondo Multilateral de Inversiones -Mayo 2011), las mismas se vienen dando de modo dispar en Latinoamérica, y representan el compromiso que tienen las empresas para con la sociedad y el lugar donde se desenvuelven. Diversos autores han desarrollado esta temática respecto de su aplicación y significado. Así para Caravedo (2011), la empresa deberá mantener tres elementos para sostener la RSE:

1. Desarrollo sostenible y ética.
2. El objetivo y la relación de la empresa con el entorno.
3. Regulación y autorregulación.

Gran parte de responsabilidad en la aplicación de estas prácticas la tienen los directivos de las empresas (CEO's), como afirma Mintzberg (1999), describiendo que CEO: “es la persona que tiene a su cargo la autoridad formal y la dirección operativa de la institución”, de igual manera Drucker (2014) lo define como “el elemento dinámico y vivificante del negocio”. El ejercicio de su política y ética implican una responsabilidad ante la sociedad.

En la producción de bienes y servicios, se considera la composición del medio ambiente conformado por la combinación de condiciones de vida y de la sociedad, y un complejo entorno comprensivo de como se dan y como se perciben. La intervención de la mano del hombre en su hábitat produce impactos ambientales que pueden desarrollarse en forma parcial o total.

En lo referente a los impactos sociales, se alude a toda intervención planteadas por el hombre que modifican el ámbito en donde se producen, y tienen efectos directos e indirectos sobre una comunidad, generando efectos positivos o negativos. Siguiendo a Putnam, se afirma que “es el conjunto de

reglas, normas, valores sociales y éticos que permiten la interrelación y colaboración entre individuos y grupos". Esto requiere una percepción social cuando las empresas van tras el objetivo de alcanzar fines de lucro.

En torno al estudio de caso: que se ubica en los Esteros del Iberá, y la amenaza del impacto que genera la construcción de un terraplén, autores como Pirondo y Keller (2014), describen el área, como "una zona única en su extensión y composición, afirmando que -en la actualidad- presenta una seria amenaza socioecológica y cualquier modificación produciría un riesgo para su existencia". A su vez, autores como Popolizio (1981), Giúdice, Turinetto, Sánchez y Gil (2006) hacen referencia a su composición hídrica, destacando "el sistema de escurrimientos naturales que tienen los Esteros", por lo tanto, cualquier modificación del terreno, traería consecuencias en el entorno. La idiosincrasia de la zona, revela una cultura hispano - guaraní, y los pobladores del Paraje Yahaveré, (lugar del emplazamiento), se encuentran dotados de un comprensión única del entorno con conocimientos de supervivencia, transmitido a través de generaciones, teniendo como lengua el idioma guaraní. Su subsistencia dependía específicamente de la caza y la pesca, así también de la comercialización de cueros de animales autóctonos y el cultivo de pequeñas huertas.

Judicialmente y luego posteriormente, la población recibió el trato de pueblo originario. A partir del conflicto del terraplén de Yahaveré, sin quererlo, la Responsabilidad Social Empresarial, ha tomado relevancia en la zona. Se destaca la situación de precariedad respecto del accionar de las instituciones gubernamentales, las ONG, y las empresas de la región, donde la frontera entre los intereses individuales y colectivos se diluye. Sin dar preponderancia a lo colectivo, por el bien jurídico protegido.

II.- LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN AMERICA LATINA

En el tratamiento de nuestro tema, el FOMIN (Fondo Multilateral de Inversiones), la misma representa el compromiso que tienen las empresas para con la sociedad y el lugar donde se desenvuelven. También, puede ser visualizada como el aporte ético y moral del bien común, fundamentados en un desarrollo sostenible y perdurable en el tiempo. Se encuentra ligada con su fin principal, que se relaciona con producir bienes o servicios con objetivos económicos, y supera el cumplimiento legislativo y normativo por parte de la empresa. Solo desde hace pocos años se cuenta con una visión propia de RSE en Latino América y que existen grandes diferencias sociales, culturales y económicas entre las regiones que la componen ya que su aplicación cuenta con distintos enfoques dependiendo del abordaje que se les da a las dificultades sociales y ambientales que se enfrentan.

La evolución de la RSE se ha considerado con una base sustentable en la filantropía El manejo de las empresas familiares del sector privado tiene sus orígenes en creencias morales y religiosas fuertemente arraigadas.- Aún así

existe un alto nivel de desigualdad en los ingresos, y los estratos más pobres son los que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La existencia de normativa actualizada, no ha sido suficiente para condenar acciones ilegales, atento a las necesidades de subsistencia por parte de los afectados, aunque se reconocen influencias que han mejorado la calidad de prácticas laborales que según algunos autores han tenido su origen en:

- a). El ingreso de multinacionales a la región, que se preocupan por aplicar las mismas prácticas que en sus casas matrices.
- b). Los resultados negativos que han sufrido aquellas empresas que han ocasionado importantes daños por su comportamiento irresponsable.
- c). El esfuerzo conjunto en la promoción de la RSE por parte de los Estados, los organismos, la sociedad civil, las ONG, entre otros.
- d). La tendencia a la especialización según la región global donde se desarrolla el emprendimiento. Determinadas empresas han tomado como soporte los parámetros de sustentabilidad que son los idóneos para certificar la Responsabilidad Social empresarial, de acuerdo a los informe de Global Reporting Initiative, (GRI), cuya justificación se encuentra en los Estándares formulados que:

“Representan las mejores prácticas a nivel global para informar públicamente los impactos económicos, ambientales y sociales de una organización. La elaboración de informes de sostenibilidad a partir de estos Estándares proporciona información acerca de las contribuciones positivas y negativas de las organizaciones al desarrollo sostenible.

Los Estándares GRI –modulares e interrelacionados– están diseñados principalmente para ser usados en conjunto a la hora de elaborar informes de sostenibilidad centrados en temas materiales. Los tres Estándares Universales son aplicables a cualquier organización que prepare un informe de sostenibilidad. Además, las organizaciones seleccionan de entre los Estándares temáticos para informar acerca de sus temas materiales, ya sean temas económicos, ambientales o sociales.

La elaboración de informes de conformidad con los Estándares GRI aporta una perspectiva general y equilibrada de los temas materiales de una organización, de los impactos relacionados y de cómo los gestiona. Las organizaciones también pueden utilizar todos o partes de algunos Estándares GRI para presentar información específica.”

Los elementos para sostener la RSE de una empresa pueden categorizarse en los siguientes 3 aspectos:

1) Desarrollo sostenible y ética, con distintas visiones del desarrollo:

1.1. Desarrollo económico: en un primer momento se planteó que el desarrollo era exclusivamente económico. Es por ello, que –para algunos– el desarrollo de un país se debía a la producción de bienes de capital, maquinarias para producir bienes y servicios con el fin de satisfacer la demanda de la población y poder generar un excedente, y –de este modo– cubrir las necesidades básicas como educación, salud y vivienda, entre otros. Este impulso no se podía dar sin la intervención estatal a través de las políticas

públicas de desarrollo, como la orientación de incentivos tributarios, créditos, aranceles, entre otros.

1.2. Desarrollo social: En segundo término, aparece la noción del desarrollo humano, sosteniendo la idea que el hombre, independientemente de la economía, necesitaba de otros elementos para poder vivir armónicamente, como la cultura, la salud, educación, tan solo por nombrar algunos.

1.3. Desarrollo sustentable: esta tercera visión surge con el objeto de preservar los recursos a las generaciones futuras, pensando en una situación igual o mejor a la que nos encontramos hoy. Ésta no se limita solo al medioambiente. La definición de sustentabilidad incluye una dimensión ambiental, social y económica, y tiene como fin la equidad para las generaciones futuras. De ahí que, este desarrollo se ha formado como una cuestión ética.

Las respuestas que encuentran las empresas para e equilibrio entre la producción y su entorno pueden verse accionadas por. 1) Filantropía. 2) Acciones de Inversión Social. Mientras las primeras operan sobre fines altruistas y humanitarios. A su vez, las segundas son aquellas que pretenden mejorar la imagen de una empresa, desarrollando sus recursos en el entorno donde se desenvuelve. Como corolario las prácticas de RSE: representan un proceso en el cual se involucra a todas las partes y se beneficia a cada una de ellas (trabajadores, inversionistas, medioambiente y la sociedad). La acción de responsabilidad social (RS) debe sustentarse en el tiempo y tiene que estar pensada con una visión integral de futuro. Cada parte obtiene algún beneficio y los propietarios con un fin altruista o humanitario aseguran el apoyo de la comunidad, aportando al entorno que se nutre y crece socialmente. En estos casos, se realiza un cuidadoso procedimiento de protección del medioambiente controlando los desechos y reutilizando los residuos. También se asegura el retorno a los inversionistas.

Regulación y Autorregulación: Desde un enfoque jurídico, la regulación de la RSE ha sido legislada desde los organismos del Estado a través de distintas normativas como Leyes Laborales, Códigos de Procedimientos, Disposiciones Ambientales, entre otras. Las mismas tratan de encuadrar a las empresas y su comportamiento dentro del marco jurídico. Desde un enfoque amplio, la responsabilidad social abarca temas sociales que no son comprendidos en el marco jurídico. Se observa que la RSE se ha convertido en un elemento fundamental para el progreso de las organizaciones, no basta con que las empresas produzcan o presten servicios con un fin netamente económico si estas no cumplen con un aporte social y ambiental. Deviene de vital importancia la comprensión -por parte de los altos cargos gerenciales (Directores Generales o CEOs)- de las consecuencias producidas por sus acciones; sus actos repercuten de manera directa e ilimitada en la sociedad afectando el ámbito donde se desarrollan.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LA UNION EUROPEA

- La RSE en la Unión Europea (UE) Según la Estrategia Europea de RSE (2011), se incorpora una nueva definición de RSE, que relaciona la responsabilidad de las empresas por sus impactos en la sociedad. Deben adoptar un planteamiento estratégico y de largo plazo sobre RSE, innovando sobre modelos más competitivos para poder desarrollar productos y servicios que contribuyan al crecimiento económico, al bienestar social y a la creación de empleos cualitativos. El cumplimiento de la legislación y los convenios colectivos logrados entre los interlocutores sociales, indican tan solo un requisito previo a la RSE. Las empresas deben asumir plena responsabilidad integrando las preocupaciones sociales, por el medioambiente, éticas, y asumir compromiso por los derechos humanos y satisfacer las dudas de los consumidores. Se debe perseguir el Objetivo de:

A.-) Maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios / accionistas y para las demás partes interesadas, comprendiendo a la sociedad en sentido amplio.

B). Identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas. La estrategia europea tiene en cuenta factores como el tamaño de la empresa y la naturaleza de sus operaciones. Además, la sustentabilidad debe ser un aspecto relevante para cada sector y -también- adaptable a la dimensión de las organizaciones.

La estrategia Española de (RSE) ha desarrollado una serie de principios y objetivos a cumplir en los años futuros por parte de las organizaciones. Los principios están compuestos por: "competitividad, cohesión social, creación de valor compartido, sostenibilidad, transparencia y voluntariedad", y los objetivos a cumplir son: "promoción e impulsión en el medio, identificar y promover sus atributos, definición de valores en la sociedad y crear un marco de referencia común para el mercado cumpliendo la legislación vigente".

En la Comisión de la Unión Europea se define como "La combinación de elementos cuyas complejas interrelaciones constituyen el marco, el entorno, y las condiciones de vida del individuo y la sociedad, tan como son y cómo se perciben". La evaluación del medioambiente debe considerarse según una conjunción de factores constituidos por elementos y procesos que son los siguientes. • El ser humano, la fauna y la flora, • El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje, • Los bienes materiales y el patrimonio cultural, • La interacción entre todos los factores anteriores.

Otros factores permiten entender su definición de una mejor manera. Algunos de ellos son:

- Ecosistema: es el conjunto de relaciones que conforman los seres vivos entre sí y el espacio en que habitan, en el cual todo se encuentra conexo, cualquier intervención sobre alguno de los elementos que la componen tiene efectos más allá de los directos.

- Sinergia: El todo es más que las partes, los efectos de la acción conjunta es mayor a cada una de las partes y sus posibles efectos individuales, es una unidad de orden superior.

- Homeostasia: representa la capacidad del ecosistema de responder ante influencias externas, es un sistema organizativo con capacidad propia de

autorregulación y ajuste, lo que le permite mantener su estructura. Este ecosistema puede reparar los efectos producidos por una influencia externa y regresar a su equilibrio inicial.

- Resiliencia: es la elasticidad para mantener su estructura organizativa, funcional y de imagen ante agentes externos.
- Mecanismos de control: para sobrevivir el ecosistema regula el almacenamiento y liberación de los elementos nutritivos y la producción de las sustancias orgánicas.
- Diversidad: se refiere a las especies que lo componen y la presencia relativa de cada una de ellas. Pertenece a la estructura interna del ecosistema.
- El paisaje: actualmente es considerado como un recurso socioeconómico porque tiene las condiciones de utilidad y escasez.

Para el caso particular, se describe al medioambiente como compuesto por dos grandes componentes, el medioambiente natural, y el medio social. El medioambiente natural lo forman cuatro componentes y sus elementos: • Geosféricos; • Atmosféricos; Hídrico; y, • Biótico. A esto se suma lo Socioeconómico; Cultural, ya que el medioambiente puede recibir impactos positivos o negativos por la acción del hombre y producen una modificación en uno o varios de sus componentes.

El motivo de la discordia es que resulta necesario ver el impacto ambiental al estudiar el escurrimiento de las aguas en los Esteros del Iberá, y la dificultad que implica el desplazamiento de las aguas por el emplazamiento de un terraplén. Este terraplén cuestionado, fue construido como camino por la empresa Hacienda San Eugenio (ex Forestal Andina), tiene una longitud de 24 Km. de extensión, desde una bifurcación del camino vecinal de la localidad de concepción con las Estancias "El tránsito" y la "Angelita" hasta los límites de la laguna Medina. . Está construido por medio del uso de máquinas excavadoras con tierra extraída desde los laterales del camino generando canalizaciones en ambos lados con una profundidad promedio de 1.80mt.

La altura promedio de la construcción tiene 1.50mt, con un ancho de 6mts y taludes con inclinación de 30°. El material extraído para su construcción cuenta con mínima compactación y poco control, no contando con protección por la erosión salvo el crecimiento natural de vegetación fragmentada.

Para el escurrimiento natural de las aguas se edificaron cinco alcantarillas de 4.10mt de luz, cada una con apoyos circulares de madera de 0.30m cada uno. Contando para todo el Terraplén un total de 10 vanos de 1.60m de ancho por 1.50m de alto (240m² de paso) para el escurrimiento del agua, no se realizó un estudio previo de impacto ambiental, y la construcción del terraplén cuenta con una estructura deficiente para el paso normal de circulación de aguas e insuficiente para soportar largos períodos de tiempo, su destrucción por el paso del tiempo es inevitable.

Las dificultades de realizar el proyecto sin los estudios previos de impacto ambiental han traído como consecuencia que no pudieran realizarse correctamente los trabajos de mitigación de daños (y aún en caso que el proyecto hubiese sido aprobado por los organismos de control), al no contar con datos concretos de impacto ambiental, la reversión del terraplén y

reestructuración del hábitat se hubieran transformado en una 55 acción contra el tiempo muy difícil de lograr. La modificación del medioambiente puede traer consecuencias de carácter irreversibles produciendo alteraciones permanentes en la región.

EL CONFLICTO JURÍDICO

La empresa Forestal Andina, (teniendo como principales directivos a los Sres. Eduardo Arturo Macchivello y Santiago Daniel Fernández Madero, y como representante legal al Dr. Carlos Alberto Gazpoz), compró campos en la Reserva Natural del Iberá, con el objeto de realizar producción ganadera a gran escala. Sofia Heinonen de la fundación CLT (Conservation Land Trust), realiza denuncias ante el ICAA (Instituto del Agua y el Ambiente de Corrientes), que es el organismo encargado de proteger la Reserva Iberá. La denuncia inició el expediente N°540-605/05. El ICAA, realizó la inspección del terraplén, donde dictaminó que la obra no contaba con ninguna evaluación del impacto ambiental, no tenía permiso, ni autorización del propio organismo según rezan la ley provincial N°191/01, y la Ley de impacto ambiental N°5067/9.

Bruno Leiva, nacido en los Esteros del Iberá y guarda-parques de la provincia de Corrientes, interpone una medida cautelar solicitando la inmediata paralización de las destrucción del terraplén. El expediente se inicia con el N°C12 - 74036/5. Caratulado "Leiva, Bruno C/Forestal Andina S.A. S/ Sumarísimo". La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes hace lugar a la medida cautelar y dispone la inmediata paralización de las obras. Hacia febrero de 2006, Bruno Leiva vuelve a radicar una denuncia por incumplimiento del mandato judicial por la Empresa Forestal Andina que no acató el fallo y prosiguió con la construcción del terraplén. La denuncia recayó en el Juzgado Civil y Comercial N°12.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes a cargo de los jueces, Dr. Carlos A. Rodríguez y el Dr. Ricardo E. Martín, en su fallo, confirmaron la sentencia, el dictamen rezaba que la Empresa Forestal Andina debía destruir la obra realizada con posterioridad a la medida precautoria dispuesta en diciembre de 2005. Y la misma facultaba al ICAA para demoler el terraplén a costa de la denunciada en caso de incumplimiento del fallo

La causa fue elevada al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, luego de que Forestal Andina presentará un recurso extraordinario de Inaplicabilidad de la Ley, argumentando que el fallo de la Cámara afectaba derechos de raigambre constitucional. El superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes ratificó la sentencia de Cámara que ordenaba la destrucción del terraplén. Para ese momento el terraplén ya contaba con una extensión aproximada de 24 kms. de extensión debido a que la Empresa Forestal Andina S.A. nunca cesó en su construcción. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia rechaza el pedido interpuesto por Haciendas San Eugenio, y ratifica la sentencia de la Cámara de Apelaciones donde rezaba que la empresa debe acatar la orden de derrumbar el terraplén. Transcurridas las

instancias judiciales, el Juzgado N°12 en lo Civil y Comercial notifica a Haciendas San Eugenio que en un plazo de 30 días debe empezar con la demolición del terraplén. Cumplido el plazo interpuesto por el Juzgado, el ICAA no cumple la orden judicial de destrucción del terraplén. El 1 de abril de 2009, se lleva a cabo una reunión entre todas las partes para acordar la medición de la obra, y determinar la superficie a destruir.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ratifica la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia, (suspendiéndose la demolición el 29 de julio, por intensas lluvias). Con posterioridad se determina que el Acceso: (El camino de ingreso y egreso es el llamado camino histórico a Concepción por el paso Mbiguá, y como alternativo el de la estancia vecina "El Tránsito"). Conforme las actuaciones la Cámara de Apelaciones dictamina que el cumplimiento de la destrucción del terraplén debe de ser fiscalizado por la comunidad indígena Yahaveré, los técnicos del ICAA y la parte actora.

CONCLUSIONES

El Terraplén de Yahaveré ha producido importantes debates en la región. Como consecuencia, la información publicada, muchas veces errónea y confusa, hizo que el conocimiento popular no comprendiera las dimensiones del problema y no pudiera distinguir cuáles eran las verdaderas partes del conflicto. La construcción del terraplén -realizada por la empresa Haciendas San Eugenio (ex Forestal Andina), sin estudio previo de impacto ambiental para la cría de ganado vacuno en zonas no aptas naturalmente para la producción y siendo estas tierras protegidas por leyes nacionales y provinciales- puso en evidencia que la práctica de RSE en este país -como tantos otros de Latino América- todavía está en una etapa de aprendizaje e intento de aplicación. Los proyectos que modifican la dinámica del agua pueden ocasionar daños sobre la estabilidad general del ecosistema Iberá. Muchas veces, las políticas estatales de producción agropecuaria se contradicen con el cuidado y el sustento del medioambiente.

Los pobladores tuvieron que dirimir entre posibles soluciones a este conflicto, siendo alguna de ellas:

- 1• Aceptación de propuestas de trabajo ofrecidas por la empresa Hacienda San Eugenio para trabajar en la producción. Al obtener una fuente de trabajo defienden la instalación de la misma.
- 2• Enfrentar la posible expulsión de las tierras donde habitan, presentándose ante la justicia con el pedido de reconocimiento de personería jurídica como pueblo originario, buscando la posibilidad que el Estado le reconociera como tal el derecho de propiedad de las tierras.
- 3• La acción de donación de ex Forestal Andina, no es más que un traspaso del problema al estado de una causa judicial con sentencia en contra obligándola a pagar los costos de la destrucción del terraplén.
- 4• Por la aceptación de donación del Poder Ejecutivo de la Provincia sin condición alguna, justificándose solo de dar cumplimiento a la ley provincial N°5993 del proyecto eco-turístico Yaguararé Corá, y usar de camino de acceso

un terraplén que tiene orden firme de destrucción, y ratificación de la Suprema Corte de la Nación.

El impacto global ante la falta de solución respecto de la inacción, omisión o violación de la Responsabilidad Social Empresarial, es un conflicto que hasta ahora no ha tenido una solución definida, aún así, es un buen motivo, para estudiar los derechos de tercera y cuarta generación, y una buen oportunidad para movilizar la conciencia colectiva, en respecto al medio ambiente, la protección de la fauna y flora de la región, y prevenir daños a futuro, -- además de los actuales-, en beneficio de las generaciones venideras

BIBLIOGRAFIA

http://www.sintesiscorrientes.com/notix/noticia/08154_tompkins_libra_una_batalla_sin_medida_contra_un_grupo_de_empresarios-, por el portal www.sintesiscorrientes.com, Recuperada con fecha 21/11/15.

Bonfil Batalla, G. (1992). *Identidad y Pluralismo Cultural en América Latina*. Fondo Editorial del CEHASS, Buenos Aires. Bonilla, B. (2007), *Impacto, impacto social y evaluación del Impacto*. Acimed. Caravedo, B. (2011). *Desarrollo sostenible, ética, filantropía y responsabilidad social*.

Cardozo Brum. (2003). *La empresa y su responsabilidad en el campo social*. Artículo. Publicación: *Economía, Sociedad y Territorio*, Vol. IV, N°13, p. 163-187.

Carrasco, M. (2000). *Los Derechos de los pueblos indígenas en Argentina*", IWGIA. Asociación de Comunidades Aborígenes. Palabra Gráfica y Editora. Argentina. Cerno, L. (2011).

Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas, (2014). Ministerio de empleo y seguridad social. Gobierno de España. p.26, 27,28.

Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Estrategia (2014). 2014- 2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Ministerio de empleo y seguridad social. Gobierno de España.

Federovisky, S. (2007). *El medio ambiente no le importa a nadie*. Argentina: Editorial Planeta. Fondo Multilateral de Inversiones. (2011, mayo). *La RSE en América Latina*. Manual de Gestión. Editores Antonio Vives, Estrella Peinado - Vara. Editorial Computere. Fondo Multilateral de Inversiones Miembro del Grupo BID. Giancola, S; Calvo, S; Sampedro, D; Marastoni, A; Ponce, V; Di Giano, S; Storti, M. (2013).

INTA. *Estudios socioeconómicos de la adopción de tecnología*. N° 2. Causas que afectan la adopción de tecnología en la ganadería bovina para carne de la provincia de Corrientes. Enfoque cualitativo. Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) Instituto de Economía y Sociología. 1a. Edición. Ediciones

INTA, CABA. Giudice, L; Turinetti, T; Sanchez, G; Gil, G. (2006, noviembre). *Terraplén a Paraje Yahaveré en propiedad de Forestal Andina S.A. Análisis de los daños ambientales y propuestas de mitigación*. Godo Diez, J. (2012). *La percepción de la responsabilidad social de la empresa por parte de la alta dirección*.

Tesis doctoral. Universidad de León, España. Gómez Orea, D. Gómez Villarino, M. (2013). Evaluación del Impacto Ambiental. Ediciones Multi-Prensa. Madrid. 169 MacPherson, M. (2004, julio)

BID. Argentina Publicación de las Naciones Unidas. Copyright © Naciones Unidas, noviembre de 2013. Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile. Pirondo, A. Keller, H. (2014). Aproximación al paisaje a través del conocimiento ecológico tradicional en humedales de un área protegida del Nordeste Argentino. Artículo original. Etnoecológica. Versión electrónica. <http://www.etnoecologia.com.mx>

Popolizio, E. (1981): "Geomorfología del Macrosistema Iberá", en: Estudio del Macrosistema Iberá. Gobierno de la Provincia de Corrientes - Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación, Vol. 1 a 6, Tomo II. SENA. (1999). Impacto ambiental en cuencas hidrográficas. Metodología para la realización de estudios del Servicio Nacional de Aprendizaje. Colombia: Ministerio del Medio Ambiente. Trincherro, H. (2009, diciembre). Pueblos originarios y políticas de reconocimiento en Argentina. Papeles de trabajo N°18. ISSN 1852-4508. Centro Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural.

IMPACTOS DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO PARA EL CRECIMIENTO DE LA EMPRESA EN NUESTRO PAÍS

**Verónica Nidia Torres de Breard
Luz Gabriela Masferrer
María Victoria Gallino Yanzi**

Sumario

I. Introducción - II. Reformas introducidas a la ley 19.550: II.1. La recepción de la sociedad anónima unipersonal (SAU). II.2. Sociedades de la Sección IV Capítulo I. II.3. Otras modificaciones derivadas de la ley 26.994. II.4. La ley 27.444 de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación – III. La sociedad por acciones simplificada (SAS), nuevo tipo societario creado por la ley 27.349 – IV. El Proyecto de Ley General de Sociedades presentado el 5 de junio de 2019 por ante el Congreso de la Nación –IV Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN ⁶⁷³

La irrupción en nuestro ordenamiento jurídico de la ley 26.994 generó cambios sustanciales, e incluso paradigmáticos, en diversas áreas del derecho privado argentino, entre ellas, el derecho societario. Las reformas introducidas por la referida ley en materia de sociedades han sido trascendentes, a tal punto de haberse modificado la propia denominación de la ley. A ello siguieron una serie de modificaciones como ser las leyes 27.290, 27.440 y 27.444. Además, de la creación de un nuevo tipo societario por la ley 27.349 por fuera de la Ley General de Sociedades, dotado de particularidades que rompen los moldes de lo hasta ahora regulado en la ley 19.550.

Debe advertirse también, la existencia de un proyecto de ley de reformas a la Ley General de Sociedades, que fue presentado el 05 de junio de 2019 ante el H. Senado de la Nación.

En la presente comunicación nos hemos propuesto efectuar un breve repaso de aquellas reformas que han impactado en el último lustro en el derecho

⁶⁷³ La presente comunicación se enmarca en el PI acreditado ante Sec. Gral. Ciencia y Técnica-UNNE, G0011/16, Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho privado patrimonial argentino, Período 2017-2020, del que las autoras son directora, integrante y subdirectora, respectivamente.

societario argentino e identificar su incidencia en la empresa y su crecimiento en nuestro país.

II. REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY 19.550

La ley 26.994, además de derogar el Código Civil y el Código de Comercio, aprobando el Código Civil y Comercial de la Nación, modificó algunas leyes, entre ellas, la ley 19.550. Dicha ley, que hasta entonces se denominaba Ley de Sociedades Comerciales, pasó a llamarse Ley General de Sociedades, con la pretensión de incluir en un solo cuerpo legal a la regulación general de dichas personas jurídicas. A partir de entonces, ya no se distinguen las sociedades en civiles y comerciales, sino que nos referimos simplemente a sociedades.

Posteriormente, la ley 27.290 flexibilizó algunas de las exigencias que originariamente se habían previsto para las sociedades anónimas unipersonales. A su vez, la ley 27.440 permitió sindicatura singular a las Sociedades Anónimas que, estando comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550, se tratasen de Pymes que encuadren en el régimen especial Pyme reglamentado por la Comisión Nacional de Valores.

Asimismo, se hicieron reformas a la ley 19.550, primero con el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 27/2018 de Desburocratización y simplificación, introducidas luego mediante la ley 27.444 de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación.

Pasaremos entonces a efectuar una breve consideración de las mismas en relación a nuestro tema de análisis.

II.1. La recepción de la sociedad anónima unipersonal (SAU)

El 01 de octubre de 2014 se sancionó la ley 26.994, que entró en vigencia el 01 de agosto de 2015, en virtud de la cual se receptó en la ley 19.550 a la sociedad unipersonal. Ello importó un cambio en el propio concepto de sociedad, en el cual ya no aparece como elemento esencial la pluralidad de partes, sino que para la existencia de sociedad basta con un solo socio.

Ahora bien, si entre los motivos que justificaban la inclusión de la sociedad unipersonal se encontraba el de brindar una herramienta jurídica al pequeño y mediano empresario individual, lo cierto es que las restricciones impuestas a la recepción de la figura en el trámite legislativo determinaron que el texto que finalmente se aprobara, distara mucho de aquél objetivo.

Así, la recepción de la sociedad unipersonal fue restringida al tipo sociedad anónima exclusivamente. Lo que determina que deba constituirse por instrumento público y su capital mínimo debe ser el exigido por el artículo 186° de la ley 19.550. Pero, a diferencia de las sociedades pluripersonales, el capital social de la sociedad anónima unipersonal debe ser integrado totalmente en el acto constitutivo y en las suscripciones de aumentos de capital (artículos 11° inciso 4 *in fine*, artículo 186° inciso 3) *in fine* y artículo 187° ley 19.550).

Además, el aspecto quizás más polémico fue la inclusión de la sociedad anónima unipersonal en el elenco de las sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente del artículo 299 ley 19.550, en virtud de la adición del inciso

7°. Esta previsión, no sólo importó el sometimiento de la sociedad al control externo con carácter permanente, sino que resultaban exigibles para la sociedad anónima unipersonal un directorio plural con al menos tres directores y una sindicatura obligatoria colegiada en número impar, por cuanto los artículos 255° primer párrafo *in fine* y 284° segundo párrafo ley 19.550, no habían sido modificados.

De modo tal, que no se hicieron esperar las críticas en torno a la inadecuación de la sociedad unipersonal como instrumento para los pequeños y medianos empresarios individuales, sin perjuicio de conferir una herramienta de utilidad para la formación en nuestro país de filiales al cien por ciento (*wholly owned subsidiaries*) de sociedades constituidas en el extranjero o de sociedades constituidas en nuestro país que ya estuvieran sujetas al control estatal permanente.

Como consecuencia de ello, se sancionó el 19 de octubre de 2019 la ley 27.290 por la cual se modificaron los artículos 255° y 284° de la ley 19.550, flexibilizando en algunos aspectos el régimen de la sociedad anónima unipersonal. Así, se admite que el directorio y la sindicatura puedan ser singulares. Sin embargo, al mantener a la sociedad anónima unipersonal dentro de la enumeración del artículo 299° de la ley 19.550, no puede prescindir de sindicatura y se encuentra sometida al control estatal permanente. De modo tal que, aquellos beneficios que se esperaban para los pequeños y medianos empresarios individuales como consecuencia de la recepción de la sociedad unipersonal se vieron diluidos por el régimen legal que se le dio.

II.2. Sociedades de la Sección IV Capítulo I

La ley 19.550 preveía en esta Sección el régimen de las sociedades no constituidas regularmente, incluyendo a las sociedades de hecho y las sociedades irregulares. El régimen legal era de tinte sancionatorio, por cuanto el contrato social no sólo era inoponible respecto de terceros sino también entre los socios, la responsabilidad de los socios era solidaria, ilimitada y no subsidiaria y la personalidad de la sociedad tenía restricciones en cuanto a la capacidad para ser titular de bienes registrables, siendo su existencia precaria. A lo que debe adicionarse que la atipicidad societaria se encontraba sancionada con la nulidad, mientras que la omisión de requisitos no tipificante tornaba anulable la sociedad pero podía subsanarse hasta su impugnación judicial, todo de conformidad a lo que se preveía en el art. 17° ley 19.550.

Con la reforma de la ley 26.994 se produce un cambio sustancial, regulándose en la referida Sección a las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos, incluyendo a las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II, a las sociedades que omitan requisitos esenciales -tipificantes o no tipificantes- y a las sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por dicha ley. El legislador no les ha dado un nombre en particular, sino que es la doctrina que las ha llamado sociedades simples, libres o informales.

El nuevo régimen legal ha planteado un cambio muy profundo, por un lado, en orden a la atipicidad que abandona la sanción de nulidad, para pasar a ser la sociedad atípica una sociedad plenamente válida y eficaz⁶⁷⁴. Si bien se ha dicho que la tipicidad tiene su fundamento en la seguridad jurídica que brinda no sólo a los socios, sino también a los terceros que contratan con la sociedad⁶⁷⁵, también ha sido cuestionada por considerarse contraria a la libertad de contratación, al progreso económico y jurídico y a la celeridad del tráfico mercantil.

Por otro lado, la Sección IV del Capítulo I ley 19.550 ha abandonado su tinte sancionatorio, pues como se venía reclamando en doctrina, el contrato social resulta ahora plenamente oponible entre los socios, e incluso puede ser oponible a los terceros en caso de que se pruebe que éstos lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. La sociedad simple puede adquirir bienes registrables, los que se inscribirán a su nombre y sus socios responden por las obligaciones sociales en forma simplemente mancomunada y por partes iguales, sin perjuicio de poder pactarse la solidaridad entre ellos o con la sociedad o una distinta proporción. A lo que debe agregarse que si la sociedad simple prevé en su contrato constitutivo un plazo de duración, al ser oponible entre los socios, no puede un socio desconocer el mismo y pretender disolver la sociedad por su sola voluntad.

II.3. Otras modificaciones derivadas de la ley 26.994

No podemos dejar de mencionar la modificación sufrida por el art. 6° de la ley 19.550, eliminándose –al menos de su texto– el control de legalidad.

En otro orden de ideas, como consecuencia de la reforma al artículo 27 ley 19.550, se elimina la prohibición que regía para los cónyuges de integrar entre sí sociedades que no fueran por acciones y de responsabilidad limitada. Actualmente, los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV del Capítulo I.

A su vez, siendo que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo podían ser parte de sociedades por acciones, ello se ha ampliado pudiendo ser además socias en sociedades de responsabilidad limitada, conforme el texto actual del artículo 30 de la ley 19.550.

II.4. La ley 27.444 de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación

⁶⁷⁴ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550: Ley 26.994 comentada. Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, (tomo 1). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2015, tomo I.

⁶⁷⁵ NISSEN, RICARDO AUGUSTO. *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, tomo I, p. 121.

El 30 de mayo de 2018 se sancionó la ley 27.444 de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación, que tiene como antecedente al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 27/2018 de Desburocratización y simplificación. Mediante la citada ley se reforman numerosas normas legales de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas los artículos 8, 34, 35 y 61 de la ley 19.550.

Nos interesa destacar la modificación que la nueva redacción del artículo 61 de la ley 19.550 establece en materia de contabilidad para las sociedades en general. Al respecto, se autoriza directamente en la ley a las sociedades para que puedan llevar sus libros societarios y contables por Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de las sociedades por acciones simplificadas instituidos por la ley 27.349, prescindiendo del cumplimiento de las formalidades impuestas por los artículos 73, 162, 213, 238 y 290 de la Ley General de Sociedades, como así también de las impuestas por los artículos 320 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, se establece que para el caso que se disponga la individualización a través de medios digitales, de la contabilidad y de los actos societarios correspondientes, los registros públicos deberán implementar un sistema al sólo efecto de comprobar el cumplimiento del tracto registral, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

III. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS), NUEVO TIPO SOCIETARIO CREADO POR LA LEY 27.349

Se sancionó el 29 de marzo de 2017 la ley 27.349 de “Apoyo al capital emprendedor”, la que regula en el Título III a la sociedad por acciones simplificada (SAS), que configura la creación de un nuevo tipo societario por fuera de la Ley General de Sociedades y regulado en una ley en forma conjunta con otros institutos diversos cuyo objetivo declamado fue el fomento del emprendedorismo. Cabe destacar, que -al menos formalmente- se justificó la creación del nuevo tipo societario dentro de la Ley de Apoyo al capital emprendedor y no en la Ley General de Sociedades, en la necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, particularmente las micro, pequeñas y medianas y especialmente para los emprendedores.

Sin embargo, esta opción de técnica legislativa ha sido objeto de serios reparos, pues no son menores los problemas que ello genera en torno a la integración e interpretación normativas y, además, por cuanto al nuevo tipo societario puede recurrir cualquier persona sin necesidad de ser emprendedor⁶⁷⁶. Por lo que desde la doctrina se ha considerado que hubiera resultado aconsejable la

⁶⁷⁶ NISSEN, RICARDO AUGUSTO. *La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS): El aporte societario del neoliberalismo o las sociedades off shore argentinas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fidas, 2017.

regulación de la sociedad por acciones simplificada dentro de la Ley General de Sociedades⁶⁷⁷.

Más allá de las críticas metodológicas, no podemos desconocer que la introducción de este nuevo tipo societario en el elenco de sociedades de nuestro ordenamiento jurídico importa grandes cambios en las concepciones que hasta entonces se sustentaron en materia de tipicidad societaria. Es que la sociedad por acciones simplificada abandona el imperativismo legal propio de los tipos societarios de la Ley General de Sociedades, marcando una evolución hacia un tipo societario con mayor preminencia de la autonomía de la voluntad de los socios⁶⁷⁸.

Se señala que la sociedad por acciones simplificada se presenta como un nuevo tipo societario con altos componentes de atipicidad, en orden a dar respuesta a las necesidades del tráfico moderno en materia societaria de contar con formas cada vez más flexibles, atípicas y sin costos, sumado a la limitación de responsabilidad del empresario⁶⁷⁹.

Se erige como un tipo societario “muy particular, pues no queda claro si tiene un carácter personalista o capitalista y entiende que, en rigor, es un tipo más mixto con elementos de ambas modalidades sociales”. Para Verón, “la SAS flexibiliza las pautas y moldes clásicos de la sociedad anónima, configurando una nueva categoría de sociedad por acciones, de marcada base contractual, de índole intuitu personae y amplia libertad de funcionamiento”⁶⁸⁰.

Destaca Vítolo que “se ha intentado organizar a través de la SAS un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librada a las partes la configuración de sus estipulaciones”⁶⁸¹. Balbín (2018) resalta como característica saliente del tipo SAS su apertura en materia de contenidos y formas, lo que lo hace de entramado abierto⁶⁸². En el mismo sentido se ha expresado que “nos encontramos ante un cambio político-legislativo de gran envergadura, ya que la normativa de la SAS escapa a la tipología social de corte imperativo y rígido de

⁶⁷⁷ MOLINA SANDOVAL, CARLOS citado por JUNYENT BAS, FRANCISCO - FERRERO, LUIS FACUNDO. “El régimen de emprendedores y la nueva Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.)”. *El Derecho*, Año LV N° 14.175, 05/05/2017, ED 272, p. 5.

⁶⁷⁸ DUPRAT, DIEGO A. - HADAD, LISANDRO S. “Sociedades por acciones simplificadas: Normas de la Inspección General de Justicia”. *La Ley*, Año LXXXI N° 162, tomo 2017-E, 28/08/2017, p. 1.

⁶⁷⁹ JUNYENT BAS, FRANCISCO - FERRERO, LUIS FACUNDO, ob. cit.

⁶⁸⁰ VERÓN, ALBERTO VÍCTOR. “La sociedad por acciones simplificada en la Ley 27.349”. *La Ley*, Año LXXXI N° 77, Tomo 2017- E, 25/04/2017. Cita Online: AR/DOC/1027/2017.

⁶⁸¹ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Emprendedores, Financiamiento y SAS: Un incipiente abordaje a las primeras reglamentaciones. Doctrina Societaria y Concursal Errepar (Dsce)*, tomo/boletín: XXIX.

⁶⁸² BALBÍN, SEBASTIÁN. *Manual de Derecho Societario: Ley General de Sociedades. Sociedades por acciones simplificadas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018.

nuestra 19.550 que nos encuadra y contiene en tipos cerrados donde la autonomía de la voluntad tiene poco espacio y se da en limitadísimos casos”⁶⁸³. Uno de los aspectos en los que se advierte con mayor claridad el avance de la autonomía de la voluntad, es la organización de la administración, gobierno y fiscalización de la sociedad por acciones simplificada. Tal es así, que ni siquiera la ley prevé una denominación específica para los órganos de administración y fiscalización de este tipo societario). Además, deja librado a la autonomía de la voluntad de los socios la estructura y funcionamiento del órgano de administración, no fija pautas en cuanto a las mayorías para adoptar decisiones por el órgano de gobierno, entre otros aspectos. De modo que la regulación de la organización societaria interna de la sociedad por acciones simplificada se destaca por un amplio margen para la autonomía de la voluntad, siendo un “ámbito en el que tradicionalmente no se la ha aceptado ampliamente, ya que, comúnmente, los órganos constituyen requisitos esenciales tipificantes de las diferentes formas societarias previstas en la parte especial⁶⁸⁴”.

Favier Dubois (h) ha considerado a la creación de la sociedad por acciones simplificada como un nuevo y trascendente paso de flexibilización del derecho societario. Es más, sostiene el citado autor que “la medida en que se admita la flexibilización del derecho interno de las SAS terminará permeando hacia la libertad estatutaria de los tipos sociales de la ley 19.550”⁶⁸⁵.

Se destacan en el régimen de la sociedad por acciones simplificada, la posibilidad de autoconvocatoria de las reuniones del órgano de administración y de las reuniones de socios; de notificación por medios electrónicos de las reuniones del órgano de administración y la información del temario que se considerará; de realizar las reuniones del órgano de administración y las reuniones de socios fuera de la sede social mediante la utilización de medios que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos.

Cabe destacar que la sociedad por acciones simplificada presenta la ventaja, frente a la sociedad anónima de que su constitución, además de por instrumento público, puede hacerse también por instrumento privado con firmas certificadas en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del Registro Público respectivo, o incluso por medios digitales. Además el capital mínimo es sustancialmente menor que el exigido para las sociedades anónimas, por cuanto para constituir una sociedad por acciones simplificada bastará contar con un capital social equivalente a dos salarios mínimos vital y móvil.

La sociedad por acciones puede ser pluripersonal o unipersonal. En comparación con la sociedad anónima unipersonal, la sociedad por acciones

⁶⁸³ BENSEÑOR, NORBERTO RAFAEL - RODRÍGUEZ ACQUARONE, MARÍA TERESA. *Las Sociedades por Acciones Simplificadas: Pautas*. XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Mar del Plata, del 5 al 7 de octubre de 2017.

⁶⁸⁴ JUNYENT BAS, FRANCISCO - FERRERO, LUIS FACUNDO, ob. cit.

⁶⁸⁵ FAVIER DUBOIS (h), EDUARDO M. (2017, 29 de mayo). “La Sociedad por Acciones y el sistema societario: Cuatro preguntas y el ‘miedo a la libertad’”. *Especial para Columna de Opinión de La Ley*, 29/05/19.

simplificada unipersonal no está sometida per se a fiscalización estatal permanente y puede prescindir del órgano de fiscalización interna, no requiriendo la conformación de directorio sino de un órgano de administración en cuya configuración prima la autonomía de la voluntad. Además en la sociedad por acciones simplificada es posible diferir la integración del setenta y cinco por ciento de los aportes en dinero en un plazo de hasta dos años.

A su vez, presenta la limitación de responsabilidad de los accionistas a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía hacia terceros a semejanza de la sociedad de responsabilidad limitada. La oponibilidad a los terceros de la transferencia de las acciones por su notificación a la sociedad e inscripción en el Libro de Registro de Acciones de la sociedad, sin requerirse la inscripción en el Registro Público. Cobra singular relevancia la posibilidad de que la transferencia de las acciones o de alguna clase de ellas pueda ser directamente prohibida en el instrumento constitutivo por un plazo máximo de diez años contados a partir de la emisión, el que puede ser prorrogado por períodos adicionales no mayores a diez años.

Asimismo, se ha previsto la inscripción de la sociedad por acciones simplificada en el término de veinticuatro horas, lo que sin embargo exige la adopción del modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el Registro Público, lo que reduce al mínimo el ámbito de la autonomía de la voluntad de los socios en tales supuestos. Es claro que la previsión legal intenta dar respuesta a las demandas de abreviación de los plazos de inscripción, en orden a contar con una mayor agilidad en la constitución de estructuras societarias que den forma jurídica a los nuevos desarrollos empresarios.

Se plantea entonces una contraposición casi paradójica entre autonomía de la voluntad de los socios y celeridad en la inscripción registral de la sociedad. En este sentido, han destacado Duprat y Hadad que “la existencia de un instrumento estandarizado podría atentar contra la propia flexibilidad y amplitud de la SAS, al ir imponiendo un estatuto mínimo que no contemple las distintas posibilidades de autorregulación que reconoce la ley específica”⁶⁸⁶.

IV. EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES PRESENTADO EL 05 DE JUNIO DE 2019 POR ANTE EL CONGRESO DE LA NACIÓN

El 17 de abril de 2018 por Decreto DPP 58/18 del Honorable Senado de la Nación se creó en el ámbito de la Presidencia Provisional una “Comisión para la modificación de la Ley General de Sociedades N° 19.550 (LGS)”, que tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto de ley. Como corolario de ello, el 05 de junio de 2019, los Senadores Federico Pinedo y Ada Itúrriz de Cappellini presentaron ante el H. Senado de la Nación el proyecto de ley de reformas a la Ley General de Sociedades, que unifica en un solo plexo normativo los distintos tipos societarios previstos actualmente en la ley 19.550 y la sociedad por acciones simplificada.

⁶⁸⁶ DUPRAT, DIEGO A. - HADAD, LISANDRO S., Ob. cit.

La Comisión redactora del Anteproyecto, expresó en la nota de elevación del mismo que se inspiraron en la necesidad de adecuar la legislación a las nuevas realidades que emergen de modo constante derivadas de las nuevas formas de contratación y los mercados ampliados y las nuevas tecnologías, que impactan sobre la figura de la sociedad, generando la necesidad de contar con legislaciones que permitan más flexibilidad y mejor adaptación a los cambios, de allí la amplitud que el Anteproyecto pretende reservar a la autonomía de la voluntad. Señaló la Comisión que el hilo conductor de las reformas propuestas radica en procurar facilitar el proceso constitutivo y la utilización del instrumento societario, desburocratizar, flexibilizar y dar espacio a la autonomía de la voluntad en armonía con el respeto al papel de la tipicidad que sirve a la seguridad jurídica y se mantiene como forma societaria preferible.

Así, en el texto proyectado del artículo 1º, se refiere expresamente a los principios aplicables a las sociedades, estableciendo que *“El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley. Las normas reglamentarias que dicten las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley, ni en las disposiciones válidamente adoptadas por las partes”*.

Cabe destacar, que el Proyecto ha recibido opiniones encontradas. Así, se ha sostenido que resulta necesaria una reforma profunda del régimen societario a los fines de reorganizar las principales instituciones del derecho societario, en virtud de las nuevas formas de estructurar negocios, el cambio de reglas internacionales y la utilización de la tecnología que impactan de manera profunda en materia societaria, destacándose el Proyecto como una novedad al respecto que resuelve muchos de los problemas que se presentan en los conflictos societarios⁶⁸⁷.

Pero desde otra perspectiva, el Proyecto ha sido duramente criticado por autores como Nissen y Martorell, habiéndolo calificado este último como un retroceso histórico para el derecho societario argentino, considerando el autor que con la legislación proyectada -en aras de una supuesta “modernidad”, “dinamismo” y “economía de recursos”- se abre la puerta para la lesión de valores comunitarios fundamentales y la afectación a la seguridad jurídica, en el verdadero más amplio sentido de la palabra⁶⁸⁸. Esta crítica fue respondida Manóvil, uno de los autores del Anteproyecto, quien ha considerado que la misma se apoya en meras falacias⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ MOLINA SANDOVAL, CARLOS. “Alcances del Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades”, *Factor*, 01/08/2919. Recuperado <https://comercioyjusticia.info/factor/actualidad-profesional/alcances-del-proyecto-de-reforma-de-la-ley-general-de-sociedades/>

⁶⁸⁸ MARTORELL, ERNESTO EDUARDO. “Preocupa el Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades por el grave retroceso histórico que implica”, *Abogados.com.ar*, 11/09/19. Recuperado de <https://abogados.com.ar/preocupa-el-proyecto-de-reforma-de-la-ley-general-de-sociedades-por-el-grave-retroceso-historico-que-implica/24282>

⁶⁸⁹ MANÓVIL, RAFAEL MARIANO. “El proyecto de reformas a la Ley General de Sociedades: Injustificada calificación como grave retroceso histórico” *Abogados.com.ar*, 11/09/19.

V. CONCLUSIONES

Puede advertirse que, a partir de la ley 26.994 se han venido produciendo en el último lustro, una serie de modificaciones que, lejos de ser menores, han generado un fortísimo cimbronazo en las bases en las que se sustentaba el derecho societario argentino. A tal punto que elementos específicos de la sociedad y que eran esenciales a su existencia han perdido el carácter de tal – como la pluralidad de partes y la tipicidad.

Se advierte un progresivo abandono de los esquemas imperativos de tipicidad, con la consecuente migración hacia un acrecentamiento de la flexibilidad de las normas legales y un mayor predominio de la autonomía de la voluntad de los socios, que se erige como el estandarte de las últimas reformas y proyectos. A ello se suma la búsqueda de una morigeración en las facultades de la autoridad de contralor.

Ello se justifica en la demanda de las empresas de contar con tipos societarios más sencillos y menos rígidos y una desburocratización de los trámites registrales, en aras de promover y fomentar la constitución de sociedades en la República Argentina, por cuanto se reconocen a las mismas como uno de los instrumentos jurídico de mayor utilidad para dar estructura a la actividad empresarial y, por ende, para el crecimiento de las empresas en nuestro país.

Sin embargo, consideramos que la libertad derivada de permitir un mayor campo de actuación a la autonomía de la voluntad y la flexibilización de los esquemas societarios, debe ir indisolublemente ligada a la imputación de responsabilidad para el caso de que -como consecuencia de ello- se causen daños a terceros, especialmente respecto de los acreedores involuntarios. Ello exige contar con previsiones normativas que permitan, aunque sea en alguna medida, garantizar la efectiva reparación del daño cuando éste sea causado y no en una mera declaración abstracta por la que en la práctica se produzca una traslación del riesgo empresario desde el ente societario –o sus administradores- a los terceros.

LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN Y LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA EL CRECIMIENTO DE LA EMPRESA EN NUESTRO PAÍS

**Verónica Nidia Torres de Breard
Luz Gabriela Masferrer
María Victoria Gallino Yanzi**

Sumario

I. Introducción – II. Los contratos de comercialización: II.1. Su función e importancia. Situación en nuestro país previa al Código Civil y Comercial de la Nación. II.2. Régimen legal de los contratos de comercialización en el Código Civil y Comercial de la Nación – III. Los contratos asociativos: III.1. Su caracterización y regulación previa al Código Civil y Comercial de la Nación. III.2. Régimen legal de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación – IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN ⁶⁹⁰

Ha señalado Juan M. Farina que mediante los contratos propios del tráfico mercantil el hombre procura satisfacer sus necesidades, recurriendo a las empresas productoras y distribuidoras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado con dicho fin. De modo tal que la empresa organiza, produce y distribuye los bienes y servicios, manifestándose dicha actividad por medio de los contratos comerciales. De allí que la vinculación de los contratos comerciales con la satisfacción de las necesidades del hombre, determina el cumplimiento de una función social por los contratos comerciales, a lo que debe sumarse la contribución al desarrollo de la actividad económica reflejada en el crecimiento del producto bruto interno (PBI) del país⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ La presente comunicación se enmarca en el PI acreditado ante Sec. Gral. Ciencia y Técnica-UNNE, G0011/16, Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho privado patrimonial argentino, Período 2017-2020, del que las autoras son directora, integrante y subdirectora, respectivamente.

⁶⁹¹ FARINA, JUAN M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, pp. 1-4.

Es que “el contrato es un instituto jurídico que permite canalizar la actividad económica organizada para la producción de bienes dirigidos al mercado que supone la empresa”⁶⁹². Sin embargo, no puede desconocerse que los cambios que se manifiestan -muchas veces de modo vertiginoso- en la práctica negocial empresaria, generalmente no se corresponden con una actualización y adecuación inmediata de la normativa jurídica, generándose así una divergencia entre ésta y la realidad económica.

Las vinculaciones contractuales entre empresarios tienden al logro de diversos objetivos para un mejor y más eficiente desarrollo de la actividad de producción y/o comercialización de bienes y servicios que cada uno de ellos desarrolla. Aparece la necesidad de las empresas de conjugar sus esfuerzos en orden a la superación de la escasez de recursos y el atraso tecnológico mediante situaciones de colaboración empresaria, en las que no solamente se produce un crecimiento de todas en función de un bien común, sino también un beneficio para cada uno de los componentes de la relación⁶⁹³.

Dentro del campo de los contratos comerciales, aparecen los llamados “contratos de empresa”, entre los que se destacan los contratos de comercialización y los contratos asociativos.

Por un lado, los contratos de comercialización permiten la formación de canales para que el productor o fabricante pueda llegar con su producto o servicio al consumidor o usuario, integrándolos con terceros que cumplen la referida función de intermediación de manera autónoma e independiente, sin perjuicio de que pueda existir subordinación técnica en diferentes grados. Por otro lado, a través de los contratos asociativos los empresarios buscan aunar esfuerzos para el logro de un objetivo en común relacionado con la actividad de producción o intercambio de bienes y servicios que cada uno realiza, mediante la unión a través de un vínculo contractual no societario.

La regulación de los contratos de comercialización aparece en el derecho argentino recién con el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que anteriormente no estaban previstos ni en el Código de Comercio, ni en leyes especiales. A su vez, en 1983 con la reforma de la ley 22.903 a la ley 19.550 (en ese momento, Ley de Sociedades Comerciales) se incorpora a dicho cuerpo legal -que ya preveía la llamada sociedad accidental o en participación- un régimen de los contratos de colaboración empresaria en el que se regulaba la agrupación de colaboración y la unión transitoria de empresas, sumado a la posterior regulación de los consorcios de cooperación mediante la ley 26.005. Todo lo cual fue derogado por la ley 26.994, incorporando el Código Civil y Comercial de la Nación una regulación de los contratos asociativos en forma general y en particular al negocio en participación, la agrupación de colaboración, la unión transitoria y el consorcio de cooperación.

⁶⁹² ALTERINI, IGNACIO E. “Capítulo 17: Contratos empresariales”. FAVIER DUBOIS (h.), EDUARDO M. *Manual de Derecho Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 448.

⁶⁹³ GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial*. Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, tomo 2, p. 62.

Situados en este nuevo contexto normativo, nos hemos propuesto analizar en la presente comunicación, la contribución y utilidad de estos contratos y de su regulación legal expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación, como herramienta para el desarrollo de las empresas en nuestro país.

II. LOS CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN

II.1. Su función e importancia. Situación en nuestro país previa al Código Civil y Comercial de la Nación.

La empresa constituye el centro del fenómeno de circulación de bienes y servicios, cuya comprensión conforma uno de los grandes desafíos del Derecho Comercial⁶⁹⁴. En una economía de mercado, el empresario productor o fabricante necesita llegar a los consumidores de manera eficiente, uniforme, ágil y con el menor riesgo y costo posibles⁶⁹⁵.

Por lo que ante la masificación de la producción de bienes y prestación de servicios, el distanciamiento entre quien fabrica el bien y los consumidores, sumado a la búsqueda de la racionalización empresaria, se ha dado el fenómeno -cada vez con mayor intensidad- de sustituir la venta directa asumida por el productor o fabricante, por la integración de canales de comercialización con otros empresarios autónomos e independientes de aquél, quienes ponen su propia organización empresaria en función de la comercialización de los bienes y servicios del productor o fabricante. Se vinculan entre sí de manera estable - y a veces exclusiva- mediante contratos uniformes que se han dado en llamar contratos de comercialización.

Al referirse a la trascendencia de estos contratos, se señala que la misma radica en "la implementación de un sistema a través del cual el fabricante puede, sin necesidad de constituir una propia organización de ventas, recurrir a otros comerciantes o empresarios para que, a través de sus propias organizaciones, coloquen en un amplio ámbito territorial sus productos o servicios, en forma masiva"⁶⁹⁶.

Estos contratos presentan para las partes ventajas mutuas, por cuanto para el productor o fabricante implica la optimización de costos y menor utilización de recursos propios, mientras que la otra parte se inserta en el mercado al amparo de una marca o producto conocido, reduciendo su riesgo comercial⁶⁹⁷.

Entre los contratos de comercialización se destacan la concesión, la distribución en sentido estricto y la franquicia. Por su parte, el agente de comercio constituye un sistema intermedio "pues si bien es un empresario autónomo que asume los gastos y riesgos de su propia organización comercial, actúa sólo como intermediario entre el productor y el adquirente por los que no asume calidad de parte, ni los riesgos derivados del contrato celebrado en virtud de su mediación"⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Ídem., p. 83.

⁶⁹⁵ FARINA, JUAN M. ob. cit., p. 391.

⁶⁹⁶ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de contratos comerciales*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 301.

⁶⁹⁷ GHERSI, CARLOS ALBERTO. Ob. Cit., p. 84 y 103.

⁶⁹⁸ FARINA, JUAN M. Ob. Cit., p. 391.

No obstante lo antes reseñado, estos contratos padecían de una ausencia prácticamente absoluta de regulación legal en nuestro país⁶⁹⁹. Sin embargo, ello no fue un impedimento para que se extendiera su uso exponencialmente en la práctica negocial, como contratos innominados con tipicidad consuetudinaria (o social), que se regían por las normas y criterios sentados por los usos, las costumbres, jurisprudencia y doctrina jurídica⁷⁰⁰. Aunque, la falta de regulación legal generó conflictos que debieron ser resueltos por los tribunales, dando lugar a disparidad de criterios jurisprudenciales, con la consecuente inseguridad jurídica que ello suscitaba.

Entre las cuestiones más debatidas se encontraban, sin lugar a dudas, las relativas al plazo de duración de estos contratos y su extinción principalmente como consecuencia del ejercicio de la facultad de rescindirlos unilateralmente. Reiteramos, la falta de regulación legal determinó serias dificultades en sede judicial para la resolución de los conflictos que se suscitaban, las que se intentaron sortear mediante la labor de los tribunales. Sin embargo, no puede desconocerse que en muchos aspectos la jurisprudencia resultó un tanto errática, especialmente en orden a determinar cuándo el plazo de preaviso resultaba “razonable” o “adecuado” y qué comprendía el daño indemnizable ante la omisión del mismo.

Más allá de ello, se destacaba en doctrina que la regulación legal de estos contratos planteaba la problemática de establecer qué normas debían establecerse con carácter imperativo y cuáles con carácter meramente supletorio, por cuanto las primeras aparecen prima facie incompatible con contratos entre empresas, donde las reglas protectorias son excepcionales y deben ser aplicadas con especial cuidado para no producir una desincentivación de los acuerdos⁷⁰¹. Aunque en algunos aspectos, la necesidad de impedir abusos de las partes determinaba la justificación de la fijación de previsiones imperativas, especialmente sobre plazos mínimos y la obligatoriedad del preaviso⁷⁰².

Otro aspecto a considerar, es que si bien son contratos de empresa, generalmente se establecen mediante la adhesión a cláusulas generales predispuestas. Sin embargo, la inexistencia en nuestro país de normas relativas a la interpretación de los contratos predispuestos o sometidos a condiciones generales de contratación, derivaba en la necesidad de recurrir a las reglas generales sobre interpretación de los contratos y a los principios generales del derecho privado, suscitándose incluso algunas opiniones favorables a la posibilidad de acudir de las reglas hermenéuticas de la Ley de Defensa del

⁶⁹⁹ Sólo se hallaban reguladas algunas áreas de actuación de ciertos agentes y algunos aspectos de la distribución de diarios y revistas y de películas cinematográficas.

⁷⁰⁰ FARINA, JUAN M. Ob. Cit., p. 294.

⁷⁰¹ PITA, ENRIQUE MÁXIMO - PITA, JUAN MARTIN. “Contratos de distribución comercial”. ROUILLON, ADOLFO A N. (Dir.) - ALONSO, DANIEL F. (Coord.), *Código de Comercio comentado y anotado*. Buenos Aires, La Ley, 2005, tomo II, p. 710.

⁷⁰² Ídem., p. 710.

Consumidor, las que no son aplicables en este ámbito por tratarse de contratos entre empresarios⁷⁰³.

II.2. Régimen legal de los contratos de comercialización en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a los contratos de agencia (arts. 1479 a 1501), concesión (art. 1502 a 1511) y franquicia (arts. 1512 a 1522). De modo que su regulación aparece como un avance positivo, evitando equívocos respecto de otras figuras jurídicas, despejando muchas interpretaciones diversas que la doctrina y jurisprudencia pudieron haber tenido en el pasado en relación con ciertas características y elementos esenciales del contrato⁷⁰⁴, y brindando mayor seguridad jurídica.

Del régimen legal podemos destacar que se define a cada uno de los contratos, se regula la exclusividad en los mismos mediante normas supletorias, se delimitan las principales obligaciones de las partes y se prevé normas sobre retribución y reembolso de gastos que también se consideran de carácter supletorio.

Se establecen normas relativas a la duración de los contratos y la facultad de rescindir unilateralmente los mismos. Para el contrato de agencia, no se prevé un plazo mínimo legal y se establece que se entiende que el contrato se celebra por tiempo indeterminado excepto pacto en contrario. Mientras que para la concesión y la franquicia se establece un plazo mínimo legal de cuatro años, con algunas excepciones en cada caso. Dicho plazo mínimo legal resulta una norma imperativa, por cuanto si se pactare un plazo menor o el contrato fuere por tiempo indeterminado, se entiende convenido por cuatro años. En el contrato de agencia y de concesión, la continuación de la relación con posterioridad al vencimiento del plazo previsto en el contrato (o legal para la concesión), lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Por su parte, en el contrato de franquicia con plazo de duración determinado, el vencimiento del plazo no produce la extinción del contrato de pleno derecho (salvo los supuestos especiales de plazo inferior a tres años), sino que se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con al menos treinta días de antelación, transformándose a la segunda renovación en contrato por tiempo indeterminado. Esta norma que surge del art. 1516 del Código Civil y Comercial de la Nación genera dificultades interpretativas en relación a lo que luego se prevé en el art. 1522 inc. d), según el cual cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo

⁷⁰³ PITA, ENRIQUE MÁXIMO - PITA, JUAN MARTIN. Ob. Cit., p. 718/719.

⁷⁰⁴ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de contratos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Estudio, 2017, p. 256.

de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente.

En cuanto a la facultad de rescindir unilateralmente el contrato, se confiere a cualquiera de las partes en los contratos por tiempo indeterminado, tanto de agencia, de concesión, como de franquicia. Para lo cual se exige un preaviso cuyo plazo determina el legislador, pudiendo las partes prever plazos de preaviso superiores a los establecidos legalmente.

Así, el preaviso en el contrato de agencia y de concesión se establece en un mes por cada año de vigencia del contrato, debiendo coincidir el final del plazo de preaviso con el final del mes calendario en el que aquél opera. Todo ello resulta aplicable también a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede. En cambio, en los contratos de franquicia por tiempo indeterminado también el preaviso debe ser de al menos un mes por cada año de duración, pero fijando un límite máximo de seis meses y además el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación.

En todos los supuestos en que el Código prevé la exigencia del preaviso para la extinción del contrato, la omisión del preaviso da lugar a la indemnización sustitutiva del mismo, comprensiva conforme el art. 1493 del Código Civil y Comercial en las ganancias dejadas de percibir en el período de preaviso omitido. Sin embargo, consideramos que ello no excluye la indemnización de los mayores daños que se pudieren causar por la omisión del preaviso.

Es de destacar en el contrato de agencia, la previsión de los supuestos en que el agente tiene derecho a una compensación por clientela ante la extinción del contrato. A diferencia del contrato de franquicia, donde se establece que el derecho a la clientela corresponde al franquiciante, excepto pacto en contrario.

Por su parte, en el contrato de concesión por tiempo indeterminado, se ha establecido que su rescisión unilateral genera la obligación del concedente de readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

Sin embargo, resulta notable que el legislador no haya regulado expresamente el contrato de distribución en sentido estricto, y se haya limitado exclusivamente a establecer en el art. 1511 inc. b) que le son aplicables las normas de la concesión en cuanto resulten pertinentes. Por tal motivo se sostiene que la referida mención normativa, no implica tipificar o transformar en nominado al contrato de distribución, de modo que éste no ha sido especialmente regulado ⁷⁰⁵(Gómez Leo, p. 320).

En otro orden de ideas, es destacable que se hayan previsto de manera expresa normas sobre contratos de adhesión a cláusulas generales

⁷⁰⁵ GÓMEZ LEO, OSVALDO R. *Tratado de Derecho Comercial y Empresario*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, tomo III, p. 320.

predispuestas, pues con ello se viene a llenar un vacío legal, facilitando la interpretación y eventual integración de estos contratos.

III. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

III.1. Su caracterización y regulación previa al Código Civil y Comercial de la Nación

No existiendo en el derecho argentino una definición o concepto o principios generales referidos a los contratos asociativos, la referencia a los mismos se prestaba a múltiples confusiones e interpretaciones⁷⁰⁶. El referido autor, citando a Messineo, sostiene que los contratos asociativos son una especie dentro de los contratos de colaboración en que “las partes, sin menoscabar sus intereses particulares, se vinculan jurídicamente con la finalidad de perseguir un objetivo en común, mediante el cual los asociados tratan de satisfacer sus propios intereses particulares”⁷⁰⁷.

En lo que respecta a la regulación de estos contratos previa al Código Civil y Comercial de la Nación, podemos destacar que no existía un régimen legal que recogiera los aspectos generales aplicables a estos contratos. Su regulación legal, se receptó en forma gradual y asistemática.

Así la ley 19.550, en ese entonces Ley de Sociedades Comerciales, regulaba en los arts. 361 a 366 a la llamada sociedad accidental o en participación, cuyo objeto era la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. Recuerda Daniel Roque Vítolo, que se decidió legislar el instituto como una sociedad anómala, manteniendo el régimen el Código de Comercio⁷⁰⁸.

Se excluía expresamente el carácter de sujeto de derecho, carecían de denominación social, no estaban sometidas a requisito de forma, ni se inscribían en el Registro Público de Comercio. Se distinguían, por un lado, los socios gestores y los socios no gestores. Se establecía la aplicación supletoria de las normas establecidas para los socios comanditarios, si el contrato no determinaba el contralor de la administración por los socios. A su vez, y a falta de disposiciones especiales, establecía la aplicación supletoria de las normas de la sociedad colectiva al funcionamiento y disolución de la sociedad.

Es recién con la sanción de la ley 22.903, la cual mantuvo la regulación de las sociedades accidentales o en participación, que se introdujo un nuevo capítulo a la ley 19.550, en el que bajo la denominación de contratos de colaboración empresaria se reguló a las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas. Destaca Vítolo que las mismas se receptaron como figuras contractuales similares a las sociedades comerciales, pero regulándolas

⁷⁰⁶ FARINA, JUAN M. Ob. Cit., p. 775/776.

⁷⁰⁷ Ídem., p. 774.

⁷⁰⁸ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de contratos. ...*, p. 486.

como si fueran totalmente ajenas a las reglas de la ley societaria a la cual se incorporaban como Capítulo III⁷⁰⁹.

Se estableció expresamente que tanto las agrupaciones de colaboración como las uniones transitorias de empresas, no constituyen sociedades, ni son sujetos de derecho. En cuanto a la forma del contrato, podía ser por instrumento público o privado y se estableció la inscripción del mismo en el entonces Registro Público de Comercio, aplicándose lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley de Sociedades Comerciales vigente en dicho tiempo.

Posteriormente, el 16 de diciembre del año 2004, se sancionó la ley 26.005, promulgada el 10 de enero del año 2005, que incorporó la figura de los consorcios de cooperación, con naturaleza contractual, no societaria, no constituyendo sujeto de derecho, ni persona jurídica. Respecto del otorgamiento del contrato constitutivo, disponía que debía hacerse por instrumento público o privado, con firma certificada en este último caso, debiendo inscribirse por ante la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere según la jurisdicción provincial que se tratara. Sin embargo, grandes críticas generó la sanción que preveía la ley 26.005 para el caso que los contratos no se registraren, por cuanto establecía que en tal caso el consorcio tendría los efectos de una sociedad de hecho, confiriéndole entonces en tal caso el carácter de persona jurídica, sujeto de derecho, aunque con las particularidades que tenían las sociedades no regularmente constituidas en el régimen societario anterior a la ley 26.994.

Lo antes reseñado, pone en evidencia que el estado de situación en materia de regulación legal de los contratos asociativos en nuestro país previo al Código Civil y Comercial de la Nación era asistemático, no contando con un régimen general de los mismos, sino con una normativa parcializada, no integrada y un tanto errática.

III.2. Régimen legal de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación

La ley 26.994 no sólo aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que también, al modificar la ley 19.550 que pasa a denominarse Ley General de Sociedades, deroga los arts. 361 a 366 que regulaban a la sociedad accidental o en participación y el Capítulo III relativo a los contratos de colaboración empresaria. Asimismo, la ley 26.994 deroga la regulación de los consorcios de cooperación prevista en la ley 26.005.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación receptó a los contratos asociativos en el Capítulo 16 del Título IV Libro Tercero. Eduardo M. Favier Dubois (h) refiere a los contratos asociativos como aquellos contratos trasladados, que fueron recibidos de la ley societaria, dándoseles una mejor

⁷⁰⁹ Ídem., pp. 211/212.

formulación, incorporando reglas generales y ampliando su uso a favor de sujetos que no son empresarios⁷¹⁰.

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé disposiciones generales para los contratos asociativos (arts. 1442 a 1447), las que resultan aplicables a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. Se establece expresamente que a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. Por lo tanto, el Código Civil y Comercial ha sido terminante en cuanto a la naturaleza y al alcance exclusivamente contractual de estos institutos, separando a estas figuras contractuales de las personas jurídicas asociativas y de las particularidades propias que distinguen a estas últimas, importando una decisión de política legislativa o de técnica jurídica impulsada por la necesidad de crear figuras diferenciadas de la sociedad, facilitando un grado de integración menor al tradicional esquema societario⁷¹¹.

Se admite la libertad de contenidos, por lo que no solamente se tipifican ciertos contratos asociativos, sino que también pueden celebrarse contratos asociativos atípicos. En tal sentido, Favier Dubois (h) ha señalado que el desafío será diferenciar ante un caso concreto determinado si estamos ante un contrato asociativo atípico o ante una sociedad simple de la sección IV capítulo I de la Ley General de Sociedades, configurándose para el citado autor el primer supuesto ante la ausencia de alguno o algunos de los elementos del negocio "sociedad"⁷¹².

Se dispone la libertad de forma para los negocios en participación y los contratos asociativos atípicos, los cuales no requieren inscripción registral. A su vez, aquellos contratos asociativos típicos que requieren inscripción registral producen efectos entre las partes aunque no se encuentren inscriptos.

Como hemos destacado, el Código Civil y Comercial de la Nación, también regula cuatro contratos asociativos típicos, que son el negocio en participación (arts. 1448 a 1452), la agrupación de colaboración (arts. 1453 a 1462), la unión transitoria (arts. 1463 a 1469) y el consorcio de cooperación (arts. 1470 a 1478), que fueron los que -con algunas variantes- se traspolaron de la ley 19.550 y la ley 26.005 al Código Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto, cabe destacar que resulta adecuado haber abandonado la noción de "sociedad" accidental o en participación, que generaba dificultades en torno al encuadre preciso de su naturaleza jurídica, para darle un tratamiento como "negocio en participación", acorde a su naturaleza contractual no societaria. En idéntico sentido, se aprecia haber dejado de referir a las partes como socio gestor y socio no gestor, para denominarlas gestor y partícipe. Un cambio que destaca Vítolo, consiste en que si bien en caso de que se exteriorice la apariencia

⁷¹⁰ FAVIER DUBOIS (h.), EDUARDO M. "Capítulo 4: El Derecho Comercial en la Unificación del Derecho Privado". FAVIER DUBOIS (h.), EDUARDO M. *Manual de Derecho Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 82.

⁷¹¹ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de Derecho Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Estudio, 2016, pp. 137/138.

⁷¹² FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M. Ob. cit., p. 475.

de una actuación común con el partícipe, los terceros tendrán acción contra éste y el partícipe tendrá acción contra los terceros, el régimen actual se centra en la apariencia de actuación común de gestores y partícipes para imponer dicha consecuencia, y a pesar de ello, el partícipe no asume responsabilidad solidaria e ilimitada⁷¹³. A su vez, se ha regulado la rendición de cuentas de un modo más preciso⁷¹⁴.

En lo que refiere a las partes de los contratos asociativos, el Código Civil y Comercial de la Nación ha adoptado un criterio más amplio que su antecedente, al no enumerar los sujetos legitimados para poder constituir o participar en estos contratos, refiriéndose de modo genérico a las “partes”, además de que se flexibiliza el concepto de unión transitoria, al utilizar el plural en la definición del contrato y referirse actualmente a “obras, suministros o servicios concretos”⁷¹⁵.

También merece destacarse la eliminación de la sanción que se preveía en la ley 26.005 para la falta de inscripción registral de los consorcios de cooperación, los cuales aun no habiendo cumplido con la misma, mantienen su naturaleza contractual y producen efectos entre las partes, sin perjuicio de la necesidad de inscripción registral para el efecto de oponibilidad a los terceros.

IV. CONCLUSIONES

La comercialización de bienes y servicios en una economía de mercado, donde imperan la producción y el consumo masivos, requiere de la integración empresaria para lograr la racionalización de los recursos y los medios productivos. Los contratos aparecen en este marco como un instrumento jurídico que permite la vinculación entre los empresarios, ya sea en orden a conformar canales de comercialización con terceros para acercar su producto o servicio al consumidor, o bien con el objetivo de mancomunar esfuerzos para el logro de un objetivo común.

De modo que la función que al respecto cumplen los contratos de comercialización y los contratos asociativos es de una importancia innegable y termina repercutiendo en la comercialización de los bienes y servicios por la empresa en el mercado.

De allí que, en relación a los contratos de comercialización que carecían casi totalmente de régimen legal, consideramos que su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial resulta positiva, brindando una herramienta al intérprete para poder solucionar los conflictos que a su respecto se susciten, despejando incertidumbres y contribuyendo de ese modo a la previsibilidad y la seguridad jurídica. A ello debe sumarse la previsión de normas relativas a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, que facilitan la interpretación y eventual integración de estos contratos.

⁷¹³ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Manual de contratos. ...*, p. 223.

⁷¹⁴ Ídem., p. 225.

⁷¹⁵ Íbidem., pp. 233/234.

Sin embargo, es criticable que el codificador no haya previsto una regulación expresa para el contrato de distribución, como así también la forma poco clara en que se ha regulado la extinción del contrato de franquicia cuando se celebra por tiempo determinado.

Por su parte, también resulta positivo el tratamiento de los contratos asociativos previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación, terminando de ese modo con la asistematicidad y dispersión del régimen anterior. Se despeja, entonces, toda duda respecto de la naturaleza contractual, no societaria de los mismos, resultando su ubicación metodológicamente coherente y superior al régimen anterior. A lo que debemos adicionar que introduce una herramienta importante para el desarrollo de la empresa, como ser los contratos asociativos atípicos y brindando normas de aplicación general para todos los contratos de esta índole.

En conclusión, los contratos de comercialización y los contratos asociativos cumplen una función relevante para el crecimiento de la empresa en nuestro país, por lo que su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación resulta una novedad en materia legislativa de importancia para contribuir a dicha finalidad.

PONENCIAS

**INSTITUTO DEL NOTARIADO
Y DERECHO REGISTRAL**

**IMPORTANCIA DEL PATRIMONIO DE INTANGIBLES
EN LA EMPRESA MODERNA
NECESIDAD DE QUE LA REPUBLICA ARGENTINA
APRUEBE EL TRATADO DE COOPERACIÓN
EN MATERIA DE PATENTES**

**Gabriel B. Ventura
Director del Instituto del Notariado
y Derecho Registral**

I- INTRODUCCIÓN

El avance extraordinario de la ciencia y la tecnología de los últimos tiempos, ha modificado radicalmente el concepto empresarial de patrimonio. Si bien de antaño venimos asistiendo a la proliferación de los derechos inmateriales, con la familiarización de la ciencia informática llegando al hombre común, al profesional y hasta a los quehaceres domésticos, con toda clase de artefactos que cubren necesidades de las más variadas, este fenómeno ha adquirido proporciones asombrosas.

Podríamos decir que el engranaje, sistema de transmisión del movimiento que fuera la vedette durante las primeras épocas de la revolución industrial, hoy ha sido virtualmente reemplazado por los “mecanismos” informáticos. El embelezo que sentía el hombre de mediados del siglo XVIII al contemplar la nueva maquinaria que suplía con sobrada superioridad el esfuerzo humano para hacer casi todo lo cotidiano del hogar y hasta enfrentar las más dificultosas tareas del agro, hoy ha sido complementado o suplantado en su totalidad por los sorprendentes logros informáticos y electrónicos.

Es sin dudas por estas circunstancias que, tanto las marcas de fábrica, y sobre todo las patentes y los diseños industriales en sus dos tipos (de utilidad y ornamental), que prohíjan la creatividad y la capacidad inventiva, han pasado a constituir un elemento fundamental dentro del capital de la empresa. La inmaterialidad que domina la naturaleza de estos valores, es la que ha generado la expresión “patrimonio de intangibles”. La ciencia, la tecnología y la producción, objeto de especial tutela en las políticas modernas, se dan un comprometido abrazo en los más importantes emprendimientos industriales. Es por ello que no hay país en el mundo que pretenda formar parte de la historia de la evolución humana que no tutele y confiera las justas prerrogativas a estas especiales manifestaciones del derecho, que constituyen, por otra parte,

uno de los rubros más cotizados del haber patrimonial de casi todas las empresas desde mediados del siglo XVIII.

II- LA NATURAL VOCACIÓN SINFRÓNICA DEL DERECHO INMATERIAL

La necesidad de prestar atención a estas obras, fruto de la creatividad y conocimiento científico o simplemente el prestigio de una marca, surge manifiesta cuando se advierte su extraordinaria vocación sinfrónica; y con esta expresión queremos poner el acento en el hecho de que no tienen límites temporales ni espaciales. En efecto, en una comunidad cada vez más globalizada y hegemónica como la que estamos protagonizando, un adelanto pergeñado por un inventor argentino, por ejemplo, repercute de manera inmediata en una industria japonesa. En definitiva todo avance tiene y debe tener un efecto global. Pero, como fácilmente puede inferirse, en ese entorno mundial, tanto los mecanismos de tutela, como los requisitos de patentabilidad o registración exigirán acuerdos internacionales. Así, el simple hecho de considerar registrable o no una marca o una patente determinadas, hasta la duración de la prerrogativa individual merecida por el autor propietario, deberán necesariamente surgir de acuerdos que no siempre involucran a todos los países.

Esta situación genera una estrecha y necesaria relación de nuestra rama, el llamado derecho industrial, con el derecho internacional y los tratados, que justamente son los que facilitan la circulación de estos bienes, incentivan de alguna manera a su producción, a la par que garantizan de modo más o menos eficaz su tutela en el marco global, puesto que es el mundo entero el potencial consumidor de todo nuevo invento, diseño o producto comercial. Infinidad de tratados internacionales dan cuenta de lo que venimos exponiendo.

III- TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LOS DERECHOS INTELECTUALES

Son muy numerosos los acuerdos internacionales tendientes a regular los derechos intelectuales en todas sus manifestaciones; pero los que más nos interesan en este trabajo, son aquellos relacionados con las patentes y diseños industriales puesto que hemos ceñido nuestro análisis a los llamados "intangibles" como elementos del patrimonio de la empresa.

Sin dudas debemos comenzar con el Convenio de París, Acta de Lisboa, 1958, aprobado por nuestro país por ley 17011 del año 1966. Entre otros aspectos muy importantes, mediante este acuerdo se reconocen las llamadas "marcas notorias" a nivel internacional. Igualmente se prevé un mecanismo de reserva

de la prioridad ganada en cualquiera de los países miembros. Ello merced a la previsión contenida en el art. 4, que determina que el depósito regular de una solicitud de patente, modelo de utilidad u ornamental, o de marca de fábrica en alguno de los países de la Unión confiere una prioridad durante doce meses para las patentes y los diseños de utilidad, y de seis meses para las marcas. Esto significa que si el país en el que se encuentra el inventor o diseñador pertenece a la Unión de París, bastará con solicitar la patente en su país para contar con la prioridad necesaria para obtener el derecho también en otros países miembros. Esto le dará tiempo para analizar los mercados, pertinencias y conveniencias para registrar también el derecho en algún otro país en el que convenga la explotación del derecho a registrar.

Otro Convenio de gran trascendencia para el derecho industrial en materia empresarial es el ADPIC - "Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio"⁷¹⁶ del año 1994, aprobado por Argentina mediante ley 24425 de 1994. En este convenio se acuerdan definiciones y plazos relacionados con todas las manifestaciones de derechos intangibles, previendo con especial sentido social los supuestos de licencias obligatorias de patentes, para los casos de emergencias, en especial las referidas a productos medicinales.

Argentina debió modificar algunas de sus leyes internas y dictar otras, como por ejemplo la ley 24766, llamada "De confidencialidad", para adecuarse a las exigencias del convenio.

IV- TRATADO DE COLABORACIÓN EN MATERIA DE PATENTES - (PCT)

Frente a la globalización y sus consecuencias, tanto negativas como positivas, todos los países emergentes que pretendan obtener algún grado de industrialización, insertándose en el mundo de la producción en materia de derechos intelectuales, han suscripto estos básicos acuerdos que permiten no solo el ingreso de productos y servicios a los países miembros, sino la incentivación de las mentes creativas para la producción de los propios valores que salen al mercado internacional.

Es por eso que no puede concebirse racionalmente que Argentina aún no haya aprobado el Tratado de colaboración en materia de patentes, denominado generalmente por sus siglas en inglés como el "PCT" ("*Patent Cooperation Treaty*"). Este convenio permite buscar protección por patente para una invención en muchos países al mismo tiempo mediante la presentación de la solicitud "internacional" de patente.

Tal como está previsto en el Convenio de París, el inventor o diseñador puede presentar una solicitud de patente o registro ante la oficina nacional de patentes

⁷¹⁶ "TRIPS" por sus siglas en inglés: "*TRADE RELATED INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS*".

del País o ante la Oficina Internacional de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) con sede en Ginebra, pero deben respetarse en este requerimiento los recaudos exigidos por el mismo tratado, no como ocurre con el Convenio de París en el que basta un "depósito regular" (art. 4 del C.P.), es decir respetando las exigencias del país de origen. Debe remarcar que la reserva de prioridad prevista en el PCT no es de doce meses como en el CP, sino de treinta meses.

La presentación de la solicitud internacional de patente, que por estar en el marco del acuerdo pasa a recibir el tratamiento de "Solicitud PCT", amén de reservar la prioridad del invento desde el día y hora de presentación por treinta meses en todos los países miembros, en forma automática y sin petición expresa, genera también una búsqueda entre todos los países miembros, que a la fecha son más de ciento cincuenta, a los fines de determinar si ya hay un invento igual o similar patentado en alguno de ellos, ya sea en trámite de registración o con expedición de título definitivo.

Esta búsqueda como fácilmente puede advertirse permite al inventor o diseñador decidir en qué país le conviene registrar su creación, y saber de antemano con qué inconvenientes jurídicos y administrativos podría encontrarse en cada uno de ellos. Por ejemplo si hay un invento similar en el país que desea registrarlo puede ir previendo los argumentos para demostrar la diferencia entre el ya inscripto y el que se pretende ingresar. Pero además de esta información puramente fáctica, el tratado determina que las autoridades administrativas del PCT emitan un dictamen jurídico sobre la viabilidad de la pretensión en cuanto a que el invento o diseño útil presenten los requisitos básicos de patentabilidad o registrabilidad.

Generados estos documentos, se remiten al interesado, quien tiene la oportunidad, sin generar gastos inútiles, de decidirse por ejemplo por otro lugar para solicitar la patente o modificar las reivindicaciones enunciadas si éstas no cubrían los recaudos exigidos en el país en el que se intentaría la patente.

Entre las ventajas de estar incorporados al sistema previsto en el PCT, amén de la información al interesado directo respecto a la viabilidad de su patente, y la posibilidad de efectuar alguna modificación a la misma, como ya hemos expresado, está también el asesoramiento directo de cada oficina de patentes de los países miembros a las autoridades respectivas a las que llegará la solicitud. Al mismo tiempo se unifican los criterios formales de petición puesto que cada país miembro se compromete, en caso de tratarse de una Solicitud Internacional PCT, a no hacer valer sus exigencias administrativas internas para el rechazo, sino atenerse solo a las previsiones del tratado. En definitiva se agiliza todo el trámite para el industrial que pretenda el patentamiento en cualquier país miembro del tratado. Se disminuyen así los costos previos de investigación y se amplía el horizonte de aplicación de los avances científicos y tecnológicos.

V- ARGENTINA NO HA ADHERIDO AL PCT

Argentina no ha adherido aún al PCT, a pesar de que desde el año 1998 un proyecto de ley para suscribirlo ya ha sido aprobado por el Senado de la Nación. Falta solo que se expida diputados.

La discusión doctrinaria y política sobre la conveniencia o no de aprobar el tratado existe hasta nuestros días. El principal obstáculo que se esgrime para su aprobación es que las grandes corporaciones acapararán mediante una simple solicitud todas las posibilidades de desarrollo inventivo local. Obviamente no compartimos esta advertencia; en primer lugar porque siempre se ha utilizado ese tipo de argumentaciones para impedir en el País el patentamiento de ciertos productos. Recordemos lo que costó la sanción de la ley 24481 en 1995 que derogó la viejísima ley 111 que regía en Argentina desde 1864 y justamente negaba las patentes a los productos farmacéuticos. En segundo lugar, estamos convencidos de que facilitar la registración de los derechos inmateriales, lejos de causar perjuicio económico al industrial y al País, facilitará la registración en Argentina, impidiendo que el inventor prefiera acudir a patentes fuera de nuestro país, como tantas veces ha ocurrido.

Se hace menester, en definitiva, exhortar a las autoridades nacionales a la pronta aprobación del Tratado de Colaboración en Materia de Patentes para facilitar a la industria local la registración, en el mundo globalizado de hoy, a la par que incentivar el ingreso al País de las nuevas tecnologías, garantizando una rápida y ágil registración de los inventos y adelantos extranjeros que puedan mejorar la producción local, asegurando su efectiva tutela.

"REFLEXIONES SOBRE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL RESPECTO A TITULARIDAD EXTRANJERA DE PROPIEDAD, POSESIÓN O TENENCIA, SOBRE TIERRAS RURALES"

**Raquel Virginia Moyano
Gabriela Sosa
María Adriana Garay
Silvia Guzmán**

Sumario

I. Introducción. II. Le Ley 26737. Decretos Reglamentarios y Modificatorios. III. Sujetos. IV. Tierra Rural. V. Limitaciones. Cómputos. Equivalencias. VI. Organismos creados por la Ley. VII. Actos comprendidos. Función Notarial. VIII. A modo de Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La empresa, como sistema de organización, tiende en su dinámica económica a interrelacionarse también en el contexto mundial. En la búsqueda de su crecimiento debe interiorizarse de todas las posibilidades que el mercado del país que la recibe puede ofrecerle. Pensemos mínimamente en sus condiciones comerciales, económicas, y en la legislación vinculada con la actividad a desarrollar.

El conocimiento de los factores internos del país anfitrión. Los campos social, económico, tecnológico, intelectual, su política legislativa, y demás, resultan esenciales para su organización. Ésta puede asumir la condición de persona humana o jurídica.

La información le permite una correcta orientación para sus estrategias, así como la elaboración de sus políticas de competitividad, tendientes a obtener mayor productividad y eficiencia en el cumplimiento de sus objetivos.

A su vez, y en particular atención al tema que se analiza, los países receptores, en protección de los intereses nacionales, deben bregar por un adecuado equilibrio entre los beneficios que puedan otorgarse a través de la venta de tierras a extranjeros y el cuidado de sus recursos internos. En este sentido se ha dicho que “...El territorio, como entorno vital del hombre, está condicionado por el

interés común. La intervención pública en su ordenamiento, el régimen de explotación rural, forestal, agrícola, urbana y minera, y la preservación de los recursos naturales, quedan justificados por ellos...”⁷¹⁷

Nuestro país, poseedor de gran cantidad de recursos naturales, con la finalidad de protegerlos como de dominio nacional, en especial relación a la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales, establece legislativamente un régimen que impone restricciones proteccionistas a través de la Ley 26.737.

De este modo, en el presente trabajo se analizarán, los presupuestos de aplicación de la Ley en análisis y algunos aspectos vinculados con la actividad notarial y registral, ya que ambas se producen con una mayor profundización.

II. LA LEY 26737. DECRETOS REGLAMENTARIOS Y MODIFICATORIOS: 274/2012 Y 820/2016

1. Generalidades

La Ley N° 26.737, sancionada el 22 de diciembre del año 2011 y Promulgada el 27 de Diciembre de dicho año, establece el Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales. Consta de cinco capítulos en los que desarrolla la temática integral que propone en sus finalidades y objetivos. El primero referido al ámbito territorial y personal de aplicación de la ley; el segundo, relativo a su objeto, el tercero regula los límites al dominio extranjero sobre la propiedad o posesión de las tierras rurales, el cuarto regula el Registro Nacional de Tierras Rurales y el quinto trata del Consejo Interministerial de Tierras Rurales.

La citada Ley tiene dos finalidades. Por un lado determinar la titularidad catastral, la dominial y la situación de posesión de las tierras rurales en todo el territorio de la nación y, por otro lado, regular los límites a la titularidad y posesión de dichas tierras respecto de personas físicas y jurídicas extranjeras, cualquiera sea su destino y producción, sin afectar los derechos adquiridos⁷¹⁸.

El ámbito territorial de aplicación de la ley se extiende a todo el territorio de la Nación Argentina; tiene carácter de orden público, por ello sus disposiciones son irrenunciables, y fulmina los actos celebrados en contra de sus disposiciones con la nulidad absoluta.

El ámbito personal está referido a los sujetos, de los que trataremos brevemente en puntos siguientes.

La Ley 26737 y su Decreto Reglamentario 274/2012, han sido modificados por el Decreto 820 del año 2016.

2. Constitucionalidad: Planteos

⁷¹⁷ABELLA; Adriana. “La Propiedad Inmobiliaria. Cuestiones Urbanísticas”. Estudio de Derecho Inmobiliario. Bs. As. Zavalía. 2012. P. 9/50.

⁷¹⁸ Ley 26737. Artículo 2, incs a) y b).

Abordando brevemente una visión constitucional, advertimos la existencia de planteos que sostienen que en la Ley de Tierras Rurales hay presencia de disposiciones que podrían considerarse, *a priori*, inconstitucionales⁷¹⁹.

En este sentido, resulta menester considerar en primer término que la declaración de inconstitucionalidad es la "*ultima ratio*" del orden jurídico. Que no tiene efecto derogatorio genérico y, que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad.

Por otra parte, analizar si se trata de una legislación tuitiva, para impedir la consolidación de procesos que, de ser librados a su propia dinámica, podrían comprometer gravemente el desarrollo y la soberanía nacional.

La tierra, constituya o no un recurso renovable, es un recurso estratégico, al igual que los yacimientos -entre otros recursos-, y como tal debe ser especialmente considerada desde las perspectivas jurídica, política y económica, a fin de evitar su concentración en manos de capitales extranjeros.

En efecto, ley en estudio fue impulsada a fin de resguardar los recursos naturales de los argentinos en función de variables difíciles de revertir y contener tales como el crecimiento de la población mundial, con sus consecuentes necesidades alimentarias, el cambio climático que trajo aparejado salinización de tierras antes fértiles, sequía, etc. Así también la exponencial globalización comercial y consideración de los recursos naturales como mercancía, la necesidad internacional de explotación para la obtención de materia prima de yacimientos de hidrocarburos y de minerales estratégicos para el expansivo desarrollo informático (sílice, litio, tungsteno etc.).

También debe valorarse que el espíritu de la ley quedó plasmado en los fundamentos de la misma, enviados por el PEN al Congreso de la Nación. Entre sus objetivos puede distinguirse la intención de regular el previsible crecimiento de la propiedad extranjera. Adviértase que existen ya grandes parcelas de territorio nacional bajo dependencia de patrimonios foráneos⁷²⁰.

Dentro de esta ponderación, entran también en juego los derechos de las comunidades indígenas, medio ambiente y recursos naturales, por coincidir generalmente, el interés de adquirir por parte de extranjeros, tierras ubicadas en zonas con recursos invaluable para la Nación, u ocupados por comunidades indígenas.

Además, la Constitución al consagrar derechos también estipula que deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan⁷²¹.

El artículo 20 de la CN que alude a los extranjeros, protege sólo a las personas humanas y habitantes del país⁷²² y quienes respondan a la calidad migratoria excluida.

⁷¹⁹ Las normas vulneradas según los planteos de inconstitucionalidad serían los Artículos 17; 14; 16; 20 y 28 de la C.N. y Ley 23592.

⁷²⁰ La Exposición de motivos de la Ley 26737 recepta lo previsto en el Artículo 4, C.N.

⁷²¹ "La reglamentación que restringe aparentemente el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse, en principio, como agravante a la Constitución, pues esto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron al ordenarla, decretarla y establecerla" y "Todos los derechos enunciados en la Constitución en cuanto comportan el ejercicio de la libertad ordenada al Bien Común, están puestos en un pie de igualdad. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Por el Dr. Felipe Seisdedos CSJN, Fallos: 153-187 y 218-260.

Es innegables que la Ley 26737 se refiere a los extranjeros que no habiten el país, pues de otra manera se estaría a las calidades migratorias reguladas en la Ley 25871, y excluidas en la misma Ley de Tierras Rurales⁷²³.

Debe observarse también que restringe la limitación a las denominadas “tierras rurales”, es decir las detraídas del ejido urbano, y que las restricciones al dominio impuestas en el interés privado son del resorte del legislador nacional ...” *La regulación del dominio cae en la órbita del Código Civil y Comercial.... no es un instituto propio del derecho público local sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional, por medio del art. 75 inc. 12 de CN*”

En definitiva, y ante la diversidad de opiniones respecto a la constitucionalidad de la norma en cuestión, corresponderá a nuestra CSJN expedirse en cada caso en particular, interpretando los principios y garantías constitucionales de la manera más conveniente a los intereses nacionales y de acuerdo a la evolución de los tiempos⁷²⁴.

También corresponde resaltar la referencia a la inconstitucionalidad del decreto 820/2016, ya mencionado en el marco regulatorio del tema en análisis.

En esencia, el decreto 820/2016 regula cuestiones que directamente no habían sido reguladas por la Ley de Tierras Rurales ni por el decreto 274/2012, o que fueron reglamentadas en forma parcial e insuficiente. Tal contenido del Decreto 820/2016 permite concluir su inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de lo expresado en cuanto a la calificación constitucional de este Decreto, lo cierto es que incluye disposiciones específicas que, en función de los límites fijados por la Ley de Tierras Rurales, establecen el modo de computar la superficie de estas tierras en supuestos especiales, tales como los casos de dominio desmembrado, revocable y fiduciario, usucapión, adquisiciones en el marco de ejecuciones hipotecarias, concursos y quiebras, adjudicaciones por partición de condominio y divorcios, transmisiones de tierras rurales a herederos forzosos, y los casos de personas jurídicas consideradas extranjeras conforme la Ley de Tierras Rurales, titulares de dominio de tierras rurales⁷²⁵.

No obstante la trascendencia de los planteos expuestos, no es finalidad de este trabajo su análisis exhaustivo, ni esta la oportunidad de fundamentar nuestra opinión respecto a las discutidas inconstitucionalidades de las normas señaladas. Esta tarea constituirá el objetivo de otro trabajo sobre el tema.

Sí es necesario mencionar -aunque por obvio no menos resaltable- que, en todo caso, estaremos a la constitucionalidad de las normas discutidas, hasta que la Corte Suprema se expida sobre el asunto ante un planteo expreso y concreto.

⁷²² El Artículo 20. de la CN reza: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

⁷²³ Ley 26737. Artículo 4.

⁷²⁴ DEL OLMO, Mariano. “Modificaciones a la Reglamentación de la Ley de Tierras Rurales”. AR/DOC/3704/2017.

⁷²⁵ DEL OLMO, Mariano. Op. Cit.

III. SUJETOS

En el procedimiento de aplicación de la normativa descripta se produce la intervención de diferentes sujetos, a saber:

1. Sujetos con obligación de informar, como el Estado Nacional, Provincial y Municipal, sus organismos descentralizados, sus dependencias competentes en registración, Catastro y Registro de personas jurídicas de todo el país. A rogación la Dirección Nacional de Migraciones y Registros Civiles, como el Registro de la Propiedad Inmueble. Igualmente los Escribanos Públicos.

2. Sujetos Adquirentes, entre los que se encuentran:

a) "...Personas físicas de nacionalidad extranjera, tengan o no su domicilio real en territorio de la Nación Argentina, con las excepciones establecidas en el artículo 4..."

b) "...a los efectos del artículo 3, inc. b) de la Ley 26737, se entenderá por persona jurídica extranjera aquella en la cual personas extranjeras -humanos y/o jurídicas-, en forma directa o indirecta, formen la voluntad mayoritaria, independientemente de su participación social. Se presume, salvo prueba en contrario, que en caso que una persona extranjera -o más de una en caso de control conjunto- sea titular de más DEL CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (51%) del capital social de una persona jurídica, dicha persona jurídica será considerada extranjera a los efectos de la Ley 26737.

c) Personas jurídicas vinculadas con, o controladas por, personas jurídicas extranjeras.

d) Personas humanas o jurídicas extranjeras que actúen como accionistas de hecho.

e) Sociedades que hayan emitido obligaciones negociables, o debentures convertibles en acciones por un valor de más del 25 % de su capital social, cuando sus tenedores sean extranjeros.

f) Fideicomiso cuyos beneficiarios sean extranjeros.

g) Sociedades de participación accidental, Agrupaciones en Colaboración Empresarial y Uniones Transitorias de Empresas en las que participen personas humanas o jurídicas extranjeras.

La novedosa inclusión realizada por el Decreto 820 de 2016 se dirige a establecer a qué sujetos deberá computárseles la titularidad de superficie de Tierras Rurales a fin de las limitaciones establecidas. En ese sentido se refiere a los siguientes casos:

Titulares de Dominio Desmembrado, Dominio Revocable; Dominio Fiduciario; Condominio, Usucapión, Herederos forzosos, entre otros casos especiales (casos de Concursos y Quiebras, Disolución de la Sociedad Conyugal, de la Unión Convivencial, Ejecuciones inmobiliarias)⁷²⁶.

IV. TIERRA RURAL

⁷²⁶ Decreto 820/2016. Artículo 2, 2.1, 2.2.

1. Se entiende por Tierra Rural “...todo predio ubicado fuera del ejido urbano independientemente de su localización o destino...”⁷²⁷.

Continúa la idea el artículo 1 del 274/2012 “...a los efectos de la aplicación de la ley, las tierras rurales serán “...las que surjan de detraer de la totalidad del territorio provincial, departamental, municipal o divisiones políticas equivalentes, el correspondiente a los ejidos urbanos determinados a partir de las constituciones, leyes o decretos provinciales, cartas orgánicas u ordenanzas municipales. A los fines del cómputo de la limitación para la titularidad extranjera....se considerarán tierras rurales las informadas conforme la prescripción antecedente, o en su defecto las que determine el Consejo Interministerial de Tierras Rurales a requerimiento fundado de la autoridad de aplicación....”.

2. Asimismo cabe destacar los inmuebles que quedan excluidos de la aplicación de la ley, referidos en el artículo 10 in fine de la norma de fondo, a saber: “...los que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes.... Los inmuebles ubicados en zonas de seguridad de frontera con las excepciones y procedimientos establecidos por el decreto ley 15385/44 modificado la por Ley 23554...”

V. LIMITACIONES. CÓMPUTOS. EQUIVALENCIAS

Establecidos los conceptos de Tierras Rurales y aquellos de las tierras que quedan excluidas de la posibilidad de aplicación de esta Ley, recordemos que su propósito es limitar la adquisición por extranjeros de Tierras Rurales.

Si bien la Ley 26737 se refiere a Tierras Rurales, como a las que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes, y a las de Zonas de seguridad y frontera, la limitación alude sólo a las rurales, toda vez que a las dos restantes les impone la prohibición de adquisición.

1. Límites

La Ley de Tierras Rurales establece cuatro limitaciones:

- Primera limitación: se fija en 15% el límite de tierras rurales en el territorio nacional que pueden ser de titularidad o estar en posesión de personas extranjeras⁷²⁸.
- Segunda limitación: ese porcentaje también se computa como límite a nivel provincial y municipal (es decir, el 15% de tierras rurales de una provincia o municipio es el máximo de tierras rurales de esa provincia o municipio que pueden ser de titularidad o estar en posesión de personas extranjeras);
- Tercera limitación: la titularidad o posesión de tierras rurales por personas extranjeras de una misma nacionalidad no podrá superar, en caso alguno, el 30% del 15% antes visto; y
- Cuarta limitación: la cantidad de tierras rurales que puede ser de titularidad o estar en posesión de una persona extranjera no podrá superar las mil hectáreas

⁷²⁷ Ley 26737. Artículo 1 in fine.

⁷²⁸ DEL OLMO, Mariano. Op. Cit.

(1000 has) en la zona núcleo (1 o superficie equivalente según la ubicación territorial).

Además, se prohíbe tal como se expresó anteriormente, la titularidad o posesión, por parte de personas extranjeras, de los inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes, y de los inmuebles ubicados en zonas de seguridad de frontera, en este último caso con las excepciones y procedimientos establecidos por el decreto ley 15.385/1944 (modificado por la ley 23.554), artículo 10, incs. 1º y 2º de la Ley de Tierras Rurales.

2. Cómputos

Inmediatamente enunciado con las Limitaciones, se presenta la cuestión de los cómputos sobre las superficies de tierras objeto de limitación. A ese fin se torna menester fijar un criterio de equivalencia de las superficies mencionadas como límites y en este mecanismo efectuar los cómputos.

El Decreto 820/2016, como adelantamos precedentemente, mantiene las Zonas Núcleos establecidas por el Decreto 274/2012, y de este modo expresa la norma *"...La denominada zona núcleo queda comprendida por los departamentos de MARCOS JUAREZ y UNION en la PROVINCIA de CORDOBA, BELGRANO, SAN MARTIN, SAN JERONIMO, IRIONDO, SAN LORENZO, ROSARIO, CONSTITUCION, CASEROS, GENERAL LOPEZ en la PROVINCIA de SANTA FE, y los partidos de LEANDRO N. ALEM, GENERAL VIAMONTE, BRAGADO, GENERAL ARENALES, JUNIN, ALBERTI, OJAS, CHIVILCOY, CHACABUCO, COLON, SALTO, SAN NICOLAS, RAMALLO, SAN PEDRO, BARADERO, SAN ANTONIO DE ARECO, EXALTACION DE LA CRUZ, CAPITAN SARMIENTO, SAN ANDRES DE GILES, PERGAMINO, ARRECIFES y CARMEN DE ARECO en la PROVINCIA de BUENOS AIRES..."*⁷²⁹.

Cabe aquí reiterar que los cómputos respecto a las superficies de Tierras Rurales adquiridas o con pretensión de ello, deberán medirse en cabeza de quien en cada caso particular resulte, de acuerdo a la incorporación de distintas titularidades reales o de relaciones de poder mencionadas precedentemente, provenientes del Decreto 820/2016⁷³⁰.

3. Equivalencias

A su vez, en razón de que la pretendida adquisición pueda ubicarse en lugares distintos, deberán utilizarse criterios de equivalencia a efectos de computar las superficies.

De manera que, al momento de calcular equivalencias, serán tenidos en cuenta criterios de uso y productividad relativa de los suelos, el clima, el valor paisajístico de los ambientes, el valor social y cultural del territorio, como así también el ambiente comprensivo de la biodiversidad, biomasa, servicios ambientales y los demás recursos naturales involucrados, particularizando

⁷²⁹ Decreto 820/2016. Artículo 10.1.

⁷³⁰ Decreto 820/2016. Artículo 10.

municipios, departamentos y provincias. Asimismo se tendrán en cuenta los distintos tipos de explotación que puedan darse a dichas tierras rurales⁷³¹.

A este fin ha sido creado el Consejo Interministerial de Tierras Rurales, quien tiene a su cargo la determinación de las equivalencias en base a los parámetros arriba comentados⁷³².

Queda claro así que, a fin de establecer cómputos, nos referiremos a sujetos, y cuando hablemos de equivalencias, se tratará del objeto. Tierras Rurales.

VI. ORGANISMOS CREADOS POR LA LEY

Dos son los organismos creados por la ley para el cumplimiento de la misma: el Registro Nacional de Tierras Rurales y el Consejo Interministerial de Tierras Rurales.

1. Registro Nacional de Tierras Rurales. Funciones.

El artículo 14 la ley crea el Registro Nacional de Tierras Rurales, y establece sus funciones⁷³³. En cumplimiento de las funciones asignadas al Registro en los incisos a y b) del artículo 14, en el artículo 15⁷³⁴ y en el inciso a) del artículo 2⁷³⁵ de la ley, se realizó un relevamiento catastral y dominial de personas físicas y jurídicas extranjeras a los efectos de determinar el porcentaje actual de tierras rurales en manos de extranjeros y poder aplicar las limitantes establecidas en la ley. A estos fines, se imponía a los propietarios o poseedores de tierras rurales, personas físicas o jurídicas, que invistieran la condición de extranjeros, realizar la pertinente denuncia ante el Registro para lo cual tenía un plazo de 180 días hábiles⁷³⁶.

⁷³¹ Decreto 820/2016. Artículo 10.2

⁷³² Ley 26737. Artículo 16.

⁷³³ "Créase el Registro Nacional de Tierras Rurales en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con integración del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, que será la autoridad de aplicación con las siguientes funciones específicas: a) Llevar el Registro de los datos referentes a las tierras rurales de titularidad o posesión extranjera en los términos de la presente ley; b) Requerir a las dependencias provinciales competentes en registración, catastro y registro de personas jurídicas, la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones; c) Expedir los certificados de habilitación de todos los actos por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos por esta ley. Los certificados de habilitación serán regulados por la reglamentación de la presente ley y serán tramitados por el escribano público o autoridad judicial interviniente; d) Ejercer el control de cumplimiento de la presente ley, con legitimación activa para impedir en sede administrativa, o reclamar la nulidad en sede judicial, de los actos prohibidos por esta ley".

⁷³⁴ "Se dispone la realización de un relevamiento catastral, dominial y de registro de personas jurídicas que determine la propiedad y la posesión de las tierras rurales, conforme las disposiciones de la presente ley, el que se realizará dentro del término de ciento ochenta días (180) de la creación y puesta en funcionamiento del Registro Nacional de Tierras Rurales".

⁷³⁵ El artículo 2 La Ley de Tierras, en relación al objeto de la misma establece en la primera parte del inciso a): "... Determinar la titularidad, catastral y dominial de la situación de posesión, bajo cualquier título o situación de hecho de las tierras rurales...".

⁷³⁶ "Los propietarios o poseedores de tierras rurales, personas físicas o jurídicas, que invistan la condición de extranjeros, deberán dentro del plazo de 180 días, contados desde la fecha de entrada en vigencia de la

No obstante que ley de Tierras Rurales **no afecta derechos adquiridos**, es decir que la misma no retrotrae sus efectos para adquisiciones previas a su vigencia, era obligatorio informar al Registro Nacional de Tierras Rurales, todas las adquisiciones de inmuebles rurales, que sean anteriores a la sanción de la ley por parte de personas extranjeras.

Dos aspectos fueron tomados para este relevamiento: uno de **carácter real**, donde debería haberse volcado toda la información de la tierra, su ubicación departamental o municipal, superficie, estado parcelario, etcétera y otro de **carácter personal**, que recabará la titularidad de dichos inmuebles o su estado de ocupación cualquiera sea su naturaleza y la información referida a las personas extranjeras que sean propietarias o poseedoras de estas tierras.

Las fuentes utilizadas están compuestas por las Declaraciones Juradas requeridas por el art. 12 de la ley a los titulares extranjeros de tierras rurales y la información provista por organismos nacionales y provinciales⁷³⁷.

Los organismos que colaboraron con el relevamiento en las provincias fueron los Catastros, los Registros de la Propiedad Inmueble principalmente, y las Direcciones de Personas Jurídicas y Registros Públicos de Comercio.

El Decreto 782/2012 establece que la Dirección Nacional de Registro de Tierras Rurales funcionará en la órbita de la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral de la Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Incorpora, además, como responsabilidad primaria de la misma: Entender en la identificación, registración y localización de las tierras rurales de titularidad o posesión extranjera en los términos de la Ley N° 26.737 y entender en la expedición de certificados de habilitación y fiscalizar el cumplimiento de los requisitos y limitaciones impuestos por dicha norma para la adquisición de la propiedad o posesión de tierras rurales. Estableciendo que sus acciones serán:

a.- Entender en el registro de los datos referentes a tierras rurales de titularidad o posesión extranjera de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 26.737.

reglamentación de la presente ley, proceder a la denuncia ante el Registro Nacional de Tierras Rurales, previsto por el artículo 14 de la existencia de dicha titularidad o posesión”.

⁷³⁷ La información requerida a los estados provinciales para el relevamiento de la ley 26.737 fue: a) Información relativa a la determinación de superficie geográfica: Superficie total provincial; Superficie total por departamento o unidad subprovincial; Superficie urbana determinada en base a los ejidos urbanos con identificación de la ciudad, localidad o pueblo correspondiente; Superficie por departamento o unidad subprovincial, discriminando tierra rural y urbana. b) Información relativa a la titularidad extranjera: Totalidad de predios rurales de titularidad de personas físicas o jurídicas extranjeras, con indicación del departamento o unidad subprovincial de pertenencia; Totalidad de predios rurales en posesión de personas físicas o jurídicas extranjeras, con indicación del departamento o unidad subprovincial de pertenencia. En su defecto, se solicita el índice completo de titulares de dominio y de poseedores que obren en sus respectivos registros provinciales. c) Información vinculada a personas jurídicas alcanzadas por la ley 26.737: Nómina completa de personas jurídicas extranjeras o con participación extranjera en los términos del artículo 2, inciso b) de la ley 26.737 inscriptas en su jurisdicción; Detalle de personas jurídicas extranjeras que sean titulares dominiales o poseedoras de tierras rurales, inscriptas en su jurisdicción; En caso de constar en su Registro la participación social respecto de las personas jurídicas extranjeras mencionadas en el acápite 1, se comunique toda información relacionada, incluyendo la documentación pertinente en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Registro_Nacional_Tierras_Rurales.pdf

- b.- Recabar información de organismos nacionales, provinciales y municipales, así como de entidades interinstitucionales en el ámbito de su competencia.
- c.- Implementar un sistema que soporte el Registro Nacional de Tierras Rurales.
- d.- Expedir los certificados de habilitación para la adquisición de tierras rurales por parte de sujetos comprendidos en la Ley N° 26.737.
- e.- Examinar los actos jurídicos mediante los cuales se haya transferido la propiedad o posesión de tierras rurales a los sujetos comprendidos en la Ley N° 26.737, verificando el cumplimiento de dicha norma.
- f.- Intervenir en sede administrativa o judicial en procura del cumplimiento de las prescripciones de la Ley N° 26.737.
- g.- Aportar información estadística a los organismos que la requieran para la formación de políticas públicas.

Igualmente, el inciso c) del artículo 14 de la Ley, impone la función específica de expedir los certificados de habilitación de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos en ella. En cuanto a **la naturaleza del certificado de habilitación, es un instrumento público administrativo** que autoriza la celebración del acto, y cuya finalidad es velar por el cumplimiento de las restricciones impuestas por la ley a las personas extranjeras, controlando que el acto no infrinja las limitaciones y cupos existentes al momento de su celebración⁷³⁸.

El decreto 820 del 2016, ha modificado el plazo de vigencia de este certificado siendo de 120 días, computados desde su expedición⁷³⁹. En relación al certificado de habilitación, la Disposición Técnica Registral 1/2013 de fecha 15/04/2013, en la última parte del artículo 12 establecía que el certificado deberá encontrarse vigente al momento de otorgarse el instrumento de transmisión de la propiedad o posesión de tierras rurales. Dicha regulación había sido conservada en la Disposición 3-E/2017 dictada por la Dirección Nacional de Registro Nacional de Tierras Rurales. No obstante, la Disposición 7/2019 dictada por la Dirección, deroga las Disposiciones Técnico Registrales 1 del 15 de abril de 2013, 1 del 20 de Noviembre de 2014, Disposición N° 3-E del 26 de Mayo de 2017 y su modificatoria del 26 de abril de 2018. No surge de la actual normativa la expresa exigencia de certificado vigente al momento de otorgarse el instrumento. No obstante entendemos que la necesidad de certificado vigente surge del Decreto Reglamentario 820/2016 que, al reglamentar el inciso c) del artículo de la ley 26737, dispone que el escribano o autoridad judicial interviniente deberá solicitar el certificado para los actos de transmisión de dominio de tierras rurales en los casos comprendidos en la ley.

En relación al contenido del certificado, el artículo 14 de la ley en el inciso c) establece: “...los certificados de habilitación serán regulados por la reglamentación de la presente ley...”. El Decreto 274/2012 dice en el segundo párrafo del artículo 14

⁷³⁸ CONRAD, Carlos Manuel. NUEVA LEY DE TIERRAS RURALES <http://escribanos.org.ar/wpcontent/uploads/2014/01/TRABAJO-NUEVA-LEY-DE-TIERRAS>.

⁷³⁹ El Decreto 274/2012 en su artículo 14 establece: “El certificado de habilitación para los actos de transferencia de derechos de propiedad o cesión de derechos posesorios sobre tierras rurales tendrá un plazo de vigencia de SESENTA (60) días, computados desde su expedición”.

“La solicitud del certificado de habilitación deberá contener la información que el REGISTRO NACIONAL DE TIERRAS RURALES, determine en cada caso...”, no habiendo modificaciones al respecto en el Decreto 820/2016.

Las Disposiciones técnicas registrales no mencionan nada al respecto. Sólo remiten al Anexo II de la Disposición General, donde hay Formulario tipo que puede variar en su forma y contenido cuando la Dirección General del Registro lo considere conveniente.

La Disposición Técnica Registral 7/2019 de fecha 29/04/2019, en el Anexo I incorporado por el artículo 1 de la Disposición N° 8/ 2019, establece cuál será el procedimiento a seguir en relación a los siguientes temas: Adquisición de Tierras Rurales por persona extranjera. Certificado de Habilitación; Modificación Societaria de Persona Jurídica Extranjera; Adquisición de Tierras Rurales por Persona Jurídica por Derechos Adquiridos; Declaración Jurada de Tierras Rurales adquiridas por personas extranjeras, antes de la entrada en vigencia de la ley 26.737 y no declaradas y Venta de Tierras Rurales de persona Extranjera a Nacional o a otras no comprendidas.

A. Procedimiento

Desarrollaremos, en esta oportunidad, el procedimiento a seguir para la “Adquisición de Tierras Rurales por persona extranjera”, quedando incluida en el mismo tanto las personas humanas como las jurídicas.

El tramitante deberá ser completado on-line con los datos requeridos y adjuntar la documentación correspondiente⁷⁴⁰.

Presentada la solicitud y acompañada la documentación completa y en forma, la Dirección Nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales, notificará al interesado un reporte técnico incluyendo:

- a.- el cupo personal según las equivalencias,
- b.- el porcentaje de extranjerización y de nacionalidad tanto provincial como zonal y,
- c.- la reserva del cupo de tierra rural a adquirir *ad referendum* de la previa conformidad del Agua de la Provincia y Zona de Seguridad de Fronteras, si correspondiere.

⁷⁴⁰ Disposición Técnica Registral N° 8/2019: En caso de tratarse de una persona física: Documento de Identidad o Pasaporte; Constancia de Inscripción Tributaria ante la AFIP, Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o Clave de identificación (CDI). Si se trata de una persona jurídica: el Estatuto o Instrumento constitutivo; Constancia de Inscripción tributaria ante la AFIP: Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT); Socios o Registro de Acciones en caso de S.A.; Sede Social y Última inscripción del órgano de administración. En relación al inmueble deberá acompañar: Título de Dominio; Certificado Catastral; Plano Catastral; Constancia de profesional idóneo matriculado en la jurisdicción correspondiente a la ubicación de la tierra rural a adquirir, en la que se informe que el bien no se encuentra dentro de las restricciones impuestas por el artículo 10 de la Ley 26737 y su reglamentación aprobada por el Decreto N° 274/2012 modificado por su similar 820/2016, y se consigne que ha constatado que en el lugar de ubicación de ese bien, no existen cursos de agua de envergadura ni permanentes y Declaración Jurada, en el supuesto de que la tierra rural a adquirir, se encuentre en Zona de Seguridad de Frontera que contenga expresión de tal situación y con detalle del tipo de proyecto a desarrollar en esa zona.

Habiendo la Dirección Nacional, verificado el cumplimiento de los requisitos de rigor, otorgará el certificado de habilitación en el supuesto que corresponda.

Dicho certificado de habilitación, autorizará a otorgar el acto de transmisión, debiendo el escribano público o profesional interviniente comunicar a la Dirección Nacional dentro del plazo de veinte días de autorizado, de conformidad con el formulario que determine dicho Registro.

Puede la Dirección en determinados casos negarse a expedir los certificados. Al respecto Américo Atilio Cornejo expresa: *“La negativa a conceder la autorización por parte del Registro debe ser fundada ya sea porque supera los porcentajes admitidos por la ley en los artículos 8° y 9°, o por ser linderos con cuerpos de agua de envergadura y permanente...”*⁷⁴¹.

Se establece como última función específica del Registro en el inciso d) la de ejercer el cumplimiento de la presente ley, otorgándole al mismo legitimación activa para impedir en sede administrativa o judicial, los actos prohibidos en la ley.

Al respecto el Decreto 820/2016 en el artículo 6 prevé que ante el incumplimiento de la ley o la reglamentación, derivadas de una denuncia o constatación, el Registro dispondrá la apertura del procedimiento administrativo para la investigación y constatación, debiendo poner en conocimiento de las autoridades administrativas, judiciales o de los respectivos colegios profesionales, las faltas o incumplimientos.

Asimismo establece el deber de asistencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en los casos que sea requerido por el Registro Nacional de Tierras Rurales para el cumplimiento de la ley.

2. El Consejo Interministerial de Tierras Rurales. Funciones

El artículo 16 de la ley crea el Consejo Interministerial de Tierras Rurales y establece sus funciones⁷⁴².

Según lo dispuesto por el Decreto 820/2016, sus funciones serán ejercidas con carácter ad honorem, tendrá su sede en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dictará su propio reglamento y no obstante que establecerá la periodicidad de sus reuniones, deberá reunirse dentro de los treinta días en el caso de ser solicitado por su Presidente o una provincia.

⁷⁴¹ Véase ABELLA, Adriana La Propiedad Inmobiliaria. Cuestiones urbanísticas y ambientales, en Estudios de Derecho Inmobiliario Zavalia, 2012. Citado por ABELLA, Adriana N. Exposición en el LXIII Seminario L Moreira - Junio 2012.

⁷⁴² “Créase el Consejo Interministerial de Tierras Rurales, el que será presidido por el Ministro de justicia y Derecho Humanos y conformado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Interior, con representantes de las provincias, el que tendrá las siguientes funciones: a) Dirigir las acciones para el cumplimiento de la presente ley. b) Ejecutar la política nacional sobre tierras rurales. c) Recabar la colaboración de organismos de la administración centralizada y descentralizada del Estado nacional y las provincias. d) Determinar la equivalencia de superficies del territorio nacional a que hace referencia el artículo 10 de la presente ley, sobre la base de los instrumentos técnicos elaborados por los organismos oficiales competentes”.

A. Funciones

Son funciones de este Consejo, **recabar** la colaboración de organismos de la administración centralizada y descentralizada del Estado nacional y las provincias y **determinar la equivalencia** de superficies del territorio nacional a que hace referencia el artículo 10 de la ley sobre la base de instrumentos técnicos elaborados por los organismos oficiales competentes. Al respecto, el Decreto 820/2016, establece que para la determinación de equivalencias, cada Provincia remite su propuesta al Consejo, quien dictará una resolución fundada en la que fije, incluya y/o modifique, según el caso, las equivalencias de todas las provincias.

El régimen de **equivalencias podrá ser modificado por el Consejo**, mediante resolución fundada, atendiendo a los criterios ya señalados en párrafos anteriores y también al crecimiento de los ejidos urbanos, o por las razones que consideren convenientes.

A los fines de asegurar mayor publicidad, las equivalencias de superficie serán divulgadas en todo el país a través de los respectivos gobiernos provinciales y del Registro Nacional de Tierras Rurales.

En tanto no se haya determinado la equivalencia, **rige el límite máximo de UN MIL Hectáreas (1.000 has) en todo el territorio pendiente de determinación**. La equivalencia de superficies no podrá ser modificada o alterada por el Registro Nacional de Tierras Rurales.

VII. ACTOS COMPRENDIDOS. FUNCIÓN NOTARIAL

1. Actos e instrumentación

En principio la ley se refiere a toda adquisición o transferencia y además a la cesión de derechos posesorios. Así el artículo 3 de la misma expresa “ *A los efectos de la presente ley, se entenderá como titularidad extranjera sobre la propiedad o posesión de las tierras rurales, toda adquisición, transferencia, cesión de derechos posesorios, cualquiera sea la forma, denominación que le impongan las partes*”

Puede advertirse que el título de la ley es el “Régimen de Protección al dominio, posesión y tenencia de las Tierras Rurales”, pero en modo alguno menciona a la tenencia como relación de poder que se encuentre en el alcance de la misma, de lo cual se deduce que esta última queda excluida del ámbito de la presente ley.

La forma de instrumentación del acto al tratarse de un inmueble será conforme los artículos 1017 inc. a , y 1892 del C.C.C.

Al referirse la Ley no sólo a la propiedad sino a la posesión, quedan comprendidos tanto aquellos actos que tienen por fin inmediato la transmisión del derecho real de dominio-condominio, como así también la constitución y transmisión de cualquier otro derecho real sobre inmueble que se ejercen por la posesión. Quedan abarcados pues los actos que tengan por objetos constituir derechos reales de usufructo, superficie forestal y anticresis. Como también se hace referencia a los instrumentos privados por los cuales se entrega la

posesión, no sólo tiene relevancia el título como causa fuente, sino el modo tradición, en cuanto importa la transmisión de la posesión.

En el caso de tratarse de una cesión de derechos posesorios, atento que la ley lo prevé, podrá ser admitido el instrumento privado. Todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 1618 que al tratar la forma de la cesión de derechos, establece que debe hacerse por escrito, estableciendo excepciones y exigiendo la escritura pública en los casos de cesión de derechos hereditarios, cesión de derechos litigiosos y la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Más allá de exceder el análisis de la función del notario, no podemos destacar, que es incorrecta la referencia de la ley a titularidad en función de "cesión de derechos posesorios", pues tal cesión no implica transmisión de dominio, y también es incorrecto entender por titularidad extranjera la posesión de tierras rurales, pues el poseedor no siempre es titular de dominio (supuestos de dominio desmembrado y usucapión).

Si la adquisición es a través de la usucapión, el título será la Sentencia respectiva⁷⁴³.

De todo lo expresado afirmamos que si bien la Ley no lo regula, no existen limitaciones de ninguna clase para los negocios locativos, arrendamientos y aparcerías de tierras rurales, por parte de las personas físicas o jurídicas extranjeras alcanzadas por las restricciones de la ley, todos los cuales obviamente se instrumentarán en forma privada, siendo irrelevante la intervención notarial, salvo para la certificación de firmas.

Será en definitiva el escribano, quien deberá evaluar el tipo de acto jurídico a realizarse y determinar su instrumentación.

2. Actos pre-escriturarios

El notario deberá tener presente que para la **determinación de la titularidad de dominio**, el decreto 820/2016 ha agregado que, además de estarse a "las inscripciones en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente" (conf. decreto 274/2012), también se estará a "*...los títulos suficientes en aquellos supuestos en que aún no hubieren sido inscriptos, pero sean de conocimiento de la Autoridad de Aplicación.*" Es decir, el decreto 820/2016 ha dado relevancia a **la publicidad documental**, dirigido a aquellos casos en los cuales el Registro de la Propiedad Inmueble tiene acceso al título suficiente, sea por estar en proceso o iter de registración, por haber abandonado dicho iter, o porque el Registro accedió a títulos suficientes no inscriptos por cualquier causa.

Deberá determinar si el acto se encuentra enmarcado dentro de lo previsto por la ley, en **cuanto al objeto**, es decir, que se trate de tierras rurales entendida como todo predio ubicado fuera del ejido urbano, independientemente de su localización o destino, además quedarán excluidos como objeto, de acuerdo al artículo 10, los inmuebles que contengan o sea ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes y los que se encuentren ubicados en zonas de seguridad de frontera con las excepciones y procedimientos establecidos por el

⁷⁴³ Decreto 820/216. Art. 2. 2.2 (VII).

decreto ley 15.385/44 modificado por ley 23.554, por parte de personas extranjeras definidas en el artículo 3 de la ley⁷⁴⁴.

Corresponde al notario **el cómputo de superficie de tierras rurales a los fines de su calificación**. La Ley de Tierras Rurales no regula a quién computar superficie en una serie de supuestos especiales. El art. 1º, decreto 820/2016 – sustituyendo el art. 2º del Anexo I del decreto 274/2012 – ha reglamentado los supuestos especiales más significativos:

a) En el caso del **Dominio desmembrado**, el titular del dominio imperfecto se reserva una propiedad despojada de la mayor parte de sus ventajas, que recibe el nombre de nuda propiedad, cuyo contenido consiste en el *ius abutendi* o derecho de disposición sobre la cosa gravada. El dominio desmembrado es una especie o supuesto de dominio imperfecto, que "*...queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava*" (artículo 1964 del Código Civil y Comercial de la Nación - en adelante, el "CCiv.yCom. -)

No cabe duda de que los derechos reales de usufructo, de uso, de superficie y de anticresis desmembran el dominio, pues los derechos de uso y de goce del propietario se ven disminuidos o eliminados en pos de quien reviste el dominio útil y aprovecha efectivamente los beneficios económicos que rinde el inmueble. El decreto 820/2016 establece que en los supuestos de "...dominio desmembrado (usufructo, superficie, uso, habitación) y anticresis... la superficie deberá computarse **al nudo propietario**".

En este sentido, las personas extranjeras, aun cuando no puedan adquirir más tierras rurales por haber alcanzado el límite fijado por la Ley de Tierras Rurales, podrán seguir invirtiendo por medio de la constitución de derechos reales de uso y goce (especialmente, usufructo o superficie) que, además, son temporarios, circunstancia ésta que también deberá ser valorada por el notario. En otras palabras, si bien los derechos reales de usufructo y superficie están limitados en el tiempo, al menos serán una alternativa adicional de inversión a disposición de las personas consideradas extranjeras por la Ley de Tierras Rurales que ya hubiesen alcanzado el límite previsto por el art. 10 de dicha ley y que en caso de existir el escribano no podrá negarse al otorgamiento del acto.

b) **En el Dominio revocable** el art. 1965 del CCiv.y Com. define al dominio revocable como "*...el sometido a condición o plazo resolutorios, a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se le transmitió*". Al respecto, el decreto 820/2016 establece que "*La superficie deberá computarse al titular de dominio, hasta que acaezca el plazo o condición resolutoria establecida en el título*". Se trata de la aplicación de las normas en materia de dominio revocable, en función de las cuales al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto (art. 1968 del CCiv.y Com.).

c) **Dominio fiduciario**⁷⁴⁵. Es al titular de dominio, a quien entonces deberían computarse las hectáreas, a saber: (i) el fiduciario, hasta el momento en que el

⁷⁴⁴ ABELLA, Adriana, Ley de Tierras Rurales N 26737, exposición al LXIII Seminario L Moreira, junio del 2012.

fideicomiso se extinga; y (ii) el fideicomisario, desde el momento en que el fideicomiso se extingue. No el beneficiario, que es quien recibe los frutos del fideicomiso.

Se establece el mismo criterio tanto en materia de dominio revocable como en el fiduciario: la superficie deberá computarse al titular de dominio, hasta que acaezca el plazo o condición resolutoria establecida en el título y se armoniza dicha ley tanto con el CCiv.y Com. como con el decreto 820/2016⁷⁴⁶.

d) **Condominio.** El notario deberá tener presente, que la superficie deberá computarse a los condóminos en forma proporcional a su porción indivisa⁷⁴⁷ y en caso de división de condominio, la superficie deberá computarse al adjudicatario, pues es quien resulta titular de dominio⁷⁴⁸.

e) En los casos de **Usucapión**, más allá que escapa al escribano esta calificación, no podemos dejar de mencionar que el decreto 820/2016 establece: "... (vii) *Usucapión: En los supuestos de prescripción adquisitiva, la superficie deberá computarse al poseedor en forma provisoria sujeta a la posterior presentación de la constancia de la sentencia firme que haga lugar a la usucapión. Estarán exceptuados, los poseedores inscriptos como tales, en las provincias que lleven Registros de Poseedores*".

f) **Herederos forzosos.** El notario deberá tener en cuenta que tal como lo regula el decreto 820/2016, en el título "Transmisiones de tierras rurales por herencia a herederos forzosos extranjeros", que "La superficie de tierras rurales transmitidas será computada a los herederos forzosos a los fines de los límites fijados por los arts. 8° a 10 de la ley 26.737. No obstante, si como consecuencia de dichas transmisiones los herederos forzosos excedieran los límites fijados por la ley 26.737, dichas transmisiones no se considerarán nulas, ni los herederos forzosos estarán obligados a transmitir esas tierras rurales o superficie equivalente. Las reglas del párrafo precedente resultarán de aplicación a las transmisiones por herencia a herederos forzosos extranjeros de participaciones en personas jurídicas que tengan por consecuencia que dichos herederos forzosos tomen control de personas jurídicas titulares de dominio de tierras rurales". Además, el decreto 820/2016 aclara que en estos casos no se requerirá solicitar certificado de habilitación. La disposición es clara en cuanto a que sólo se tendrá en cuenta, a los fines del cómputo la transmisión al heredero, aunque éste ya sea titular de tierras rurales y llegue a superar el límite exigido.

g) Existen otros supuestos, muchos de los cuales por sus características exceden el ámbito notarial, razón por la que no los analizaremos en el presente trabajo.

3. Cómputo de Superficie

⁷⁴⁵ El art. 1666 de CCiv. y Com. establece que "Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario". A su vez, el art. 1701 del CCiv.y Com. define el dominio fiduciario como aquel "...que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

⁷⁴⁶ Ver al respecto DEL OLMO, Mariano. Op.Cit.

⁷⁴⁷ Decreto 274/2012.

⁷⁴⁸ Ver modificación Decreto 820/2016.

Este cómputo será otra cuestión a tener en cuenta por el notario para el otorgamiento del acto. Nuevamente el decreto 820/2016 aclara que la superficie deberá computarse a la persona jurídica, considerada extranjera conforme la Ley de Tierras Rurales, titular de dominio de las tierras rurales. Asimismo, establece que, "*Además, al sólo efecto del cómputo del límite previsto en el art. 10 de la Ley de Tierras Rurales, la superficie también deberá computarse, sólo en proporción a sus participaciones, a la persona humana o jurídica controlante extranjera, o a las personas humanas o jurídicas controlantes extranjeras en caso de control conjunto, o a las personas humanas o jurídicas extranjeras en caso de que no exista control*". Recordamos que de acuerdo con el art. 10 de la Ley de Tierras Rurales, las tierras rurales de titularidad de un mismo extranjero no pueden superar las mil hectáreas (1000 ha) en la zona núcleo, o superficie equivalente, según la ubicación territorial. No podemos olvidar tampoco que se establece un límite del 15% del territorio nacional para la adquisición de tierras rurales por extranjeros, no pudiendo en ningún caso personas de una misma nacionalidad superar el 30% de ese 15%.

La aclaración del cómputo al solo efecto del límite personal del art. 10 de la ley tiene sentido, pues de computarse respecto de los restantes límites (del límite a nivel nacional, provincial y municipal), se hubiese, en esos casos, duplicado el cómputo de tierras rurales de titularidad de extranjeros.

Es discutible, y **resultará objeto de calificación notarial** la existencia de personas jurídicas intermedias, hasta llegar a las personas humanas extranjeras a que sean últimos controlantes de la persona jurídica extranjera titular de dominio de tierras rurales. Entendemos que también debe computarse superficie a esas personas jurídicas "intermedias" (al sólo efecto del límite personal del art. 10 de la Ley de Tierras Rurales). El notario deberá pues analizar distintos supuestos.

No obstante, no es objeto de este trabajo agotar la casuística del tema estudiado, si no denotar las exigencias calificadorias a las que se encuentra obligado el notario.

Cabe aclarar que toda esta cuestión no estaba regulada por la Ley de Tierras Rurales ni por el decreto 274/2012. En función de ello el Decreto 820/2016 estableció un criterio de cómputo que busca computar superficie a la persona jurídica considerada extranjera conforme dicha ley, y también computar a quienes controlen a la persona jurídica extranjera en cuestión, en este último caso, sólo a efectos del cálculo del art. 10 de la ley. Resulta de más aclarar que todos estos razonamientos y cálculos más allá de los organismos implicados, deberán ser tenidos en cuenta en la función notarial.

4. Equivalencias. Determinación. Modo de cómputo. Función calificadora. Alcance de la actuación notarial

a. Equivalencias. Como ya se explicó una persona extranjera no puede ser titular de dominio de tierras rurales cuya superficie total sea superior a mil hectáreas (1000 ha) en la zona núcleo o superficie equivalente según la ubicación territorial. El decreto 820/2016 impulsó al Consejo Interministerial de Tierras Rurales a terminar de fijar las equivalencias. En este sentido, el art. 9º

del decreto 820/2016 establece que: "A los fines previstos en el art. 10 del Anexo I del decreto 274/2012, las Provincias deberán remitir al Consejo Interministerial de Tierras Rurales sus propuestas de equivalencias dentro de los treinta [30] días de la entrada en vigencia del presente decreto. El Consejo Interministerial de Tierras Rurales fijará las equivalencias dentro de los quince [15] días contados a partir del vencimiento de dicho plazo".

Además, el decreto 820/2016 agregó que el régimen de equivalencias podrá ser modificado por el Consejo Interministerial, mediante resolución fundada, atendiendo a cambios que pudieran producirse en la calidad de las tierras rurales, al crecimiento de los ejidos urbanos, a tierras rurales que sean complementarias o accesorias a un establecimiento que requiera habilitación industrial, a la implementación de proyectos de interés general o de relevancia local, regional o nacional, y a la necesidad y/o conveniencia de compatibilizar entre sí las equivalencias fijadas respecto de cada provincia según tipo de explotación, municipio, departamento y provincia.

Según se explicó el modo de cómputo de superficie funciona a nivel global (nacional) y tomadas todas las provincias en su conjunto. En consecuencia, el decreto 820/2016 tiene por finalidad que los límites sean razonables, tanto analizados en forma independiente (por tipo de explotación, municipio, departamento y provincia), como en forma conjunta a nivel nacional. Asimismo elimina el límite máximo de un mil hectáreas fijado por el decreto 274/2012 para zonas distintas a la zona núcleo, que regía en todo el territorio pendiente de determinación hasta que se determinarán las equivalencias.

b. Determinación. Modo de cómputo de las equivalencias

La Ley de Tierras Rurales no establece, ni tampoco lo hacía el decreto 274/2012, cómo se computan las equivalencias en función de los límites fijados para cada tipo de explotación, municipio, departamento y provincia.

El decreto 820/2016 establece un modo razonable de cómputo de las equivalencias, que coincide con el criterio –informal– que el RNTR ha adoptado en estos últimos años para computar las equivalencias.

De acuerdo con el decreto 820/2016, "Con respecto al cómputo del límite previsto en el art. 10, primer párrafo, de la ley 26.737, cada límite para cada tipo de explotación y/o municipio, departamento y provincia funciona como tope máximo para dicho tipo de explotación y/o municipio, departamento y provincia y, a su vez, como tope máximo a nivel provincial y nacional.

"En los supuestos en que la persona extranjera sea titular de dominio de tierras rurales correspondientes a más de un tipo de explotación y/o municipio, departamento y provincia, el límite en dicha provincia se alcanzará prorrateando, en forma proporcional, la cantidad de hectáreas que fueran de titularidad de esa persona extranjera en cada uno de esos tipos de explotación y municipios, departamentos y provincias.

"Alcanzando sólo parte del límite de superficie en una provincia, se podrá imputar el porcentaje restante en una o más provincias distintas, en función de las equivalencias y límites fijados para dichas provincias según tipo de explotación, municipio, departamento y provincia".

Así, cada límite para cada tipo de emprendimiento funciona como tope máximo en una provincia y, a su vez, llegado a ese tope, funciona como tope máximo a nivel nacional. Asimismo si una persona extranjera fuera titular de dominio de tierras rurales correspondientes a más de un tipo de emprendimiento (por ejemplo, frutícola y ganadero), el límite se alcanzaría prorrateando, en forma proporcional, la cantidad de hectáreas que fueran de titularidad de esa persona extranjera en cada uno de ellos. El límite para cada tipo de emprendimiento en una provincia equivale a las 1000 ha fijadas para la zona núcleo.

Alcanzado el límite total de hectáreas en una provincia, sea alcanzando el límite para un tipo de emprendimiento o varios se agota el límite de tierras rurales que prevé la Ley de Tierras Rurales para extranjeros⁷⁴⁹.

5. Función Calificadora

a. Certificados de habilitación y obligación notarial

Como ya se manifestara, la ley de Tierras Rurales establece que es obligación del RNTR "...c) Expedir los certificados de habilitación de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos por esta ley..." (artículo 14, inc. c).

A su vez, el decreto 820/2016 establece que, "A los efectos del art. 14, inc. c) de la ley 26.737, el escribano o autoridad judicial interviniente deberá solicitar al Registro Nacional de Tierras Rurales los certificados de habilitación para los actos de transmisión de dominio de tierras rurales a favor de personas humanas o jurídicas alcanzadas por la ley..."

En cuanto al plazo de vigencia y comunicaciones, el decreto 820/2016 extiende el plazo de vigencia del certificado de habilitación a ciento veinte días, computados desde su expedición. Dicho plazo extendido es más coherente con los plazos de escrituración y práctica inmobiliaria en casos de esta naturaleza; además, como se ha sostenido, la tierra en cuestión puede encontrarse en Zona de Seguridad de Frontera en dónde se requiere otro trámite adicional que demora varios meses (artículo 6º del decreto 820/2016)

Por otra parte, el decreto 820/2016 agregó que el escribano, además de deber comunicar al RNTR el otorgamiento del acto –respecto del cual hubiese solicitado certificado– dentro de los veinte días de autorizado, también deberá comunicar las transmisiones de dominio que hubiese autorizado, otorgadas por "...personas extranjeras a favor de personas no alcanzadas por la ley 26.737" . Esto tiene sentido a los fines de desafectar o liberar "cupo" o cómputo de superficie respecto de los límites a nivel personal (respecto de la persona transmitente), nacional, provincial y municipal, y por nacionalidad, y de que el RNTR pueda llevar adecuada constancia y registro de dichas cuestiones.

b. Excepciones al pedido de certificado y excepciones al cómputo de superficie

⁷⁴⁹ DEL OLMO, Mariano. Op. Cit.

El decreto 820/2016 establece las siguientes excepciones: (a) En el supuesto de modificaciones en las participaciones de una persona jurídica extranjera - conforme la Ley de Tierras Rurales-, titular de dominio de tierras rurales, en cuyo caso la misma se suple con la notificación posterior de la persona jurídica de esta modificación. No escapa al análisis, que la situación de “cambio de control a favor de un nuevo controlante extranjero”, mencionada en el art. 3º.2 del Reglamento, podría considerarse como una adquisición indirecta de tierras rurales por parte de ese nuevo controlante y por lo tanto requerir el previo otorgamiento del certificado de habilitación mencionado en la ley. Sin embargo, el mismo Reglamento en su artículo 14.2 expresamente exime a estos casos de la tramitación del certificado. (b) en los casos de derechos reales que desmembran el dominio (usufructo, superficie, uso y habitación) y anticresis, o transmisión de dichos derechos reales, pues conforme el criterio adoptado por el decreto 820/2016, los poseedores titulares de tales derechos reales –distintos al dominio– no computan superficie. (c) Transmisión de dominio de tierras rurales que, independientemente de su nomenclatura catastral, se encuentren ubicados dentro de una "Zona Industrial", "Área Industrial" o "Parque Industrial". (d) Transmisiones de tierras rurales por herencia a herederos forzosos extranjeros (la excepción es coherente con el sistema del CCiv.y Com., en función del cual el inmueble se juzga transmitido desde el mismo momento de la muerte del causante. (e) Adjudicaciones (por divisiones de condominio, por disolución de la sociedad conyugal, particiones de herencia, u otros) respecto de la porción indivisa que ya correspondía al adjudicatario.

Las excepciones son reguladas taxativamente por el decreto 820/2016, razón por la cual el notario sólo deberá controlar si se dan en el caso concreto las excepciones previstas por la disposición. Finalmente entendemos que en el caso de dominio revocable acaecida la condición o en el fideicomiso transmitido el bien al fideicomisario, no se requiere certificado de habilitación. En estos casos, el dominio se juzga transmitido al dueño perfecto o al fideicomisario, producida la condición resolutoria o, extinguido el fideicomiso⁷⁵⁰. Razón por la cual concluimos que no se requiere pedir certificado de habilitación⁷⁵¹.

c. Denegatoria al pedido de certificado. Obligación funcional

La denegatoria del certificado constituye un acto administrativo, que al igual que el silencio del Registro en exceso de los plazos establecidos para resolver es susceptible de ser impugnado en sede administrativa y judicial. Dado que no se especifica otro mecanismo en la ley ni en el Reglamento, el interesado puede utilizar las vías impugnatorias ordinarias, disponibles para cuestionar todos los actos administrativos de alcance particular emitidos por un órgano de la Administración centralizada⁷⁵². Resulta una obligación funcional del notario

⁷⁵⁰ El CCiv.y Com., al regular el dominio revocable y el dominio fiduciario, sólo requiere se inscriba la readquisición del dominio perfecto, a efectos de su oponibilidad (arts. 1968 y 1706, respectivamente) a terceros interesados de buena fe (art. 1893, primer párrafo).

⁷⁵¹ En igual sentido, DEL OLMO, Mariano. Op. cit.

⁷⁵² DURAND, Julio C. "Limitaciones a la propiedad extranjera de las tierras rurales". On Line AR/DOC/441/2018.

comunicar al interesado de la denegatoria de la misma o arbitrar los medios para dar solución al pedido.

6. Cuerpos de agua y la función notarial

El artículo 10.1 de la Ley de Tierras Rurales prohíbe la titularidad o posesión de inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes.

El decreto 820/2016 estableció que el Consejo Hídrico Federal confeccionará el mapa identificando los cuerpos de agua, ubicados en cada Provincia, comprendidos en las definiciones de cuerpos de agua de envergadura, o cuerpos de agua permanentes y, a su vez, la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación convalidará y dará a publicidad el mismo para conocimiento general.

Asimismo, el decreto 820/2016 establece que, mientras dicho mapa no esté confeccionado, **la solicitud del certificado de habilitación** ante el RNTR **será acompañada de una certificación emitida por un profesional idóneo** en la materia, donde conste que el inmueble no incluye cuerpos de agua que respondan a las definiciones referidas. Asimismo se aclara que el decreto del 2016 establece un procedimiento para dar por aprobada la certificación a la cual nos remitimos en honor a la brevedad⁷⁵³.

7. Personas Físicas excluidas. Requisito de permanencia y la función notarial

El artículo 4º de la Ley de Tierras Rurales establece que: "Quedan exceptuadas de la aplicación de la presente ley, las siguientes personas físicas de nacionalidad extranjera:

"a) Aquéllas que cuenten con diez [10] años de residencia continua, permanente y comprobada en el país;

"b) Los que tengan hijos argentinos y demuestren una residencia permanente, continua y comprobada en el país de cinco [5] años;

"c) Aquéllas que se encuentren unidas en matrimonio con ciudadano/a argentino/a con cinco [5] años de anterioridad a la constitución o transmisión de los derechos pertinentes y demuestren residencia continua, permanente y comprobada en el país por igual término".

⁷⁵³ El artículo 10.4 del Reglamento considera cuerpos de agua a "todas aquellas aguas dulces o saladas, en estado sólido o líquido, como los mares, ríos, arroyos, lagos, lagunas, humedales, esteros, glaciares, acuíferos confinados, que conforman el sistema hidrológico de una zona geográfica, así como las contenidas en obras hídricas", y que serán "de envergadura" aquellos "que por su extensión y/o profundidad relativas a su capacidad de satisfacer usos de interés general sean relevantes para la políticas públicas en la región en la que se encuentren". Continúa diciendo el mismo artículo que el Consejo Hídrico Federal identificará los cursos de agua relevantes en cada Provincia. Hasta que ello ocurra, las solicitudes de Certificado de Habilitación deben acompañarse con una certificación profesional que acredite la inexistencia de estos "cuerpos de agua" dentro o junto al inmueble, y el RNTR remitirá la solicitud en consulta a la autoridad provincial del agua para que verifique tal circunstancia (estableciéndose un "silencio positivo" para el caso en que transcurra un plazo de 10 días sin respuesta).

Para determinar la residencia será aplicable el inc. c), del artículo 62 de la Ley de Migraciones 25.871: "*La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando... c) el beneficiario de una radicación permanente hubiese permanecido fuera del Territorio Nacional por un período superior a dos [2] años*".

Asimismo, como las excepciones deberán ser acreditadas, no podemos dejar de analizar que el decreto 820/2016 al respecto establece, que la residencia permanente en el país - contrario sensu- será acreditada ante el Registro Nacional de Tierras Rurales mediante constancia expedida por la Dirección Nacional de Migraciones, o autoridad que la sustituya en el futuro, de encontrarse comprendidos en los alcances del artículo 22 de la ley N° 25.871

Entendemos que es función notarial, más allá de los organismos involucrados calificar que personas quedan excluidas conforme lo precedentemente expuesto.

8. Uniones convivenciales y la función notarial

El decreto 820/2016 asimila la situación de unión convivencial a la de matrimonio prevista en el inc. c) del artículo 4° de la Ley de Tierras Rurales, debiendo cumplirse con las normas aplicables incluidas en los artículos 509 y ss. del CCiv.y Com., circunstancias (estado civil) que quedarán reflejadas en la escritura traslativa de dominio. Asimismo, el decreto 820/2016 establece que el plazo de 5 años previsto en el inc. c) del artículo 4° de la Ley de Tierras Rurales será computado desde la registración de la unión convivencial, de conformidad con el artículo 512 del CCiv.y Com. Como ya sabemos la partida de matrimonio extendida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas será una herramienta útil para acreditar el vínculo. En definitiva, todas estas circunstancias serán contempladas por el notario al hacer la calificación previa al otorgamiento del acto.

9. Personas jurídicas privadas. Calificación notarial

En relación a la actividad notarial, para las personas jurídicas privadas, resulta aplicable el artículo 150 del Código Civil y Comercial de la Nación. De más está decir que la función notarial se circunscribe aquí al estricto cumplimiento del mismo⁷⁵⁴.

10. Deber de informar

⁷⁵⁴Artículo 150 CCCN: Las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en el caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyan en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley general de Sociedades.

En relación al deber funcional y como obligación pos-escrituraria, decimos que son los escribanos quienes, al autorizar escrituras traslativas de dominio de inmuebles (a favor de personas humanas o jurídicas, argentinas o extranjeras) tienen el deber de informar –dados determinados recaudos y en ciertos casos– su contenido a la AFIP, a la UIF y al Registro Nacional de Tierras Rurales.

Asimismo el artículo 8º de la disposición 1/2013 del RNTR, aún vigente, también prevé que el escribano (o profesional o funcionario interviniente) deberá conservar la documentación de respaldo del acto para el que se solicitó la habilitación, a efectos de facilitar posteriores requerimientos del Registro.

11. Responsabilidad Civil y Funcional. Sanción por incumplimiento

Existe la prohibición de participar en la entrega de las tierras, u otorgar instrumentos públicos o privados, en violación a las restricciones establecidas en la ley. Esta obligación corresponde a todas las personas alcanzadas por las normas del ordenamiento jurídico argentino y por ende al notario. Su incumplimiento **acarrea su responsabilidad personal y solidaria** por las consecuencias dañosas de estos actos⁷⁵⁵.

Asimismo, cabe resaltar que se mantiene el procedimiento administrativo establecido por el decreto 274/2012 para que el RNTR investigue presuntas infracciones a la Ley de Tierras Rurales, pero se elimina el régimen sancionatorio que estaba previsto en el decreto del 2012. Razón por la cual al notario le alcanza además de la responsabilidad civil, la responsabilidad funcional que establezca cada Provincia a través del Tribunal de Disciplina Notarial, en el ámbito de su jurisdicción.

⁷⁵⁵ Así el artículo 7 de la ley expresa: *“Todos los actos que se celebren en violación a lo establecido en la presente ley serán de nulidad total, absoluta e insanable, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes del acto antijurídico. A los efectos de esta disposición se considerarán partícipes quienes hicieron entrega de las tierras u otorgaren instrumentos públicos y privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos. La autoridad de aplicación está facultada a examinar los actos jurídicos conforme su naturaleza real, sin sujetarse al nombre que le impongan los otorgantes.”*

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El rol de escribano es fundamental para la aplicación de esta ley en donde podemos observar cómo se cumplen los principios propios del derecho notarial. Así en lo que hace a la calificación del acto, teniendo en cuenta el mismo, si se instrumenta por escritura pública o privada, deberá analizar, si el acto de que se trata encuadra o no en las disposiciones de la ley, o si las partes se encuentran excluidas de las mismas. Vemos **aquí que se cumple con el principio de la forma**, que es la adecuación del acto a la forma jurídica exigida para cada caso y también con el **principio de autenticidad** respecto de los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollan, formulen o expongan mediante su firma y sello.

Deberá recabar y guardar toda la documentación que acredita la condición de las partes para realizar el acto, que deberá incorporar a su protocolo- **principio de protocolo-**

Pide asimismo el certificado de habilitación como se explicitó en este trabajo, además de todos aquellos actos pre-escriturarios de rigor, debiendo celebrar el acto durante la vigencia del certificado, de todo lo cual obviamente queda reflejado en el cuerpo de escritura. Se cumple pues con el **principio de intermediación**, pues el notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial, pues, demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público. Asimismo se cumple con el **principio de unidad del acto**, pues más allá de todos los requisitos exigidos por la reglamentación, la labor notarial importa una **unidad temporal** que no puede dejarse de lado en la realización de la escritura.

Es pues función del escribano realizar todos los actos pre-escriturarios y pos-escriturarios que exija la ley y sus modificaciones. No puede perderse de vista lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 26.737 cuando expresa “... *Todos los actos jurídicos que se celebren en violación a los establecido en la presente ley serán de nulidad total, absoluta e insanable, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes del acto jurídico. A los efectos de esta disposición se considerarán partícipes quienes hicieren entrega de las tierras u otorgaren instrumentos, públicos o privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos....*” Lo resaltado en negrita nos pertenece.

De lo cual se concluye que las responsabilidades civil y funcional del notario quedan alcanzadas por esta disposición.

No escapa pues, que la **fe pública y la seguridad jurídica**, respaldada en la fe pública que tiene el notario respecto de los hechos y actos que ocurren en su presencia **quedarán protegidas**, no sólo por la actuación de las partes intervinientes de las cuales el notario por el principio de inmediatez tiene la obligación de asesorar, interrogar y recabar información documentada, sino sobre todo **a través de la actuación notarial -innegablemente más profusa- en el desarrollo de sus funciones- que observando una conducta diligente, y con**

el cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo, permitirá el logro de los objetivos de esta ley.

**PONENCIAS
INSTITUTO EN REGIÓN
NOROESTE**

LA EMPRESA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. NUEVAS MODALIDADES DE FINANCIAMIENTO

Juan Carlos Veiga
Director del Instituto de la Region Noroeste

La ausencia de una regulación normativa de la empresa, advertida por la doctrina nacional y extranjera desde la mitad del siglo pasado, como la ausencia de un derecho de la economía que debía contener no solo esa regulación sino también lo atinente al derecho penal económico, el derecho industrial, el derecho público que penetra en la empresa, el derecho fiscal, el derecho laboral entre otros, ha sido señalado por la doctrina comercialista nacional.

Bonfanti sostenía que entre economía y derecho la interacción era una realidad fuera de toda discusión y que su estudio exigía una visión extendida que permitiera observar su vinculación venciendo los prejuicios de una doctrina empeñada en resistir un estudio económico del derecho.

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en 2014 y vigente desde el 1 de Agosto de 2015 no acogió esa tendencia y optó por una legislación unificadora sobre una base civilista, ignorando el derecho empresarial y omitiendo toda referencia a la empresa.

Como lo señala el maestro Anaya, los límites conceptuales de la empresa no pueden ser precisados ya que múltiples factores y recursos productivos son colocados en la órbita de una organización que dirige su función productiva bajo la dirección de esa organización.

Para nuestro Académico y Director, Efraín Hugo Richard la empresa es actividad enderezada a organizar y en caso de elegir la estructura societaria, esa actividad queda vinculada al cumplimiento del objeto social por lo que estamos en presencia de planificación en la organización.

Los participantes de esa estructura jurídica (los socios) son propios de la autonomía de la voluntad, acotada por la estructura elegida y la licitud de la actividad. La empresa es un valor superior a los bienes que la integran y tiene un valor para quienes la integran y para la sociedad.

La noción de intercambio que caracterizaba a la empresa ha cedido frente a la de planificación y organización que incluye la ingeniería financiera para alcanzar el objetivo propuesto, ya que posibilita que sin tener la titularidad del capital, puede facilitar la llegada de inversores como socios o partícipes.

El Código Civil y Comercial de la Nación dio lugar a la apertura de una nueva etapa en materia de Derecho Privado en la República Argentina, definiendo nuevos paradigmas a través de principios y valores que van estructurando el resto del ordenamiento.

Como he dicho, si bien se ha omitido regular la empresa, ahora para que haya sociedad debe haber empresa. No resulta suficiente que existan aportes para aplicarlos a un negocio del que deriven resultados a repartir, sino que es necesario que la sociedad sea titular de una empresa o sea de una actividad económica organizada para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por otra parte, se refuerza el principio de la autonomía de la voluntad y de libre asociación derivado de las reglas sobre contratos asociativos no taxativos, donde deja de existir una tipicidad cerrada.

Así está expresado en los Fundamentos del Código Civil y Comercial:

Se consagra la **libertad de las partes** para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es de cumplimiento obligatorio para las partes.

La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con lo normado en el título preliminar.

“Esos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado y el orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto y se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecte de modo manifiesto el orden público”.

Este criterio ya estaba en el proyecto de 1998 y sigue la jurisprudencia en la materia; los jueces no pueden modificar un contrato porque deben respetar la autonomía privada.

A partir de estos principios y en línea con el interés en desarrollar el espíritu emprendedor y favorecer el nacimiento y crecimiento de pequeñas y medianas empresas, se dicta la ley 27349 en convergencia con una serie de normas sancionadas en nuestro país en forma dispersa a lo largo del tiempo, todas ellas direccionadas a favorecer el espíritu emprendedor como semillas de las pequeñas empresas.

La mencionada ley crea un tipo societario particular que será la estructura jurídica de la empresa que conforme el emprendedor

Ahora bien, ese empresario emprendedor con una idea prometedora para una nueva empresa, carece del dinero que le permita conformar el capital necesario para llevar adelante ese emprendimiento. La alternativa será la búsqueda de un socio, el que tendrá derecho a una porción de las ganancias, que trae aparejado como beneficio, a diferencia del crédito, no agravar los costos fijos iniciales al comienzo de la actividad del emprendedor.

Este capital de riesgo, al inicio del proyecto, requiere de la confianza del inversor ya que la empresa no tiene una base de trayectoria que permita evaluar la idoneidad de los administradores y el éxito comercial de la idea a desarrollar,

El emprendimiento requiere de capital cuyos inversores tengan disposición a postergar el cobro de los servicios de sus créditos, en verdad aportes de capital, otorgando apoyo financiero a la empresa al permitir la reinversión de utilidades en procura del objetivo de crecimiento.

En el derecho societario, la limitación de responsabilidad estuvo siempre acotada a la sociedad como contrato pluripersonal, pero hoy se extiende a las empresas unipersonales en el convencimiento que la limitación de responsabilidad favorece al espíritu emprendedor al permitir que una persona que desea impulsar un emprendimiento como empresa, pueda constituir un patrimonio separado que limita su responsabilidad al nuevo emprendimiento.

Ya en 1988 la Directiva 12 de la Comunidad Económica Europea disponía que los miembros debían reconocer la posibilidad de las sociedades limitadas de un solo socio, tanto al tiempo de su constitución como producto de la concentración en una sola mano de todas las partes del capital, de modo que admitía tanto la unipersonalidad originaria como la derivada.

Años más tarde, en el 2009, se dicta la Directiva 102 que dispone: “es necesario un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros, que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa”.

La limitación de responsabilidad es factor decisivo para permitir al inversor menores costos, asociado al control de la gestión y al riesgo de la inversión a la vez que posibilita abaratar el financiamiento con capital propio.

A mayor riesgo, mayor será la tasa de retorno que el inversor exija para sentirse compensado por el riesgo asumido.

La decisión de financiación implica la elección de la forma menos costosa de obtener los fondos necesarios para llevar adelante las inversiones que el proyecto requiere. La decisión de financiación también contribuye a la creación de valor.

A los recursos propios del emprendedor (su proyecto) se une como fuente de financiación los fondos de terceros y la combinación de ambos conforman la estructura de capital de la empresa

Uno de los aspectos críticos para todo nuevo emprendimiento resulta la necesidad de disponer de los recursos para el desarrollo del mismo y poner en marcha la empresa. El sistema generado para el desarrollo emprendedor busca satisfacer esta necesidad mediante novedosas alternativas de financiamiento, expresamente acogidas por la ley 27349 en su Título II: sistemas de financiamiento colectivo.

El concepto de “startup” en el mundo de las empresas, identifica a las que buscan emprender o iniciar un nuevo negocio a partir de pequeños emprendimientos, apoyados en la innovación tecnológica, con capacidad de cambio y fuerte requerimiento en el mercado.

Generalmente se trata de organizaciones humanas, sobre estructuras de bajos costos, comunicadas en forma directa y abierta con sus clientes, orientadas a ventas masivas y con ganancias en crecimiento veloz y exponencial.

Es característica de las “startups” no utilizar las fuentes de financiación tradicionales, como créditos bancarios o fideicomisos de inversión, sino recurrir a fondos que aportan inversores a cambio de un porcentaje de la empresa.

España y Europa han experimentado un fuerte crecimiento de fórmulas de financiación de las empresas alternativas a las tradicionales. La práctica y la regulación de toda la normativa ha sido consolidada en el Código de Inversiones Extranjeras en España publicado en fecha 10 de Enero de 2019.

Entre estas nuevas modalidades de financiación, se destacan:

El Crowdfunding, el crowdlending, la emisión de valores de renta fija y renta variable en mercados alternativos, el capital riesgo, los préstamos participativos y las aportaciones directas de socios a fondos propios sin aumento de capital.

El financiamiento participativo (financiamiento colectivo en la denominación de la ley argentina) es un mecanismo bajo el cual una persona (receptor o promotor) publicita su proyecto a través de internet con el propósito de captar fondos a través de una invitación dirigida al público en general.

La traducción de la voz inglesa “crowd” (multitud, muchedumbre, público) y “funding” (fondos, financiación) alude a la financiación o a los fondos que se obtienen del público.

El emprendedor recurre a este sistema de financiamiento colectivo para buscar apoyo a un emprendimiento potencialmente rentable. La característica es que el capital inversor se reúne a través de la difusión del proyecto en portales, plataformas, páginas web u otros medios de comunicación masiva, generando un sistema de inclusión abierto que permite unir a una multiplicidad de inversores que arriesgan pequeñas cantidades.

Este es uno de los mecanismos de financiamiento que propone la ley 27349 adoptando una alternativa de máxima actualidad para el financiamiento emprendedor, y que a partir del éxito inicial en los EEUU alcanza hoy gran difusión en el mundo.

España, Francia, Alemania y el Reino Unido fueron los primeros países de la Unión Europea en incorporar normas específicas del crowdfunding, que requiere una normativa especializada y diversa, y que en muchos casos pasa por diferentes reguladores de mercados.

La regulación comprende las diferentes relaciones y cuestiones que surgen con la economía participativa asumiendo el nuevo modelo de financiación como una realidad a proteger y regular.

En España, el crowdfunding en sus distintas modalidades creció en 2018 un 62,12 %, con las plataformas de préstamos a la cabeza en volúmenes de recaudación y reconociendo que el liderazgo en esta modalidad de financiación sigue estando en poder de EEUU y del Reino Unido, cuya recaudación supera al resto de todos los países europeos juntos.

La ley 5 de 27 de Abril de 2015, de fomento de la financiación empresarial reguló por primera vez en España las plataformas de crowdfunding, que están sujetas a la inscripción en la Comisión Nacional de Valores. Dicha regulación aplica además de un régimen de autorización y registro, prohibiciones y límites a su actividad para limitar el riesgo al que se exponen los inversores en este tipo de proyectos

La ley reconoce una distinción entre inversores acreditados y no acreditados y exige requisitos de experiencia y honorabilidad de los administradores, requisitos financieros y de garantía.

Aun cuando no existe una clasificación única de los tipos de operaciones decrowdfunding, se suelen distinguir entre dos esquemas de financiamiento participativo: el financiero y el no financiero. En el primero de ellos, los inversionistas o aportantes de fondos esperan obtener un retorno financiero como contraprestación a su aportación, mientras que en el segundo no existe un retorno financiero encontrándose generalmente asociado a donaciones destinadas a proyectos que no tengan como finalidad obtener un retorno económico (actividades culturales, deportivas, benéficas, etc).

Si bien los beneficios que el desarrollo de estas plataformas resultan ponderables, se deben reconocer también los posibles riesgos que se pueden encontrar asociados con dicha actividad. Así existe el riesgo de comportamientos indebidos por parte de los administradores de las plataformas o de los receptores de fondos o promotores de los proyectos, que afecten el normal y adecuado funcionamiento de la actividad.

Por otra parte, al ser un esquema basado en la tecnología, existe la posibilidad cierta de errores en los sistemas, modelos y procesos internos de las plataformas, los ciberataques y en general cualquier falla operativa puede afectar el normal desarrollo de las plataformas, sin dejar de lado el siempre latente peligro de aspectos asociados con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

De tal forma, la tendencia internacional es la de regular el crowdfunding financiero ante la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas y es un desafío para los reguladores y supervisores de los mercados de valores, el lograr un equilibrio entre promover nuevos esquemas de financiamiento e inversión y mantener adecuados niveles de protección a los inversionistas.

Sin embargo debemos señalar que existe también la tendencia a no regular el crowdfunding considerando que por su real impacto en el mercado, puede aplicarse el marco regulatorio general del mercado de valores con la incorporación de ciertas flexibilidades.

Veamos el panorama en el derecho comparado:

EEUU en el mes de Octubre de 2015 aprobó el marco normativo que implementó las disposiciones establecidas en el Título III de la ley llamada Jobs Act (JumpstartOurBussinesStartupsAct) que regula la posibilidad de que las empresas puedan ofrecer y vender valores a través de esquemas de crowdfunding sólo desde una plataforma operada por un intermediario registrado en la SEC (Securities and Exchange Commission) sea como un bróker o en un portal de financiamiento. La norma fija límites al monto de financiamiento y de inversión, en un período de 12 meses y obligaciones de información a las empresas que ofrecen valores a través de un crowdfunding.

Italia en Junio de 2013, por Resolución N° 18592, la Comisión Nacional de Empresas y Bolsas de Valores aprobó el Reglamento que establece las normas relativas a la captación de capital de riesgo para startups vía plataforma on line. Regula sólo las ofertas realizadas mediante crowdfunding y exige que por lo

menos el 5% de los instrumentos financieros disponible en cada una de las ofertas emitidas, sean suscritos por inversionistas profesionales (Bancos o Incubadoras de startups).

España dicta en Abril de 2015 la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial estableciendo por primera vez las reglas de las plataformas de crowdfunding, quedando al margen de la ley los esquemas de donación y recompensas. Las compañías deben cumplir con los requisitos de la normativa para ser incluidas dentro del registro y garantizar su viabilidad. Entre las principales disposiciones están la obligación de las plataformas de contar en todo momento con un capital mínimo en efectivo de 60.000 euros como mínimo o un seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente. Asimismo, se establecen las obligaciones y responsabilidades de las plataformas.

Méjico promulgó en Marzo de 2018 la Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera (ITF) fijándose lineamientos para el desarrollo de la actividad del crowdfunding. Dispone que los títulos que ofrezcan a través de las instituciones de financiamiento colectivo no se inscriben en el Registro Nacional de Valores que administra la Comisión Nacional de Bancos y Valores, aunque requiere autorización de la misma para permitir el funcionamiento de una ITF. En Marzo de 2019 mediante disposiciones complementarias de la ley, dispuso exigencias de información y documentación incluyendo la situación patrimonial y el origen de los recursos como también el requisito de capital mínimo,

Brasil dictó en Julio de 2017 la Instrucción N° 588 la cual regula la oferta de valores mobiliarios a través de plataformas electrónicas de inversión participativa exceptuando el registro de la oferta y del emisor ante el regulador.

Colombia en Julio de 2018 modifica el Decreto 2555 de 2010 incorporando un texto relacionado con la actividad de financiación colectiva quedando las entidades que desarrollen la actividad de financiación colaborativa sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). Exige a los receptores tener la calidad de residentes colombianos y fija funciones, deberes y prohibiciones de los administradores de las plataformas.

Finalmente en la **República del Perú** el Poder Ejecutivo ha presentado en Mayo de 2019 un proyecto de ley que regula el Financiamiento Participativo Financiero con el objetivo de establecer un marco jurídico para regular y supervisar esa actividad así como a las sociedades autorizadas para administrar las plataformas a través de las cuales se realiza dicha actividad.

Argentina que como dije introdujo el crowdfunding de manera inequívoca en el Título II de la ley 27349, definiendo en los arts.22 y 23 el Sistema de financiamiento colectivo, su objeto, formas de participación, requisitos y registración de las plataformas, además de los límites y exclusiones del sistema. Dispone que la Comisión Nacional de Valores será la autoridad de control, reglamentación, fiscalización y aplicación, organismo que Enero de 2018 reglamentó los sistemas de financiamiento colectivo, estableciendo normas de control de las plataformas, quienes están obligadas a exponer en todas sus publicaciones los riesgos existentes para los emprendedores de financiamiento

colectivo y para los inversores, respecto al ingreso y actuación dentro de dichas plataformas.

La ley ha excluido del sistema de financiamiento colectivo los proyectos destinados a la recaudación de fondos con fines benéficos, a las donaciones y a la venta directa de bienes o servicios.

Permite la participación de personas humanas, sociedades, fondos de inversión y fideicomisos, pudiendo ser de capitales públicos, privados o mixtos.

Las plataformas son sociedades anónimas profesionales inscriptas en la Comisión Nacional de Valores que mediaran entre el pedido de capital del emprendedor y los inversores a través de plataformas informáticas y portales web.

En síntesis, la retribución del capital de riesgo se obtiene a través del éxito del emprendimiento, con acciones del emprendedor que pueden capitalizarse rápidamente, pueden tener circulación en mercados abiertos secundarios y generan la expectativa de ganancias de importancia.

En línea con la letra y el espíritu del Código Civil y Comercial, quienes se dediquen a la captación de fondos del público inversor mediante este procedimiento de financiamiento colectivo, deberán actuar de acuerdo con los principios de transparencia, diligencia y objetividad, de acuerdo al estándar del buen hombre de negocios y quedando sujeto a las obligaciones que impone la legislación específica en materia de derechos del consumidor, en orden a suministrar la información acerca del proyecto de financiamiento colectivo, sus riesgos y beneficios potenciales y a la normativa aplicable en materia de prevención de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas.

En conclusión, nos encontramos ante un sistema de moderna concepción, recepcionado por la ley 27349 utilizando institutos comunes o caracterizantes ya incorporados en el derecho comparado y cuyo objetivo es favorecer a los emprendedores y pequeñas empresas, uniendo intereses concurrentes de diversos sectores.

El micro inversor cuenta con una alternativa frente a los clásicos ofrecimientos del mercado financiero (bonos, plazos fijos, fondos comunes) apostando a un proyecto de empresa startup, con perspectiva innovadora y potencialidad de generar beneficios superiores a aquellos.

La circulación secundaria permitirá obtener liquidez y los beneficios fiscales actúan como incentivo.

Si bien, como hemos dicho, el sistema es utilizado exitosamente en muchos países, no puede garantizarse el éxito del mismo en razón del fuerte descreimiento y desconfianza que el pequeño inversor argentino tiene a partir de sucesivas pérdidas de sus ahorros.

El crowdfunding dotado de transparencia, fidelidad y confianza requiere de un activo ejercicio de la tarea de superintendencia de la Comisión Nacional de Valores a quien la ley le confiere la responsabilidad de control, reglamentación y fiscalización.

El tiempo dirá si en definitiva al emprendedor y a la pequeña empresa se ha dotado de una herramienta de financiación que posibilite su desarrollo y haga

partícipe de su potencial ganancia al inversor que ha confiado en este sistema de financiamiento colectivo.

Para que ello ocurra, será necesario:

1. Que se respeten las reglas de juego, sin alteraciones bruscas y con una regulación que permita a los agentes económicos trabajar dentro del marco de la libre competencia.
2. La confianza en el sistema y la necesidad que todos los intervinientes en el mismo, agentes económicos, inversionistas y beneficiarios puedan realizar sus transacciones de manera clara y transparente, debiendo el Estado fiscalizar y garantizar la información emitida.
3. Que la plataforma digital sea lo más amigable posible, pues permite agilidad, rapidez y participación activa de la tecnología.
4. Verificar la existencia de una adecuada gestión empresarial con una administración y control de la información y de los recursos en juego que permita el crecimiento exponencial de esta herramienta financiera.

En definitiva, el emprendedor que tiene una idea que la considera innovadora o potencialmente rentable y desea desarrollarla careciendo de los medios económicos para hacerlo, sin el capital semilla ni financiamiento y los microinversores que no tienen alternativas de protección de sus ahorros cuando aspiran a obtener con los mismos una ventaja adicional, tienen a su alcance un sistema de financiamiento organizado uniendo sus intereses concurrentes.

La rentabilidad puede obtenerse desde los intereses en caso de canalizarse como préstamo o desde la conversión de capital de riesgo, tomando acciones de la sociedad.

El inversor luego podría adquirir liquidez sobre su inversión a través del mercado secundario debidamente regulado y controlado por la Comisión Nacional de Valores y sin perjuicio de los beneficios fiscales que puedan establecerse.

Los efectos del nuevo sistema se irán viendo en adelante, no solamente por obra de la doctrina y jurisprudencia sino fundamentalmente por las consecuencias que se produzcan en el mundo de las pequeñas empresas en razón del surgimiento de nuevas formas legales que den impulso a iniciativas novedosas capaces de contribuir al desarrollo de las mismas y abrir paso al ejercicio de la iniciativa privada en una nación necesitada de nuevas fuentes de ocupación laboral que responda al objetivo de lograr el bienestar general.

“LA EMPRESA EN SU DOBLE ROL EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR”

Esteban Javier Arias Cau

Sumario

I.- Introducción. II.- Derecho comercial y el comerciante. II.1 Antecedentes históricos jurídicos del derecho comercial. II.2 Distintas concepciones del derecho comercial. II.2.A Concepción subjetiva o profesional. II.2.B Concepción objetiva o material. II.2.C Retorno a la concepción subjetiva. II.3 La empresa o el derecho de la empresa como centro II.4 Sujeto de la relación jurídica mercantil. El comerciante o empresario: individual y colectivo. II.4.A Denominación. II.4.B Definición de comerciante en el Código de Comercio derogado. III.- El Código Civil y Comercial. La relación de consumo y su ámbito subjetivo. III.1 El Código Civil y Comercial y su metodología. III.2 La relación de consumo. III.3 El ámbito subjetivo: Consumidor y proveedor. III.4 El ámbito subjetivo conflictivo: el empresario como consumidor. IV. Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

La relación de consumo, con fundamento constitucional⁷⁵⁶ (art. 42, Cons. Nac.), constituye la llave de ingreso al denominado *sistema* de defensa del consumidor que se respalda en el principio protectorio y permite gozar de sus derechos, reglas y principios como también aquellas instituciones que lo caracterizan, al denominado consumidor o usuario final. La relación de consumo consiste, pues, en el vínculo jurídico que liga o une a un consumidor con un proveedor de bienes y servicios (art. 3, Ley N° 24.240 o LDC).

La noción de consumidor, por lo tanto, resulta fundamental para conocer quién es el sujeto protegido. La evolución normativa del concepto y su análisis permite distinguir tipos o especies que infieren una noción de carácter polifacético y que ha sido —desde su inicio— materia de desvelo para los especialistas en virtud que la categoría de consumidor no es unívoca en el derecho comparado, puesto que el derecho comunitario europeo reconoce como tal sólo a la persona humana o natural; mientras, que el derecho

⁷⁵⁶ CSJN, 19/03/2014, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, LA LEY 2014-D, 377: “Se trata de los ‘derechos civiles constitucionalizados’. El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor, en el que se ha tenido en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado de usuarios y consumidores como rol socialmente definido”.

latinoamericano ampara tanto a la persona natural como a la persona jurídica⁷⁵⁷ o colectiva, como destinatario final⁷⁵⁸ de tutela.

En efecto, corresponde advertir que el derecho de defensa del consumidor —como rama especializada del universo jurídico contemporáneo— ha transformado los conceptos jurídicos clásicos y les ha brindado un nuevo punto de vista. En efecto, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial argentino (CCyC) se han generado nuevos estudios al respecto. Así, en particular, abordaremos el análisis de la empresa y su reconfiguración jurídica en el ámbito del consumidor. Para cierta doctrina, en casos excepcionales, puede ser considerada como consumidor (art. 1092, CCyC) y en la mayor parte de los supuestos será proveedora de bienes y servicios (art. 1093, CCyC). En consecuencia, una vez determinados cada uno de esos roles, brindaremos nuestra opinión.

Por lo tanto, nos proponemos indagar en la noción histórica de comerciante para arribar al empresario, y por último al proveedor, dentro de la sociedad de consumo⁷⁵⁹, para conocer los contornos y límites del concepto, a fin de verificar la posibilidad del cumplimiento de un doble rol de la figura.

II.- DERECHO COMERCIAL Y EL COMERCIANTE

II.1 *Antecedentes históricos jurídicos del derecho comercial*

El comercio, como actividad económica o intercambio de bienes, es tan antiguo como la Humanidad puesto que el hombre como ser social, al decir de Aristóteles, necesita de los otros hombres para satisfacer sus múltiples necesidades básicas. Una particularidad para tener en cuenta es aquella que indica la precedencia cronológica del comercio terrestre con relación al marítimo, pero a la inversa el surgimiento de instituciones jurídicas netamente

⁷⁵⁷ En idéntico sentido, en Latinoamérica puede verse el Código de defensa del Consumidor de Brasil (art. 2); Ley N° 17.250 de Uruguay (art. 2); Ley N° 1334 de Paraguay (art. 3); Ley N° 29.571 de Perú.

⁷⁵⁸ Por lo tanto, quedarán excluidas como consumidores aquellas personas jurídicas que no califiquen como destinatarios finales. Conf., JARA AMIGO, RONY, “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 3 - Derecho del consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes - Facultad de Derecho, Hernán Corral Talciani Editor, 1999, p. 64.

⁷⁵⁹ Conf., BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 44: “la nuestra es una sociedad de consumo debemos considerar algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos. La nuestra es una comunidad de consumidores en el mismo sentido en que la sociedad de nuestros abuelos merecía el nombre de sociedad de productores. En esta segunda modernidad, o posmodernidad, la sociedad humana impone a sus miembros principalmente la obligación de ser consumidores. La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes está regida, ante todo y en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel; la norma que les impone, la de tener capacidad y voluntad de consumir. La diferencia reside en el énfasis que se ponga en cada sociedad; ese cambio de énfasis marca una enorme diferencia casi en todos los aspectos de esa sociedad, en su cultura y en el destino individual de cada uno de sus miembros. Las diferencias son tan profundas y universales, que justifican plenamente hablar de la sociedad actual como de una comunidad totalmente diferente de la anterior: una sociedad de consumo”.

comerciales en el segundo antes que en el primero. En otros términos, las *primeras fuentes* del derecho comercial se encuentran en las recopilaciones de los usos y costumbres *marítimos*, que luego se generalizaron al comercio terrestre. Así, en opinión de Alterini, el derecho comercial nació “como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad, era el *derecho de los comerciantes*⁷⁶⁰”, obteniéndose dos ventajas: a) Crearon su propia regulación jurídica al asignársele fuerza vinculante a sus propios usos; b) Designaron a sus propios jueces, y que eran los propios comerciantes.

Sus características principales eran: a) Legislación específica, distinta del derecho civil de raigambre romanista; b) Derecho corporativo que determinaba el acceso a la calidad de comerciante y reglamentaba las operaciones; c) Aplicación de sus normas a aquellos sujetos que no eran comerciantes (productores primarios y consumidores); y lo más importante, d) La jurisdicción comercial en la cual eran los propios comerciantes quienes decidían los conflictos que se suscitaban, y que por lo tanto, conocían los usos y costumbres mercantiles aplicables a las situaciones concretas.

El impulso final fue la sanción del Código de Comercio Francés de 1807 que fue ejemplo para varios países⁷⁶¹, entre ellos el nuestro⁷⁶², porque unificó en un solo cuerpo legislativo el derecho vigente aplicable a los comerciantes, constituido por los usos y costumbres comerciales, y las instituciones mercantiles. Así, compartimos el aserto que razones históricas “justifican el nacimiento de esta rama del derecho cuya autonomía e independencia están en su origen, porque no es un desprendimiento del derecho civil, sino que fue creciendo a su lado, en forma paralela, antes en los usos y costumbres que en las normas previstas por el legislador⁷⁶³”. A modo de conclusión, afirmamos con Rivera que “el derecho mercantil es una rama del derecho privado cuyo origen es independiente del Derecho Civil, que encuentra legislación, jurisdicción y doctrina propias, basadas en principios distintos de los del Derecho civil, y que se caracteriza por su expresión internacional⁷⁶⁴”.

II.2 *Distintas concepciones del derecho comercial*

De modo preliminar, cabe denunciar una cuestión que divide a la doctrina y tiene su razón de ser en la distinta concepción que se tiene del derecho comercial. En efecto, desde un punto de vista *histórico*, se suele señalar que el derecho comercial pasa, de un primer estadio subjetivo –en cuanto regula a la persona del artesano o comerciante– a otro que históricamente se

⁷⁶⁰ ALTERINI, ATILIO A., *Contratos. Civiles-comerciales- de consumo. Teoría general*. Reimpresión (1ª ed. 1998), Bs. As., Abeledo-Perrot, 2006, p. 98.

⁷⁶¹ Por ejemplo, el Código de Comercio español de 1829.

⁷⁶² Código de Comercio de la República Argentina de 1862, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo.

⁷⁶³ SALERNO, MARCELO U., *Derecho civil profundizado*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998, p. 27: “De ahí que su existencia precede a su esencia. De cualquier manera es un derecho de excepción, sujeto a las regulaciones subsidiarias del orden civil, que contiene disposiciones previsoras a aplicar en la hipótesis de insuficiencia normativa”.

⁷⁶⁴ RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 5ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2010, t. I, p. 100.

califica como objetivo porque se establecen *actos* que se denominan “comerciales”, por su naturaleza con indiferencia de la persona que los realiza. En la actualidad, sin embargo, ese contenido “se halla integrado por tres conceptos: a) La empresa; b) el empresario, y c) la hacienda organizada, como tres concausas que concurren a la obtención del resultado final⁷⁶⁵”. Es decir, que resulta fundamental el *empresario* (individual y social) quien es el principal responsable de las relaciones jurídicas mercantiles, en tanto sujeto de derecho. Luego, su actividad profesional organizada en vista a la obtención de ganancias, mediante la producción e intercambio de bienes y servicios, se realiza a través de la *empresa*⁷⁶⁶, con actos y negocios mercantiles producidos en serie. Y, por último, este empresario y la empresa tienen a su disposición un conjunto material e inmaterial de elementos para lograr sus propósitos y que constituyen la *hacienda* mercantil.

II.2.A Concepción subjetiva o profesional

Desde esta concepción⁷⁶⁷, se tiene presente la actividad de ciertos *sujetos*, tanto personas físicas como jurídicas, que se dedican de modo profesional al comercio o actividad mercantil, ya sea de modo habitual o accidental, considerándolas comerciales. En otros términos, para determinar la materia comercial se parte “del sujeto que realiza los actos⁷⁶⁸”, considerando de modo predominante el aspecto subjetivo.

II.2.B Concepción objetiva o material

Dentro esta concepción, en cambio, no interesan las personas que realizan la actividad mercantil sino se fija la atención en *determinados actos* que el legislador considera comerciales, y por ende, resultan regulados por la legislación y sometidos a la jurisdicción mercantil. El Código de Comercio Argentino tenía una concepción predominantemente objetiva o “prevalcientemente objetivo⁷⁶⁹” porque incluía un listado enunciativo de actos de comercio⁷⁷⁰ (art. 8, Cód. de Comercio) que realizados por cualquier sujeto, otorgaban el carácter comercial a la relación judicial (por ejemplo, la suscripción de un título de crédito), en virtud de la presunción legal de comercialidad (art.

⁷⁶⁵ FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., GÓMEZ LEO, OSVALDO R. y AICEGA, MARÍA V., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, 2ª ed., Bs. As., Lexisnexis, 2006, t. I-A, p. 267.

⁷⁶⁶ FARGOSI, HORACIO, “La incidencia de la empresa en la sociedad anónima”, LA LEY, 2005-D, 1385: “la actualidad la empresa ha pasado a ser el pivote del derecho comercial, y por ello puede admitirse que ya no lo es el sujeto empresario sino la acción de ese sujeto es decir la actividad”.

⁷⁶⁷ SALERNO, *Derecho civil...*, cit., p. 27: “Se halla estructurado sobre dos bases: el profesionalismo de los comerciantes, que le da una orientación subjetiva (*ratione personae*) y el acto de comercio, apreciado de manera objetiva (*ratione materiae*)”.

⁷⁶⁸ PISANI, OSVALDO E., *Derecho comercial y empresario*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2016, p. 14.

⁷⁶⁹ PISANI, *Derecho comercial...*, cit., p.14.

⁷⁷⁰ SALERNO, *Derecho civil...*, cit., p. 27.

771, Cód. de Comercio). Empero, también enfatizaba que los actos del comerciante se *presumían* actos de comercio (art. 5⁷⁷² segundo párrafo, Cód. de Comercio), salvo prueba en contrario.

Por lo tanto, existía un adecuado balance en torno a la concepción objetiva con la subjetiva, pudiéndose dar las siguientes hipótesis: a) Los sujetos de la relación jurídica eran *ambos* comerciantes y por lo tanto se presumía que la actividad que realizaban era comercial, aplicándose la legislación y jurisdicción mercantil; b) Uno de los sujetos de la relación jurídica era comerciante y el *otro* no lo era, pero toda la relación se presumía comercial y por ende también resultaba aplicable la legislación y jurisdicción mercantil; c) Ninguno de los sujetos de la relación jurídica era comerciante pero perfeccionaban un acto de comercio (art. 8 Código de Comercio) o bien de otros previstos en la legislación comercial, por lo cual también se les aplicaba la legislación y jurisdicción mercantil⁷⁷³. No debe perderse de vista que la legislación mercantil se apoya en los añejos principios de celeridad de las transacciones, la seguridad del crédito y la buena fe.

II.2.C Retorno a la concepción subjetiva

Sin embargo, sostenemos que “el derecho comercial siempre fue la regulación de sujetos y actos⁷⁷⁴”. Por esta razón, creemos que el derecho comercial posee una esencial unidad histórica, y si bien existen variantes legislativas, siempre se estará en presencia de un *orden legal* que apunta a parámetros específicos, a saber: El desarrollo y ejercicio de una industria, el comercio, y ciertos servicios para un mercado; y además, reglas, principios, obligaciones y atribuciones que se refieren a los sujetos que realizan tal actividad.

En suma, consideramos que resulta anacrónico sostener que el derecho comercial tiene una impronta subjetiva u objetiva a los fines de su conceptualización⁷⁷⁵; por el contrario, “sólo se trata de modalidades de técnica legislativa –antiguas o modernas– que intentan regular una parte del fenómeno económico de la empresa que actúa en el mercado⁷⁷⁶”. En otras palabras, el “nuevo derecho comercial es el de las instituciones unidas a los

⁷⁷¹ Código de Comercio derogado, Art. 7. - Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial.

⁷⁷² Código de Comercio derogado, Art. 5.- Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario.

⁷⁷³ ARIAS CÁU, ESTEBAN J. “El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor”, en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, Bs. As., La Ley, año II N° 5, 2011, p. 107.

⁷⁷⁴ ETCHEVERRY, RAÚL A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 31: “en tanto que todo ordenamiento jurídico está destinado a reglar conductas, intereses de individuos, respecto de otros, en forma inmediata o mediata”.

⁷⁷⁵ ARIAS CÁU, “El código unificado...”, cit., p. 96.

⁷⁷⁶ ETCHEVERRY, *Derecho Comercial...*, cit., p. 76.

sujetos –empresario social, léase sociedades comerciales– que vuelven a ser el centro de nuestro derecho, sin que por ello deban dejarse de lado los aciertos que introdujo el criterio objetivo⁷⁷⁷". En efecto, el moderno derecho comercial tiene como *sujeto preeminente* al empresario social, quien adopta por lo general⁷⁷⁸ la técnica societaria, para el desarrollo de negocios mercantiles y la expansión de su *actividad empresarial*.

II.3. La empresa o el derecho de la empresa como centro

El origen de la empresa puede situarse en el "momento en el cual una sociedad esencialmente artesana y agrícola (...) se transformó en una sociedad en la cual comenzó a predominar la producción industrial y el capitalismo financiero⁷⁷⁹". Es decir, que en virtud del tránsito de esta economía primitiva de consumo que satisfacía únicamente las necesidades propias, luego se convierte en una economía de producción o de mercado en la cual la riqueza comercial comenzó a circular y en la cual apareció la *empresa* como centro⁷⁸⁰ de los mecanismos de intercambio.

Esta nueva rama jurídica se caracteriza por la "interdisciplinarietà⁷⁸¹", en la cual la división de origen romanista de derecho público y privado es difusa. La empresa, como organización económica de capital y trabajo que propende a la producción e intercambio de bienes o servicios, no sólo abarca al derecho comercial en sentido estricto sino que se extiende al derecho industrial, al derecho de marcas y patentes, a los agro-negocios, etc.

Desde el aspecto público⁷⁸², interviene el derecho fiscal, el derecho administrativo, el derecho ambiental, y el derecho de la competencia. Desde el derecho privado, tiene una enorme influencia del derecho de defensa de los consumidores, la protección de la parte más débil, y el consabido deber de

⁷⁷⁷ ETCHEVERRY, RAÚL A., *Manual de Derecho Comercial. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1983, p. 80.

⁷⁷⁸ También puede recurrirse a otros métodos o agrupaciones empresarias, mediante la técnica contractual. Conf., GEBHARDT, MARCELO, *Derecho empresario*, Bs. As., La Ley, 2011, p. 73: "Un aspecto relevante para la diferenciación es el control o dominación ejercido por una o más sociedades sobre otra y otras. Este elemento no es propio ni característico de los contratos de colaboración a los que nos referiremos aquí, en los cuales prevalece la regla de la igualdad de trato y equiparación jurídica, sin subordinación alguna". Por ejemplo, métodos que no alteran las estructuras de las sociedades; o bien que las alteran (fusiones o escisiones); y por último, contratos de colaboración o agrupación empresarias (U.T.E.).

⁷⁷⁹ Conf. MARTORELL, ERNESTO E., *La transferencia de la empresa: problemática laboral*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 1.

⁷⁸⁰ Conf., FARGOSI, "La incidencia...", cit., nota 11. Ampliar en GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 3: "El contenido del Derecho Comercial ha sido ampliado de un modo notable en las últimas décadas y ha desbordado su continente originario, el Código de Comercio que lleva hoy un siglo y medio de vigencia en la Argentina". SALERNO, *Derecho civil...*, cit., p. 30.

⁷⁸¹ RIVERA, *Instituciones...*, cit., p. 107: "es decir, la eliminación de compartimentos estancos y el funcionamiento a veces armónico, a veces inarmónico, de principios que provienen del derecho público y del derecho privado en orden a la regulación de la actividad económica de la empresa en una comunidad".

⁷⁸² GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 4: "la creciente absorción y publicización del derecho mercantil clásico, que se ha venido reduciendo cada vez más, por obra del derecho económico, de la intervención del Estado en la actividad privada y especialmente con el rol asignado a la empresa".

seguridad⁷⁸³ en la prestación de servicios. El derecho civil como núcleo residual del derecho privado no se ha visto ajeno a estos cambios, especialmente, en sus institutos principales como la persona, el contrato, la autonomía privada, en virtud de la creciente influencia de normas imperativas, la constitucionalización del derecho civil, y una jurisprudencia activa. Se denomina a este fenómeno como “publicación del Derecho Civil⁷⁸⁴”. Este fenómeno derivó en la pérdida de la *posición central* del Código de Vélez en el ordenamiento jurídico⁷⁸⁵.

Sin embargo, afirmábamos que en el estadio actual de la legislación en nuestro país resultaba difícil considerar a la empresa como centro⁷⁸⁶ del derecho comercial, a pesar de su desarrollo económico, en virtud que el legislador nacional había sido renuente en confeccionar un sistema normativo único. Además de la legislación fragmentaria tanto laboral como tributaria, debía precisarse que la empresa para nuestro derecho *no era un sujeto de derecho sino materia u objeto*. Así, se concluía que “no hay en nuestra legislación positiva un concepto económico unitario de la empresa, ni ésta constituye una categoría jurídica autónoma (...) carece de personalidad jurídica⁷⁸⁷”.

La empresa, no es otra cosa, que el “ordenamiento de los factores de producción, tierra, capital y trabajo, en miras a la producción de bienes y servicios⁷⁸⁸”. Empero, tampoco el derecho comercial es el derecho de la empresa porque se carece, todavía, de una sistematización jurídica de sus contornos, sin dejar de reconocer la sugerencia autoral que “sea la empresa mercantil el eje del pensamiento académico y científico a desarrollar desde la materia⁷⁸⁹”.

Por lo tanto, ratificamos nuestro pensamiento en el sentido de no identificar nuestra materia con la figura de la empresa, y ello por dos motivos: a) En primer lugar, por cuanto la empresa no fue nunca acogida por nuestra legislación desde un punto de vista estructural y se carece de un concepto

⁷⁸³ CSJN, 06/03/2007 “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos: 330:563. Considerando 10º: “... En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas”.

⁷⁸⁴ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 105, agregando que: “al que ya hemos hecho referencia anteriormente, y que otorga un nuevo significado a conceptos básicos como la propiedad o la autonomía privada. El peso que adquieren los fenómenos colectivos, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual...”.

⁷⁸⁵ ARIAS CÁU, “El código unificado...”, cit., p. 96.

⁷⁸⁶ SALERNO, *Derecho civil...*, cit., p. 30 y sig.: “La empresa se erige así en el centro del estudio de esta novedosa disciplina, construida sobre la base del derecho comercial –en particular la noción de fondo de comercio- la cual se ha ido ampliado con un rico material elaborado en torno del mundo de los negocios (en este sentido tiene una base subjetiva)”.

⁷⁸⁷ GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 5.

⁷⁸⁸ RIVERA, *Instituciones...*, cit., p. 105.

⁷⁸⁹ CURÁ, JOSÉ M. “Hacia una jerarquización del derecho mercantil –A propósito del nuevo plan de estudios en la facultad de derecho de la U.B.A.–”, LA LEY, 2005-D, 1474, quien agrega: “Cierto es que lejos se está de aceptar a la empresa como sujeto de derecho, más nada impide que sea ese fenómeno organizacional el que oriente el pensamiento académico”.

unificador que permita su estudio⁷⁹⁰; b) En segundo lugar, la doctrina predominante aplica a la empresa una lente económica más que jurídica, por los motivos expuestos, constituyendo en sí misma una noción conflictiva⁷⁹¹ pero con un ámbito de aplicación específico⁷⁹².

Por último, adelantamos que participamos de aquella opinión autoral que afirma, que lo que conocíamos como derecho mercantil, vuelve a tornarse predominantemente subjetivo, en virtud que readquiere importancia las personas dentro de la relación jurídica. En otras palabras, en este retorno al subjetivismo, la ley de defensa del consumidor (Ley N° 24.240) ha tenido una importancia mayúscula en nuestro régimen jurídico, puesto que ha tornado prácticamente en regla su aplicación frente a los casos *otrora* mercantiles.

II.4 Sujeto de la relación jurídica mercantil. El comerciante o empresario: individual y colectivo

II.4.A Denominación

En la actualidad, se prefiere la denominación de “empresario⁷⁹³” a la más antigua de comerciante, de la cual pueden observarse ejemplos en el derecho comparado. Así, la visión clásica del comerciante se advierte en la regulación del Código de Comercio español⁷⁹⁴ (art. 1), del francés⁷⁹⁵ (art. 1) y por último, del Código de Comercio peruano⁷⁹⁶ (art. 1). Por el contrario, la moderna

⁷⁹⁰ En tal sentido, advertimos que los papeles de comercio, la navegación aislada, la compraventa mercantil, poseen la nota de comercialidad, pero carecen de la noción de organización propia de la empresa.

⁷⁹¹ GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 1. El *derecho empresario* puede ser definido “como el conjunto de normas predominantemente jurídicas aplicables a la actividad económica y atinentes al funcionamiento de la empresa, tanto interno como en su relación con diversos sujetos, desde su creación hasta su extinción”.

⁷⁹² SALERNO, *Derecho civil...*, cit., p. 51: ““las diversas relaciones jurídicas a crear con socios, colaboradores, trabajadores, clientes, dispensadores de crédito acreedores, deudores, reparticiones públicas, cámaras, sindicatos, etc. En especial, se ocupa de todos los problemas jurídicos relacionados con la producción, distribución e intercambio de bienes o servicios”.

⁷⁹³ GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 29.

⁷⁹⁴ Código de Comercio de España, art. 1: “Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles e industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

⁷⁹⁵ *Code du Commerce*, art. 1: “Son comerciantes lo que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual”.

⁷⁹⁶ Código de Comercio peruano, art. 1: “Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”, en una definición similar a la brindada por el Código de Comercio de España. El Código de Comercio de Chile, art. 10: “Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”.

denominación de empresario fue adoptada por el Código Civil italiano⁷⁹⁷ de 1942⁷⁹⁸ (art. 2082).

El sujeto de la relación jurídica mercantil admite dos tipos⁷⁹⁹: a) El empresario o comerciante individual, como persona humana (art. 19, CCyC); b) El empresario social, colectivo o persona jurídica, en la cual emergen como sujetos relevantes las sociedades comerciales y la empresa pública (art. 1093, CCyC).

II.4.B Definición de comerciante en el Código de Comercio derogado

El *comerciante* individual, entonces, estaba definido en el art. 1º del Código de Comercio derogado, que rezaba: “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen por cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”. Acto seguido, agregaba: “Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor...”

De los textos citados se desprendía que el criterio legal especificaba un concepto general de comerciante: *El que intermedia en la compra o venta de mercaderías o encarga su fabricación para revenderlas.*

El concepto de comerciante del Código de Comercio resultaba bastante restringido, propio de la época histórica de su sanción, ya que no consideraba mercantil a la actividad industrial, y sólo regulaba al denominado *mercader* o intermediario de cosas muebles, que actuaba de forma individual. Adelantamos, que dicho concepto ha sido modificado en el Código Civil y Comercial que admite distinguir al comerciante individual del empresario también individual⁸⁰⁰. Sin embargo, a pesar de la defectuosa técnica legislativa utilizada y que mencionaba sólo al individuo como equivalente a persona física, la mayoría de la doctrina comercialista consideraba incluida también a las sociedades comerciales⁸⁰¹ —empresario social o colectivo—, por su forma y que

⁷⁹⁷ Se trata de un cuerpo legislativo de derecho privado unificado, que mantiene la estructura del tiempo de su sanción y que en su origen comprendía materias de derecho *civil, comercial, laboral y parte del derecho público*, con la consecuencia lógica que el Código de Comercio italiano debió desaparecer.

⁷⁹⁸ Código Civil italiano, art. 2082: “*Empresario*: Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios”.

⁷⁹⁹ En ambas especies subyace el ejercicio habitual, perdurable en el tiempo, haciéndose de ello un modo de vida o profesión, de actos de comercio o ejercicio empresario, y que consiste en la producción o intercambio de bienes o servicios, de modo organizado.

⁸⁰⁰ PISANI, *Derecho comercial...*, cit., p. 60: “Asimismo, se destaca que, en la nueva normativa, al comerciante individual se lo diferencia del ‘empresario individual’, tal como seguidamente veremos al desarrollar dicho tema”.

⁸⁰¹ GEBHARDT, *Derecho...*, cit., p. 30: “Lo antes dicho no significa que queden excluidas de esa calidad comercial las personas colectivas sino que ellas está abarcadas por el art. 2 del mismo Código, en cuanto utiliza la expresión *persona* en sentido amplio”.

se encontraba regulada por la Ley N° 19.550 (LSC). Por tanto, ya sea interpretando *lato sensu* el término individuo o bien aplicando la ley de sociedades comerciales, estimábamos reunidos en la definición legal tanto al comerciante individual como colectivo.

III.- EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LA RELACION DE CONSUMO Y SU ÁMBITO SUBJETIVO

III.1 *El Código Civil y Comercial y su metodología*

Con la sanción del Código Civil y Comercial de 2014, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, se produjo un giro copernicano con relación al Código Civil de Vélez Sársfield en materia metodológica en virtud que se adoptó una tecnología jurídica germana. Esto es, se diseñó una parte general (Libro Primero), una parte general del contrato (Libro Tercero) y se incluyó una verdadera parte general del contrato de consumo (Libro Tercero, título tercero), que —en rigor— se trata de una parte general del derecho de defensa del consumidor.

En la parte general (arts. 19 a 400) se definieron los conceptos jurídicos fundamentales que hacen al derecho privado en general, como el comienzo de la existencia de la persona humana (art. 19) y su capacidad tanto de derecho (art. 22) como de ejercicio (art. 23). Asimismo, la definición de persona jurídica (art. 141) y sus clases (arts. 145, 146) como también incluye, siguiendo la tradición velezana, la definición de hecho jurídico (art. 257) y acto jurídico (art. 259).

En lo que nos interesa, sin embargo, es susceptible de crítica que no define la *empresa* ni al *empresario* ni adopta la teoría de la empresa, como lo hacía el Código Civil italiano de 1942, en una solución de técnica y política legislativa opinable. Empero, mediante un relevamiento de su texto es posible advertir la utilización del vocablo *empresa* en diversas normas (arts. 320, 375 inc. j, 1093) o bien el uso de *empresario* (arts. 1479, 1481, 1482, 1483 incs. a y c, 1484, 1485, 1487, 1488, 1497, 1498, 1499, 1500 entre otros) como de gestión u organización *empresaria* (arts. 1010, 1502).

De lo expuesto, es factible colegir que *no se ha modificado* el criterio establecido por la doctrina desarrollada más arriba (Cap. II) al calor del Código de Comercio derogado en el sentido que el sujeto comercial puede ser individual o colectivo quién es el titular de la empresa como objeto (art. 1093, CCyC).

III.2 *La relación de consumo*

El siglo XX ha dejado atrás la caracterización del mercader o comerciante como sujeto principal de una sociedad de productores en sentido amplio, en el cual desarrollaba su actividad de modo profesional y habitual, mediante la realización de actos de comercio y con un fin de lucro. Por el contrario, con el advenimiento del moderno derecho mercantil o derecho empresario en el cual la producción de bienes o servicios masificada se concreta en contratos

predeterminados o confeccionados en serie para volcarlos al mercado, se ha intensificado la brecha entre el productor y el consumidor de bienes o servicios, originándose la denominada sociedad de consumo⁸⁰².

III.3 El ámbito subjetivo: Consumidor y proveedor

En la noción de consumidor legal (art. 1092) puede distinguirse entre el consumidor jurídico o directo⁸⁰³ quien consume el bien o la prestación del servicio perfeccionando el contrato de consumo (art. 1093, CCyC); mientras que el usuario es quien *utiliza* dicho bien o servicio pero que no contrata, también denominado como consumidor fáctico o material (art. 1, LDC). No obstante ello, a los fines tuitivos el régimen legal (CCyC - LDC) los equipara perdiendo importancia a los efectos prácticos la distinción.

La noción de *consumidor* que utilizamos, entonces, deriva en gran medida de la ciencia económica, quienes lo consideran un mero "sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares⁸⁰⁴". Así, la nota característica de este consumidor estriba en que es el término o fin⁸⁰⁵ de la cadena de comercialización, ya que consume el bien y no lo utiliza para incorporarlo a un proceso de producción⁸⁰⁶. Por ello, no debemos olvidar que la relación de consumo, se sustenta o apoya en el circuito económico que abarca la *producción, circulación o distribución y consumo final*⁸⁰⁷.

El *proveedor*, por el contrario, adquiere bienes o utiliza servicios como medios destinado a un proceso, ya sea de producción o de comercialización en sentido lato, dentro de un fenómeno de mercado. Por ello, bien se ha dicho, que las operaciones económicas de *producción y de comercialización*, "incluyen actividades de índole profesional; es decir, estructuras empresarias - individuales o colectivas-, especializadas en la explotación comercial de ciertas área de la actividad económica⁸⁰⁸". Por supuesto, esta noción económica sirve de sustento a la noción jurídica y de allí la toma el legislador para establecer luego los requisitos legales de la relación de consumo. Empero, con una particularidad, puesto que las tres funciones del fenómeno del mercado que hemos mencionado, como la producción, la comercialización y el consumo, el

⁸⁰² También llamada como sociedad de consumidores. Conf. BAUMAN, ZYGMUNT, *Vida de consumo*, 1ª ed. (2007), Bs. As., FCE, 2011, p. 20.

⁸⁰³ STIGLITZ, RUBÉN S. - STIGLITZ, GABRIEL A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2012, p. 192

⁸⁰⁴ WAJNTRAUB, JAVIER, *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación*, Bs. As., LexisNexis-Depalma, 2004, p. 22.

⁸⁰⁵ TINTI, GUILLERMO P. - CALDERÓN, MAXIMILIANO R., *Derecho del Consumidor. Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361*, 3ª ed., Córdoba, Alveroni, 2011, p. 23.

⁸⁰⁶ STIGLITZ, *Contratos...*, cit., p. 9.

⁸⁰⁷ BUENO CAMPOS, EDUARDO, CRUZ ROCHE, IGNACIO y DURÁN HERRERA, JUAN J., *Economía de la empresa: Análisis de las decisiones empresariales*, Madrid, Pirámide, 1991, p. 28.

⁸⁰⁸ SANTARELLI, FULVIO G., "Hacia el fin de un concepto único de consumidor", LA LEY 2009-E, 1055.

derecho las convierte en una relación bipolar⁸⁰⁹: *El profesional y el profano; el proveedor y el consumidor*.

Es decir, que el consumidor y el proveedor, ambos términos de la relación, propia y específica de nuestra sociedad de consumo, el derecho privado *las asimila* a la figura del contratante y del comerciante. En definitiva, la noción de consumidor – desde el punto de vista jurídico – no es técnicamente una persona que agota un bien, sino que celebra un acto de consumo. En igual sentido, el proveedor tampoco debe ser asimilado al comerciante o empresario ya que puede incluirse en el concepto al propio Estado *lato sensu* (Nación, Provincia y Municipios), o bien a personas humanas o individuales que no desarrollen habitualmente⁸¹⁰ su profesión como tales. Así, “debe ser interpretada de manera amplia a favor del consumidor⁸¹¹”.

III.4 *El ámbito subjetivo conflictivo: el empresario como consumidor*

De lo expuesto se advierte que para el perfeccionamiento de una relación de consumo se requiere los dos términos subjetivos: consumidor y proveedor. Sin embargo, como también se discutió con la vigencia del Código de Comercio, pueden existir los *actos mixtos* es decir que un proveedor propiamente dicho realice una operación económica que admita ser considerada como de consumo, por exceder el ámbito profesional. Por ejemplo, un empresario individual que compre un paquete turístico con la tarjeta de crédito de su empresa o negocio; o bien, una sociedad comercial que adquiera mobiliario para sus oficinas.

En otras palabras, el nexo o punto de conexión se encuentra en que alguna doctrina⁸¹² como también alguna norma protectoria del régimen legal comparado⁸¹³ reconoce la existencia de un caso especial, y que es aquél en el cual un pequeño empresario puede ser admitido como consumidor, con sustento en su vulnerabilidad. En este caso, fuera de lo normal, se le aplicará extensivamente las reglas, principios e instituciones de esta rama especializada del derecho.

Las razones de esta inconsistencia legal, a nuestro juicio, pueden extraerse de la regulación que admite: a) La persona jurídica como consumidora, sin distinción alguna⁸¹⁴; b) La supresión del criterio de no profesionalidad del segundo párrafo del art. 2 de la LDC; c) La supresión del criterio de no profesionalidad del texto del Anteproyecto elaborado por la Comisión Dec. PEN N° 191/11; d) La arbitraria interpretación de la noción de

⁸⁰⁹ JUNYENT BAS, FRANCISCO, MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., GARZINO, MARÍA C., HEREDIA QUERRO, JUAN S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Bs. As., Errepar, 2013, p. 7.

⁸¹⁰ STIGLITZ, *Contratos...*, cit., p. 184: “Ello excluye la transacción aislada, accidental, la que no implica justamente, un negocio para quien lo ofrece”.

⁸¹¹ TINTI, *Derecho...*, cit., p. 25.

⁸¹² JUNYENT BAS, *Ley de defensa...*, cit., p. 34. Cfr., STIGLITZ, *Contratos...*, cit., p. 178.

⁸¹³ Esta es la postura del Código de Protección del consumidor del Perú. Ley N° 29.571, Título Preliminar, art. IV.1. Consumidores o usuarios.- “... Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”.

⁸¹⁴ ARIAS CÁU, ESTEBAN J., “La recepción del consumidor en el Código Civil unificado: sus consecuencias”, Bs. As., 30/X/2012, MJD6034, www.microjuris.com (28/08/2019).

destinatario final⁸¹⁵ (art. 1092, CCyC; art. 1, LDC); e) La búsqueda de protección para los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación⁸¹⁶, que en el régimen legal vigente fue amplificada (arts. 984 y sig.).

IV.- CONCLUSIONES

A los efectos didácticos, resumiremos algunas conclusiones del presente trabajo:

1º) El derecho comercial o mercantil como producto histórico siempre tuvo diferentes concepciones técnicas, entendidas como modalidades de política legislativa.

2º) El derecho comercial moderno comprende las instituciones unidas a los sujetos (empresario individual y social), con o sin técnica societaria. La empresa no es sujeto sino objeto careciendo de unicidad jurídica.

3º) El Código Civil y Comercial no adoptó la técnica de la empresa, sin perjuicio de utilizar esa terminología en algunas normas.

4º) En la relación de consumo el empresario como persona humana o la persona jurídica pueden ser, en principio, consumidores en la medida que cumplan con los elementos de vulnerabilidad y destino final. Sin embargo, por lo general, serán proveedores de bienes y servicios.

⁸¹⁵ Una postura correcta puede verse en WAJNTRAUB, JAVIER, "La integración normativa del estatuto del consumidor", en *Revista Derecho Privado. Derecho del consumo*, GUSTAVO CAMELO - SEBASTIÁN PICASSO (dirs.), Bs. As., Infojus, 2014, p. 107: "En ese sentido, participa de la última fase del proceso económico".

⁸¹⁶ Este argumento ahora queda desierto en virtud de la regulación del contrato por adhesión del Código Civil y Comercial (arts. 984 y sig.).

“BREVE APUNTE SOBRE LA EMPRESA DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO”

Rodrigo Padilla

En la presente ponencia primero debo dejar en claro que bajo el género “profesionales del Derecho” sólo me ocuparé de los abogados, no así de los escribanos y **procuradores**, éstos últimos, por ejemplo, dado que su ejercicio muchas veces es para “colaborar” con el abogado, incluso puede el abogado mismo cumplir las funciones del procurador, cuando actúa en el “doble carácter”, cuestión que es sumamente recomendable. Amén de ello, su regulación y función es muy distinta en los diversos países (vg. comparar el procurador español con el argentino). De allí su exclusión.

También es necesario excluir a los **escribanos** del objeto de esta ponencia, puesto que los notarios si bien son profesionales del Derecho, no pueden formar ningún tipo de sociedad o empresa para el desempeño de su función. Es que son *profesionales del Derecho, pero a cargo de una importantísima función pública*, tal como lo resaltan la doctrina y jurisprudencia en forma casi unánime y como fuera ya proclamado en el primer Congreso Internacional del Notariado Latino del año 1948, entre otros tantos. Es que nuestro sistema legislativo del Notariado pertenece -al igual que otros 88 países- al *intermedio* (entre los sistemas del Notariado profesional o de tipo inglés en un extremo, y el funcionario público en el otro) o *latino puro*, en el cual el escribano cumple una función pública delegada por el Estado, custodiando (en su calidad de “fedante” que no es igual a la de “fedatario”) la seguridad jurídica necesaria para la convivencia pacífica entre los individuos, debiendo prestar su asesoramiento en forma imparcial a los requirentes que acuden a sus Registros Notariales, interpretando la voluntad de las partes para darles la forma legal correspondiente, confiriéndole el carácter de autenticidad. De hecho, la fe pública notarial es una calidad que sólo ellos pueden brindar, cuando actúen en los actos en forma directa, a tal punto que en estas ocasiones tales actos sólo pueden ser desvirtuados mediante la redargución o querrela de falsedad, pues gozan de plena fe. De todo ello se deduce que no pueden los escribanos formar ningún tipo de empresa entre ellos, o que dos Notarías jamás podrían asociarse.

Así las cosas, con la pertinente delimitación realizada, el presente estudio se focalizará en la actuación de los letrados o **abogados**. Para empezar, jamás debe perderse de vista que la relación jurídica que se entabla entre el abogado y su cliente está basada en la confianza que deposita éste sobre aquél. Por ello este contrato es de los denominados clásicamente como *intuitu personae*. Nota característica, cumple aclarar, que en estos tiempos se está desdibujando. En efecto, la confianza del profano hoy está depositada en el prestigio de la “empresa profesional” -o despacho colectivo- y no tanto en el profesional

concreto o específico con el que contrata. Se puede afirmar que el *intuitu personae* está siendo desplazado por el *intuitu "empresarial"*, por decirlo de alguna manera.

Es cierto que tradicionalmente el ejercicio de las profesiones liberales se lo hacía en forma individual. Ello traía aparejado una responsabilidad civil personal, la que era directa -por hechos propios- y por supuesto que contractual (aunque en su génesis fue aquiliana). Hoy, sin embargo, tanto el abogado generalista o "clínico", cuanto aquél que ejerce la profesión en forma individual, son especies en extinción. En efecto, el abogado en su desenvolvimiento profesional suele valerse de auxiliares, dependientes y sustitutos. También el mismo letrado puede ser dependiente de otra persona -vg. una empresa o el Estado-. Además, existe una realidad innegable: los despachos colectivos, las sociedades de profesionales y los estudios multidisciplinarios.

Por otro lado, es claro que en general los ordenamientos de los distintos países -con la excepción del Código del Consumidor brasilero- excluyen la aplicación de las normas tuitivas de defensa del consumidor cuando de profesionales liberales se trate. Ello en razón que tales profesionales pueden ser denunciados, amén de la vía judicial, ante los Colegios Profesionales que nuclean a los mismos. En tal plano, los Tribunales de Ética aplicarán al profesional la sanción pertinente, si correspondiere. Todo ello con la salvedad que la "publicidad" que hagan tales profesionales, así como la incorporación de "cláusulas abusivas" en sus relaciones, habilitará para el cliente perjudicado la aplicación de las normas "consumeriles".

Ahora bien, sentado ello cuadra realizar una serie de preguntas a las cuales sólo pretendo dejarlas planteadas, no profundizando sus respuestas. Es decir que presentaré más dudas que certezas y pido perdón por ello, pero el tiempo es tirano y espero no serlo yo con mis distinguidísimos colegas que aún deben brindar sus exposiciones.

Para empezar, es claro que no es lo mismo formar una "sociedad" que una "empresa". Cuando se habla de esta última intuitivamente se piensa en una cuestión más bien comercial o mercantil sobre la misma; no así, necesariamente, con la primera. No obstante ello, bajo los paradigmas del nuevo Código Civil y Comercial no puede existir empresa sin algún revestimiento societario. Vale decir que en este sentido y para nuestros fines, podemos, con las licencias debidas, hablar indiferentemente de **empresa o sociedad de abogados**.

Así las cosas, los interrogantes acorde a las posibles situaciones que se planteen pueden ser enfocados desde múltiples planos. Primero debo recordar que en general los profesionales liberales, tales como los abogados, están obligados, según el nuevo CCC, a cumplir una *obligación de hacer y su responsabilidad es subjetiva a no ser que se hubiere prometido un resultado concreto* (art. 1768 CCC). Aquí viene a colación el primer problema, pues entiendo que

toda obligación es de medios y fines a la vez: medios en tanto comprometen la diligencia del deudor profesional; y de resultado pues toda diligencia debe dirigirse en procurar el contenido de la obligación, la prestación, sea ésta de dar, hacer o no hacer. Así se cumplirá con la satisfacción del interés del acreedor que constituye el objeto de la obligación. Obviamente no toda la doctrina está conforme con esta división de objeto y contenido de la obligación; pero mucho menos lo están con admitir pacíficamente la binaria clasificación obligacional en de medios y fines más allá de lo que dispongan normas específicas, como el art. 774, como para citar un sólo ejemplo, en donde ya nos habla de tres clases de obligaciones (de “medios normales” en su primer inciso -en el cual el deudor promete realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito-; de “medios reforzadas” o “resultados normales” en el segundo -donde se debe procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia-; y de “resultado agravadas” en su tercero -en el cual el deudor debe procurar al acreedor el resultado “eficaz” prometido-).

Para dar una respuesta simple a este problema diré que siempre debe compararse la conducta del profesional obrada en la emergencia con respecto a la que debería haber realizado un buen profesional diligente o perito de su clase o categoría. Para ello se deberá formar un modelo profesional que reemplazará al genérico *bonus pater familias*, modelo que estará integrado por los principios que informan su ciencia particular (*lex artis*) y será adecuado a las singularidades del caso (*ad hoc*). En pocas palabras, para averiguar si existe culpa “del” profesional se deberá comparar la conducta obrada con la debida legal y contractualmente.

Dicho ello veamos someramente algunas inquietudes en el plano de la **responsabilidad civil**. Primero debemos indagar en cada situación en particular para determinar algo importantísimo *a priori*: ¿con quién contrata el cliente? Si lo hace con un abogado en especial o con algún representante de la empresa o sociedad de abogados (dicho en términos generales, entre otras tantas situaciones posibles). Dicho abogado singular incluso puede pertenecer a un Estudio colectivo, empresa o sociedad de abogados y no obstante no siempre será responsable este último por la mala praxis en la que pueda incurrir. De ello se deduce que en otras ocasiones será posible la atribución del daño al Estudio o despacho colectivo y nos debemos preguntar si tal responsabilidad, cuando concurren los presupuestos necesarios, es subsidiaria a la responsabilidad del abogado imperito, o si es concurrente, o solidaria incluso, con este último. Todas las respuestas son posibles y a cada caso y ordenamiento singular habrá que brindarle una respuesta también de esa naturaleza.

Si al **ámbito penal** pasamos, no debemos olvidar que hoy ya se admite, no sin reservas, la responsabilidad penal de la persona jurídica y con ello es factible no tan sólo que el abogado que haya incurrido en un delito del derecho criminal a que cumpla su pena correspondiente, sino que también será factible condenar al colectivo, al despacho, a la sociedad o empresa profesional siempre

que su “comportamiento” (en puridad: la conducta de quienes la representen) se adecúe perfectamente a un tipo penal preestablecido.

También puedo someramente decir de la **responsabilidad disciplinaria** - que siempre el profesional debe tener en consideración-, que amén de la posible aplicación de sanciones (vg. llamado de atención, apercibimiento, multa, suspensión, privación del ejercicio profesional) a los letrados que incurran en faltas de esta naturaleza, habrá que analizar cada Código deontológico respectivo para observar si es factible extender tales sanciones a los propios despachos colectivos, lo que me resulta un tanto difícil proclamar con carácter general aunque no dejaré de advertir que estoy navegando aguas turbulentas. Además merece remarcar que pueden existir determinados deberes deontológicos que se extienden a todos los integrantes de la “agrupación”, tales como el secreto profesional, las incompatibilidades que afecte a cualquier integrante y la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos.

A estudiar esta temática Señores y eso que ni siquiera hice la disquisición técnica entre el *intuitus*, **la fiducia** y **la infungibilidad**. Es claro que la fiducia es un elemento característico de la relación, en tanto que el *intuitus* lo es de la prestación y puede darse en relaciones fiduciarias o no, cuando las partes así lo hayan estipulado, aunque también se puede encontrar en ciertas relaciones como un elemento natural. La confianza o fiducia consiste en un especial modo de ser de la *fides* que caracteriza ciertos contratos y se conecta con las cualidades especiales de una de las partes. A su turno, el efecto del *intuitus* se produce sobre la conducta solutoria, que ha de ser llevada por el propio deudor: la infungibilidad. Es que la prestación, en cuanto conducta que debe ser medida desde la integridad e identidad, sería defectuosa si es realizada por otro; pero a partir de cierto grado de pericia objetiva siempre exigible, se puede afirmar que la prestación profesional del abogado no siempre es rigurosamente *intuitu personae*. Así las cosas, entiendo que todos los contratos de servicios profesionales jurídicos debieran de estar impregnados de esa “confianza especial”, la cual debería ser mutua entre ambos contratantes; pero ello no determina *per se* que el contrato referido sea siempre *intuitu personae* y mucho menos que la prestación resulte ser siempre “infungible”. En todo caso deberíamos *aggiornar* el concepto, sentido y alcance del *intuitus*.

Ahora bien, la posibilidad del cumplimiento habrá que analizarlo al son del ordenamiento de que se trate. Para Argentina es muy importante tener en consideración el art. 776 del nuevo CCC que señala que la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que de la convención, de la *naturaleza* de la obligación o de las circunstancias, resulte que éste fue *elegido* por sus cualidades para realizarla personalmente, esto último presumido en los contratos que suponen una “confianza especial”. Con ello es claro que podrá existir en muchos casos “incumplimientos” cuando el letrado haya sido elegido para que él, y no otro miembro del colectivo, realice personalmente la prestación. Incumplimiento del cual no derivará inmediatamente su

responsabilidad, o la de la empresa profesional, sino que deberemos constatar que se cumplan los demás requisitos o presupuestos pertinentes; en especial habrá que acreditar el daño y la relación de causalidad.

Por cierto que la actuación del abogado debe ser siempre “personal”; vale decir que su responsabilidad directa jamás podrá ser cobijada en algún ente ideal. Su preparación específica le obliga a obrar con el máximo de celo, diligencia y pericia exigibles y ello es dable requerir incluso a aquellos abogados que integren una gigantesca empresa o Estudio multidisciplinario e internacional. Es que este nuevo sujeto de derecho (de tener personalidad jurídica propia, pues puede tratarse de una simple “sociedad” de medios o instrumental -modalidad muy usada en varios países-) no puede servir para proteger a abogados negligentes. Al contrario, es factible extender la responsabilidad a tal ente si se presentan los requisitos pertinentes. Amén de ello, cualquiera fuese la actuación del letrado, su libertad, discrecionalidad técnica y científica y su eventual objeción de conciencia no deben sufrir menoscabo alguno.

Además, debe recordarse que el art. 732 determina que el incumplimiento de las personas de las que el deudor “se sirve” para la ejecución de la obligación, se *equipara* al derivado del propio hecho del obligado. Y ni hablar de la responsabilidad del *principal por el hecho del dependiente*, consagrada en el art. 1753 del nuevo CCC, de naturaleza objetiva y concurrente. Lógicamente que para otros países existen distintas reglas. Ahora bien, lo ideal sería redactar un contrato de servicios profesionales jurídicos con los clientes, realizar un análisis general de la cuestión litigiosa y determinar los abogados “concretos” encomendados al asunto; no prometer el resultado exitoso del pleito, pero sí que se pondrá toda la diligencia para procurar el mismo; y, finalmente, contratar un seguro de responsabilidad civil profesional. Pero el tiempo es tirano como dije y no puedo ahora pasar revista sobre el particular. Muchas gracias por su atención y perdón por tantas dudas que dejé planteadas.

“EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: COMO MECANISMO DE TUTELA DE LA EMPRESA DÉBIL”

José H. Sahián

***INTRODUCCIÓN: DISTINTAS HERRAMIENTAS**

Existen distintas tecnologías tendientes a la protección de la empresa débil.

1.- Tratar a la empresa como si fuera un sujeto activo de la relación de consumo y aplicarle en consecuencia el régimen tuitivo del **Derecho del Consumidor**. Esto acontece en diversas hipótesis: cuando se protege al “cliente” en ciertos mercados, como el financiero; cuando se tutela al empresario en aquellos aspectos en los que no detenta calidad de “profesional”, lo que acontece en los modelos europeos que utilizan el criterio de profesionalidad o no a los fines de la delimitación de la relación de consumo; cuando se diseña una tutela de las “PYMES”, como si fueran consumidores; cuando se equiparan a consumidores a aquellas empresas que “retiran el bien del mercado”, como en nuestro sistema según la construcción doctrinal.

2.- En segundo lugar, cuando se persigue proteger a la empresa, en tanto revista carácter de “contratante **adherente**”. Este es el diagrama de nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los arts. 985 a 988.

También es usual, en el derecho comparado, la sanción de leyes de “condiciones generales de contratación”. Por ejemplo, en España la Ley 7/1998, de 13 de abril, que en su art. 2.3 prevé como sujeto activo a cualquier adherente, sea o no profesional.

3.- La tercera vía es a través de leyes de protección contra la **competencia desleal**.

4.- Y finalmente mediante el **derecho antitrust**, esencialmente mediante dos institutos: el control de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posición dominante, que es el tópico sobre el que nos detendremos en la presente ponencia.

• LIBERTAD DE EMPRESA: DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Ahora bien, el examen de las técnicas de protección de la empresa débil, especialmente del Abuso de posición dominante y los restantes institutos de la defensa de la competencia, debe formularse en clase constitucional. En rigor, el abuso de posición dominante reviste carácter de limitación del derecho fundamental de la libertad de empresa, pero a la vez, es un medio para la garantía de ésta. Es que, la libertad de empresa, aun cuanto derecho fundamental, y a más de revestir la trascendental cualidad de ser un derecho

del *Ius Commune* universal, no tiene un sentido absoluto, adolece de limitaciones, que vienen dadas por las exigencias de la economía general, en cuya ponderación ha de jugar los intereses económicos de los restantes integrantes del mercado.

La libre competencia se exterioriza tanto como un límite intrínseco, cuanto como un valor normativo esencial de la libertad de empresa⁸¹⁷. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español expresó que: “*El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta (art. 38, inciso segundo)... supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de Empresa ...*”⁸¹⁸.

En un precedente de la Corte Constitucional de Colombia, donde se tachaban de inconstitucionales las disposiciones que regulaban el control de los proyectos de operaciones de fusión entre empresas, por cuanto imponían restricciones injustificadas a la libertad de empresa. Se descartó la inconstitucionalidad reclamada, con base en el convencimiento de que las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social⁸¹⁹.

• EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL CCyC

Como sabemos y desarrollaremos *infra*, el abuso de posición dominante es un instituto proveniente del Derecho de la Libre Competencia. Pero en nuestro régimen, se ha regulado novedosamente también en el art. 11 del Digesto Civil y Comercial. Ante ello cabe preguntarnos, qué significación que el abuso de la posición dominante hay sido extraído del derecho *antitrust*.

Para Lorenzetti la incorporación del abuso de posición dominante en el art. 11 no modifica la regulación en la ley especial, pero agrega efectos jurídicos, por ejemplo la tutela inhibitoria y resarcitoria. Para otro sector, Pablo Frick por ejemplo, el art. 11 es sobreabundante.

Por otra parte, las regulaciones del CCyC, y de los proyectos de 1993 y 1998 (art. 397) conectan el abuso de posición dominante con el abuso de derecho. Esto se visibiliza en el CCyC que regula el novedoso instituto, junto con el principio de “buena fe” (art. 9) y “abuso del derecho” (art. 10). En

⁸¹⁷ García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008p. 193.

⁸¹⁸ STC 88/1986 del 1 de julio.

⁸¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/10, del 24/03/2010.

cambio, algunos autores, como Miguel Acosta -siguiendo a Bergel y Paolantonio- descartan que aquella sea una especie de la segunda.

Entre algunos ejemplos de abuso de posición dominante, en su clave foránea al ámbito de la defensa de la competencia, propone Lorenzetti en su trabajo "Nuevas fronteras del abuso de derecho", enunció el caso de: las empresas que construyen y venden departamentos y, a su vez, elaboran el reglamento de copropiedad y los adherentes quedan encerrados en su libertad de contratación; también las denominadas "propiedades compartidas" en cuanto fijan pagos extra para el dueño cuando quiere utilizar su propiedad en alta temporada.

En rigor, se tratan de casos de "dependencia económica o contratación obligatoria", como ampliaremos luego.

- **EL ABUSO DE POSICION DOMINANTE EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

- **DISTINTOS SISTEMAS**

Existen dos grandes sistemas, en el derecho comparado. Por un lado, el régimen estructural *antitrust* norteamericano y, por el otro, el modelo de sanción al abuso de posición dominante europeo.

El primero se caracteriza por sancionar el poder de mercado o el monopolio en sí mismo, y tiene naturaleza penal⁸²⁰. En este caso, el sistema interviene para disolver las estructuras monopolísticas aun cuando ellas sean benignas⁸²¹. Este "principio de prohibición" nació con la sanción de la *Sherman Act* en Estados Unidos en 1.890, consecuencia de una circunstancia material, como fue la creación y consolidación de la *Standard Oil Trust*⁸²². Aunque este

⁸²⁰ La sección 2 de la *Sherman Act* establece: "Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del tribunal".

⁸²¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, 2º ed. Heliasta, 2005, t. II, p. 177.

⁸²² "En Estados Unidos, luego del crecimiento de ciertas ramas industriales bajo la dirección de los que se conocieron como los capitanes de industria, comenzó la lucha por la eliminación y absorción de los competidores a través de distintos nexos orgánicos - fusiones, pactos y acuerdos de variada índole - Así, después de que en 1870 Rockefeller fundara la *Standard Oil Company*, que absorbió numerosas empresas del ramo petrolero, ya en 1879/1882, por iniciativa de su abogado Doll, creó el *Standard Oil Trust*, construido sobre la transferencia fiduciaria del dominio de otras empresas petroleras que eran administradas conjuntamente y respondiendo a una política común, pero por cuenta de cada uno de sus propietarios. Esto sumado a prácticas desleales, como las tarifas diferencialmente bajas que una filial de *Standard Oil*, la *Soth Improvement Co.* aplicaba a los transportes ferroviarios de petróleo hacia las refinerías controladas por el grupo, contravenía principios enraizados en el *Common Law* y sentidos por la comunidad, como la equidad y la libre competencia. Y ello determinó que en distintos estados comenzaran a dictarse fallos e, incluso dictarse leyes locales, procurando contener los abusos. A partir de 1890 el Estado Federal tomó el tema en sus manos y, en ese mismo año, dictó la conocida *Ley Sherman...*" (Manóvil, Rafael M., *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 80-81.) Como consecuencia de esta ley nacida por el proyecto del Senador Sherman del estado de Ohio (la cual fue aprobada con un solo voto en contra) se

rigor se moderó mediante la aplicación pretoriana de las *rules of reason*⁸²³. Pero luego la jurisprudencia norteamericana pareció retornar al criterio “*per se*”. En el caso “Alcoa” se juzgó que basta con probar la posición monopólica y no su intencionalidad o propósito, como lo sostenía la jurisprudencia anterior, siendo el acusado del monopolio quien deberá demostrar que no abusó de ese poder. Este giro parece mantenerse en la más reciente jurisprudencia, aunque con críticas en la doctrina⁸²⁴.

El segundo diseño, por el contrario, presenta como rasgo más saliente, el reproche civil al “abuso” que de la posición dominante o de dichas estructuras puedan hacerse. Puede decirse que tuvo su origen en una ordenanza alemana de 1923, y de allí se incorporó al Tratado de la Comunidad Europea (ex art 86 y 82 TCEE, actual art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸²⁵). Bajo esta tesitura, la posición de dominio sin abuso, como consecuencia del libre juego de la competencia y por merecimientos propios es lícita⁸²⁶.

La ley 27.442, al igual que sus dos predecesoras, siguieron el modelo europeo⁸²⁷. La decisión de política legislativa de adopción del sistema europeo deviene debatible y no parece haber sido objeto de la discusión suficiente.

disolvieron varios *trust* y las empresas buscaron otras formas de “asociarse” y muchas recurrieron a los *holdings*, incentivadas por las decisiones de la Corte Suprema (sobre todo en los casos “*U.S. vs. E.C. Knight*” y “*People vs North River Sugar Refining Co*” de los años 1895 y 1890 respectivamente.) y sobre todo, por la interpretación que se hizo en dichos pronunciamientos en los que se entendió que la Ley *Sherman* no se aplicaba a los *holdings* ni tampoco a la producción, sino sólo al comercio. Esto fue así por lo menos hasta comienzos del siglo XX cuando la Corte Norteamericana cambió su posición y disolvió *holdings* en los casos “*U.S. vs. Northern Securities Co...*” y en 1911 “*Standard Oil Company of New Jersey vs. United State*”. Como consecuencia de ello, en 1914 se dictó la Ley *Clayton*, que tipificó cuatro figuras como prácticas restrictivas de la competencia: discriminación en los precios, contratos de vinculación exclusiva, interlocking directorates, o sea vinculación a través de miembros comunes en los directorios y, en su artículo 7, la adquisición directa o indirecta de participación accionaria de una sociedad con actividad comercial en otra.

⁸²³ Pascual y Vicente, Julio, “El abuso de posición dominante”, en *RDM*, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, núm. 245, p. 1296.

⁸²⁴ Carbajales, Mariano O. y Marchesini, Dardo, *Teoría y Práctica de la defensa de la competencia*, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 2002, pp. 59-60.

⁸²⁵ “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

⁸²⁶ Así: Font Galán, Juan Ignacio, *La libre competencia en la Comunidad europea*, Bolonia, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pp. 247/248.

⁸²⁷ Christensen, Roberto, “La Nueva Ley de Monopolio”, en *Revista del Derecho Comercial*, 1980, Año 13, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 526

• CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE

La posición dominante es la situación económica y jurídica que le permite a una empresa conducirse en el mercado sin tener en consideración la conducta de sus competidores⁸²⁸. Esa “**independencia**” de comportamiento, como criterio, fue receptada por nuestra jurisprudencia⁸²⁹ y por la autoridad de aplicación⁸³⁰. El Tribunal de Justicia Europeo ha desarrollado originariamente ese concepto⁸³¹, y de allí se difundió.

La segunda característica de la posición dominante es la **innecesidad de una total exclusión de la competencia**. Efectivamente, en las primeras decisiones, el organismo comunitario, hizo hincapié en la “exclusión de la competencia” como requisito para que haya posición de dominio, lo cual puede observarse en las sentencias *Sirena* y *Deutsche Grammophon*⁸³². Este pensamiento primigenio, se vio atemperado en sentencias posteriores, hasta que se adopta el criterio actual, a través de los fallos *Hoffman La Roche* y *United Brands*⁸³³.

Los derechos nacionales europeos, lógicamente, siguen los lineamientos jurisprudenciales comunitarios⁸³⁴, los que revisten una particular gravitación habida cuenta la ausencia de conceptos legales de “posición dominante”, tanto en la regulación de la Unión Europea, como en las legislaciones nacionales. Vgr. la ley de defensa de la competencia de España

⁸²⁸ Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, t. 1, trad. Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi, Marta, Barcelona, ed. Bosch, 1998, p. 306. Ídem Briones, Juan y otros, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, ed. Marcial Pons, 1999, p. 156. Ídem Bellamy, Christopher y Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. Picañol Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, p. 508.

⁸²⁹ Cámara Nacional Penal Económico, Sala II, Julio 5-1983. ED, 107-459. Punto 163; de la misma sala: julio 5 - 983 --- Industrias Welbers, S. A.).

⁸³⁰ La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los siguientes pronunciamientos administrativos ha admitido el mismo criterio: “Asociación de Ayuda Mutua El Dorado c. Centro Médico Alto Paraná” (12/07/00), SADIT c. Massalin Particulares S.A. y otro (4/12/00); “A. Lafalla c. Juan A. Minetti S.A. (22/12/00), “Odima S.A. c. Repsol YPF (4/01/01).

⁸³¹ TJCE: “*United Brands* c. Comisión”, asunto 22/76, Rec. 1978, p. 286; “*Hoffmann-La Roche* (Vitaminas) c. Comisión”, asunto 85/76, Rec. 1979 p. 520; “*L' Oréal*”, asunto 31/80, Rec. 1980, p. 3793; “*Michelin* c. Comisión”, asunto 322/81, Rec. 1983, p. 3505; “*Bodson /Pompas Fúnebres*”, asunto 30/87, Rec. 1988, p. 2514; “*Alsatel/Novasam*”, asunto 247/86, Rec. 1988 p. 6008.

⁸³² TJUE: sentencias: “*Sirena*” del 18 de Febrero de 1.971; “*Deutsche Grammophon*” del 8 de Junio de 1971.

⁸³³ “No es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante” (Considerando 113 de la sentencia *United Brands*. Idem considerando 70 de la sentencia *Hoffmann-La Roche - Vitaminas*).

⁸³⁴ Ver Taján Guillermina, *El abuso de la posición dominante y el control de las concentraciones económicas*, en “Boletín Latinoamericano de Competencia n° 10”, Junio 2.001, p. 45; Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 22° ed. McGrawHill, 1999, t. 1, p. 120; Pascual y Vicente, Julio, “El abuso de posición dominante”, en *RDM*, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, Núm. 245, p. 1295. Idem: Tribunal de Defensa de la Competencia de España en su *Tecnocrón* del 3 de Febrero de 1992; “*Cofradía de Pescadores Nuestra Sra. del Carmen*” del 29 de Julio de 1993. Ídem Supremo Tribunal Español, resoluciones: “*Aluminios Navarra*” de 10 de Mayo de 1999; *Electra Avellana* de 7 de Julio de 1999; *Baccardí* del 30 de Septiembre de 1999; *Propiedad Intelectual Audiovisual* de 27 de Julio de 2000.

(Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.), en su artículo 2, se limita a definir los casos de “abuso”, mas no de posición dominante⁸³⁵.

Por el contrario, el art. 66.7 del TCECA⁸³⁶, antecedente del art. 82 TCE, junto con ciertas legislaciones nacionales, como las leyes alemanas, belgas y holandesas⁸³⁷, establecían definiciones legales de posición dominante.

Inversamente al régimen europeo actual, el sistema argentino conceptualiza legalmente posición dominante en los arts. 5 y 6 de la regulación vigente⁸³⁸, y no el abuso. Utiliza la técnica de la vieja ley española 110/1963 del 20 de Julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia⁸³⁹.

⁸³⁵ “1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. 3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”.

⁸³⁶ El art. 66.7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón disponía que mediaba posición dominante si: la empresa de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia tiene una posición que la sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común. El TCECA es el antecedente normativo y político del Tratado de la Comunidad Europea.

⁸³⁷ La ley alemana de 27 de Julio de 1957, en el art. 22.1, prescribía que una empresa está en posición dominante cuando: “*para un cierto género de productos o servicios comerciales o industriales no tiene competidores o no está expuesta a una competencia sustancial*”. En similar sentido, la ley belga de 27 de Mayo de 1960 y la francesa de 2 de Julio de 1963.

⁸³⁸ Art. 5°- “A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando 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 o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

Art. 6°- “A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder”.

⁸³⁹ La ley española de 20 de Julio de 1963 transcribía, casi en su totalidad, el texto de la antigua ley alemana, al decir en su art. 2.2. a): “*una empresa goza de posición de dominio 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) Que dos o más empresas gozan de posición de dominio, para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él*”.

- AMBITO SUBJETIVO

La base de la protección anticoncurrencial en la Unión Europea gira en torno a dos artículos de su Tratado marco: el ex artículo 81 (ex 85) que refiere específicamente a los acuerdos, decisiones y prácticas “concertadas” prohibidas y el ex artículo 82 (ex 86) que legisla las “posiciones de dominio” en el mercado, tanto unilateral como la conducta colectiva de varias empresas⁸⁴⁰. Si las empresas no gozan de una independencia patrimonial que permita hablar de una existencia económica separada -de dichas empresas- no sería aplicable el ex artículo 81, ya que el supuesto fáctico contenido en la norma exige para su aplicación concreta una “pluralidad de partes”⁸⁴¹.

De lo dicho, puede anticiparse una importante diferencia con el sistema argentino (que entendemos puede ser consecuencia de una inconsistencia del legislador), en tanto permite que los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la ley 27.442 puedan ser consumados por empresas individuales, confundándose estas hipótesis con los abusos de posición dominante.

En cuanto a la **legitimación**, la inclusión de la figura del abuso de posición dominante, en el CCyC amplía esa legitimación, porque debe interpretarse el art. 11 en sincronía con el art. 1096, con lo que cualquier “expuesto” puede reclamar el cese o la indemnización, según sostiene Fulvio Santarelli en su obra “Contrato y Mercado”.

- INTERES ECONOMICO GENERAL

Una trascendental particularidad de la legislación argentina surge del condicionamiento que efectúa el derecho argentino -del abuso de posición dominante- al cumplimiento de la condición establecida en el artículo 1 de la ley 27.442, esto es, que se encuentre en interés económico general. La introducción del concepto de “interés económico general” en la ley 22.262 y mantenido por la ley 25.156 y 27442 no constituye un aporte beneficioso para el desarrollo del instituto del abuso de posición dominante, sino que de *lege ferenda* debería suprimirse, y de *lege lata* debería interpretárselo restrictivamente, de modo que, como acontece con el art. 2, en el supuesto de abuso de posición dominante se lo presuma, al menos *iuris tantum*.

⁸⁴⁰ La posición dominante colectiva es aceptada en Sentencia del Tribunal europeo de fecha 31 de Marzo de 1998 (Asuntos: C-68/94 y C39/95 Rec. 1998, Pág. I-1375).

⁸⁴¹ Al respecto dice el maestro Cabanellas: “Si las empresas participantes destinan la totalidad de sus activos a la inversión conjunta, pierden su independencia, resultando, por lo tanto, inaplicable, conforme a la Comisión de las Comunidades Europeas, el artículo 85 (actual artículo 81) del Tratado de Roma, el cual requeriría, conforme a dicho organismo, una pluralidad de partes que mantenga su existencia económica separada para que el citado artículo resulte aplicable; estrictamente, no hay en este caso una empresa conjunta, sino una fusión u otra forma económicamente similar de concentración societaria. Si, al contrario la inversión conjunta supone únicamente la utilización de una parte de los activos de las firmas participantes, resulta en principio sujeta a las normas incluidas en el citado artículo.” (Cabanellas, Guillermo (h) y Hewko, John P, *Las empresas conjuntas y la legislación de defensa de la competencia*, en “Revista de Derecho Comercial”, Año 19, Buenos Aires, ed. Depalma, 1986, p. 686).

• MERCADO RELEVANTE

La adecuada determinación del mercado relevante es la operación más importante para el correcto juzgamiento de la posición de dominio. Se entiende por mercado relevante cuando: *“un grupo o grupos de productos y un área geográfica en la cual el mismo se produce o se vende tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios... y que sea el único proveedor presente y futuro en el área en cuestión, halle beneficios imponer un incremento de precios pequeño pero significativo, y no transitorio”*⁸⁴².

A los fines de un primer examen del mercado, se tendrán en cuenta una diversidad de factores: *“el poder financiero de la empresa, las facilidades de éstas para acceder al mercado internacional de capitales y materias primas, su tecnología (patentes y Know how), el número y dimensiones de las empresas competidoras, la relación precio-costes en la empresa en cuestión, la elasticidad de los precios en la demanda, el poder de fijar los precios u otras condiciones económicas con plena libertad y autonomía”*⁸⁴³. A ello se puede añadir: *“...las condiciones de entrada al mercado en cuestión, la diferenciación de los productos,... la proporción de costos fijos y costos variables en el corto plazo...”*⁸⁴⁴, sustitución desde la oferta⁸⁴⁵, nivel de concentración sobre todo horizontal⁸⁴⁶, entre otros.

⁸⁴² Concepto tomado de las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos -1992- (Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, ed Ciudad, 2003, Buenos Aires - Madrid, p. 69). En igual sentido una definición similar de mercado relevante encontramos en la Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia (Lineamientos para el control de concentraciones económicas, capítulo 2). En un sentido más sencillo y con una orientación más funcional para entender la relación entre “mercado relevante” y “posición dominante” se ha definido al primero como: *“El espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en cuestión en relación con sus competidores”* (Martínez Medrano, Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, ed. LexisNexis Depalma, 2002, p. 123).

⁸⁴³ Los índices tomados son de Dubois y Gómez Segade (textos extraído de Font Galán, Juan Ignacio, *La libre competencia en la Comunidad europea*, Bolonia, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 267).

⁸⁴⁴ Vera Leonardo y Mires David, “Política de Competencia: una visión panorámica”, p. 4 (citados por Martínez Medrano, Gabriel A. y Socasse, Gabriela, *El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, ed. LexisNexis, 03/07/2002, (JA 2002-III, fascículo n. 1, p. 27).

⁸⁴⁵ En este caso la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha establecido cuáles son los indicadores que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar productos sustitutivos importados: *“...aranceles aduaneros, costos de transporte, regulaciones que implican estándares de calidad, problemas logísticos o de distribución, problemas de obtención de repuestos o servicios postventa, leyes de propiedad intelectual, leyes de «compre nacional», incertidumbres sobre fluctuaciones del tipo de cambio, contratos de licencia o franquicia y en general cualquier característica del mercado interno que desincentive las importaciones.”* Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en los “Lineamientos para el control de concentraciones económicas”, 1999. p. 24. www.cndc.gov.ar

⁸⁴⁶ *“En efecto, las concentraciones horizontales, en tanto provocan una educción del número de competidores en un mercado determinado, son las que presentan mayores riesgos para la competencia y generan, consecuentemente, mayor preocupación para las autoridades de defensa de la competencia. (Quevedo, María V. G., “Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, ed. Depalma, 2000, p. 273 y siguientes).*

El art. 6 de la ley 27.442 prescribe tres criterios que las autoridades deben seguir a los fines de determinar la estructura del mercado: a) *El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma*⁸⁴⁷; b) *el grado en que las restricciones normativas*⁸⁴⁸ *limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;* c) *el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder*⁸⁴⁹.

Aunque no es exclusiva, la más importante forma de determinar la existencia de posición dominante en un mercado relevante es analizar la “**cuota de mercado**”, para lo que se deben tener en cuenta las **ventas realizadas** y no la capacidad de producción⁸⁵⁰. En la Decisión *Nestlé/Perrier*, la Comisión Europea consideró como más conveniente el concepto “**valor de venta**” que el criterio “volumen de venta”, porque expresa mejor el “poder real” de la empresa respecto del mercado. Pero se ha utilizado el criterio del volumen en ciertas ocasiones, cuando las circunstancias del caso lo recomienda, como en el asunto *France/Sabena* donde se tomó en consideración el número de pasajeros transportados anualmente en cada línea y no la facturación de las compañías; y con igual criterio en *Thomson/Fritidresor* y en *Accor/Wagons-Lits* donde se tuvo en consideración el número de habitaciones de hotel.

La jurisprudencia europea ha llegado a presumir la existencia de posiciones dominantes, a partir de cuotas de un 40 por ciento⁸⁵¹ y en otras cuando ha superado el 50⁸⁵². También dependerá del mantenimiento en el tiempo⁸⁵³ y el grado de permanencia de la franja competidora⁸⁵⁴. Con menos de

⁸⁴⁷ Mediante el criterio denominado SSNIP

⁸⁴⁸ “... las habilitaciones municipales, los derechos de patentes, los títulos universitarios habilitantes, las leyes de compra nacional en cuanto a empresas extranjeras, las concesiones o licencias administrativas para explotar...” (Martínez Medrano, Gabriel A. y Socasse, Gabriela, *El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, ed. LexisNexis, 03/07/2002, (JA 2002-III, fascículo n. 1, p. 30).

⁸⁴⁹ Para lo que dependerá las características del mercado.

⁸⁵⁰ Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, Barcelona, ed. Bosch, 1998, t. I, p. 309.

⁸⁵¹ TJUE, “*United Brands*”, asunto 27/76 Rec., 1978, p. 207. En *United Brands*, en realidad, se dijo que la cuota de mercado de entre 40 y 45 por ciento del mercado “... no permite la conclusión de que UBC controle automáticamente el mercado...” La prueba de la fuerza preponderante de *United Brands* provino de la relación de ésta con sus competidores.

⁸⁵² En el caso *Akzo Chemie c. Comisión*, asunto C-62/86, Rec., 1991, p. 3359.

⁸⁵³ Briones, Juan y otros, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, ed. Marcial Pons, 1999, p. 162.

⁸⁵⁴ La constante entrada y salida de competidores, es un elemento que le permite a una empresa «domesticar» más fácilmente el mercado. Ver Informe de Política de Competencia de 1991, Anexo III, p. 395.

esos porcentajes, no puede descartarse que no haya posición dominante⁸⁵⁵, solo que dependerá de otros elementos.

Si existe una conclusión que puede sacarse de este estudio, es que los porcentajes son **relativos**⁸⁵⁶, y dependen de otros factores, pero parecería que una cuota mayor al 50 por ciento, puede ser considerado como significativo a los fines de la posición dominante, al menos para establecer una presunción *iuris tantum*. A su vez, un porcentaje superior al 90 %, podría ser considerado como una *presunción iuris et de iure*. Menos del 20% no constituye una posición dominante. Y una cuota de mercado entre 20 y 50% requiere de importante prueba complementaria⁸⁵⁷.

Otros factores a tomar en cuenta a la hora de determinar la cuota de mercado pueden ser los siguientes:

⁸⁵⁵ La Comisión Europea en el Décimo Informe sobre Política de competencia ha dejado abierta la posibilidad de que una posición dominante se constituya con una cuota de entre 20 y 40 por ciento (1981) punto 150, y en igual sentido en el Noveno informe (1980) punto 22.

⁸⁵⁶ Resulta muy interesante hacer una ampliación de la casuística efectuada *ut supra*, tomando algunos fallos del tribunal, en relación con los criterios para determinar la posición dominante en el mercado basado en el criterio de la cuota de mercado, sobre todo atendiendo al porcentaje que tienen las empresas analizadas y su relación con otros factores determinantes. Por ejemplo en sentencia Hoffmann La Roche (vitaminas) considerando 56, y con anterioridad, pero menos explícitamente Suiker Unie del 16 de Diciembre de 1975 considerandos 379 a 382 y 452 a 457 se establece que las empresas tienen posición dominante cuando alcanzan o superan el 80 %. En otro caso el Tribunal ha dicho que cuando las cuotas se sitúan entre el 40% y 50%, se procederá a tomar en consideración otros factores como ser número y talla de las empresas competidoras. También ha dicho en otro supuesto que cuando más numerosos, más débiles y de menores dimensiones sean los competidores, menos importante debe ser la cuota de mercado de una empresa para que sea considerada que detiene una posición dominante. (Sentencias United Brands, considerandos 40 a 112, sentencia Hoffmann La Roche (vitaminas) considerando 48. Es muy ejemplificador el caso del análisis realizados sobre ciertos productos, lo que marcan la relatividad de los porcentuales. Así en Sentencia Hoffmann -La Roche (vitaminas) considerando 51 y 58 - Con una cuota del 47% del mercado de las vitaminas A, Hoffmann La Roche tenía posición dominante, al ser esta cuota igual a la de la suma de las de sus dos principales competidores. En cambio, una cuota del cincuenta y uno por ciento del mercado de las vitaminas B 3 no se consideró suficiente, al poseer un competidor al treinta por ciento de ese mercado. Sentencia United Brands, considerandos 40-112: Con una cuota de mercado del 40-45%, ostentaba una posición dominante, al ser esta cuota muy superior a la de su competidor mejor situado, y confirmar otros factores que le permitía actuar con independencia respecto de sus competidores. En el caso fallado de sentencia AKZO III considerando 60 (a diferencia de los casos United Brands y Hoffmann-La Roche (vitaminas) el Tribunal adopta un criterio puramente cuantitativo: una cuota del mercado del cincuenta por ciento constituye por sí misma y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. En cambio, en sentencias Alcatel/AEG Kabel de 18 de Diciembre de 1991 y Mannesmann/Hoesch de 12 de Noviembre de 1992: Contrario al caso AKZO III; la Comisión en la aplicación de decreto 4064/89 ha sostenido que el solo hecho de tener el 50% del mercado no presupone posición dominante. Distinto es el supuesto de Tetra Pak sentencia 6 de Octubre de 1994 considerando 109. Durante más de 15 años, había ostentado el 90% de la cuota del mercado. Y tiene dicho el tribunal en sentencia Metro c. SABA I de 25 de Octubre de 1977, considerando 17: que una cuota del mercado del 10% excluye, salvo circunstancias particulares, la existencia de posición dominante.

⁸⁵⁷ Braakman, August J., Aplicación de los Artículos 85 & 86 del Tratado Ce por las Jurisdicciones Nacionales de los Estados Miembros, Informe de la Dirección General IV - competencia de la Comisión Europea, de Julio de 1997, p. 171.

- i. por la participación de una empresa sobre las que ostentan derechos de control⁸⁵⁸,
- ii. cuando el fabricante distribuye sus productos a través de cadenas de distribución propias e independientes⁸⁵⁹,
- iii. consideración de las cuotas correspondientes a las marcas blancas⁸⁶⁰,
- iv. productos destinados al autoconsumo de las empresas que se concentran⁸⁶¹,

Por su parte, la incidencia del factor temporal, en el elemento cuota de mercado para determinar una posición dominante se puede observar con toda nitidez, en el caso *Rhone Poulenc Rorer/Fisons*, donde la Comisión Europea, a pesar de que las demandadas poseían una cuota de entre 55-65 por ciento del mercado, no se consideró que las mismas estaban en posición dominante, ya que dichas empresas habían perdido un 10 por ciento del mercado en los últimos dos años, y sus competidores se habían reforzado en ese período⁸⁶².

Aun cuando los criterios cuantitativos solo tienen un valor relativo, en un sistema embrionario como el nuestro, pueden ser de utilidad al menos en una primera etapa de consolidación científica de la temática, por lo que estimamos equivocada la última reforma en la total ausencia de referencia a ellos. Podría haberse reglado que una cuota de mercado de más de un 50 por ciento implica una presunción *iuris tantum* de posición dominante en el mercado de referencia, siempre que la franja de competencia tenga por lo menos tres competidores y un período de 5 años⁸⁶³. Esa presunción se invierte con una participación en el mercado de menos del 20%. Y sería *iuris et de iure* si el porcentaje es de 90%.

- BARRERAS DE ENTRADA

Existen diversas causas de las barreras de entradas, algunas de índole legislativa o reglamentaria y otras económicas.

⁸⁵⁸ Al respecto pueden verse los siguientes asuntos europeos *Texaco/Norsk Hydro* decisión de 9-1-1995; *Fortis/CGER* decisión de 15-11-1992; *UAP/Vinci* decisión de 1-12-1996; *Varta/Bosch* decisión de 31-7-1991, entre otros casos.

⁸⁵⁹ En esta inteligencia, puede confrontarse con las decisiones de la Comisión en *Ciba-Geygi/Sandoz* decisión de 17-7-1996; *Kesho/Tuko* decisión de 20-11-1996, entre otros.

⁸⁶⁰ La Comisión ha considerado este criterio en el asunto *Unilever France/Ortiz Miko* decisión de 15-3-1994 y en *BSN/Euralin* decisión de 7-6-1994; y especialmente *Kimberley-Clark/Scott* decisión de 16-1-1996 y *McCormick/CPC/Rabobank/Ostermann* decisión de 29-10-1993.

⁸⁶¹ Por ejemplo *Cable & Wireless/Schlumberger* decisión de 21-11-1994; *Rhone-Poulenc/SNIA/Nordfaser* decisión de 3-2-1994; *Solvay-Laporte/Interlox* decisión de 30-4-1992, entre otros.

⁸⁶² Comisión Europea en *Rhone Poulenc Rorer/Fisons* decisión de 21-9-1996, asunto IV/M. 632

⁸⁶³ Así lo dice la doctrina: "la posesión de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la ostenta en una situación de fuerza si la misma no tiene un carácter duradero" (Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, Barcelona, ed. Bosch, 1998, t. I, p. 311) en cita de la sentencia Hoffmann-La Roche (vitaminas) considerando 41.

Dentro de las primeras, es dable mencionar⁸⁶⁴:

- Economías de escala.
- Diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado⁸⁶⁵).
- Necesidades de capital.
- Costos cambiantes (implica el costo que tiene el comprador para cambiar el producto que está consumiendo por el producto que ofrecerá el nuevo competidor).
 - Acceso a los canales de distribución (por ejemplo el limitado espacio físico en la góndola del supermercado).
 - Desventajas de costos independientes de las economías de escala: tecnologías de productos patentados, acceso preferencial a materias primas, ubicación favorable, curva de aprendizaje o experiencia.
 - Política gubernamental (restricciones gubernamentales para el acceso al mercado: por ejemplo las concesiones para establecer líneas de transporte público de pasajeros).

A su turno, pueden constituir barreras de entrada al mercado, por razones reglamentarias:

- cuotas de producción⁸⁶⁶,
- cuotas a la importación⁸⁶⁷,
- tarifas y regímenes fiscales⁸⁶⁸,
- intervención administrativa en determinados sectores⁸⁶⁹,
- gravámenes a la importación y prácticas *antidumping*⁸⁷⁰,
- decisiones referidas al medio ambiente, exigencia de autorizaciones o concesiones en determinadas actividades⁸⁷¹

⁸⁶⁴ Según Porter, M., *Estrategia Competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, 2000, México, ed. Cía. Editorial Continental, (citado por Martínez Medrano, Gabriel A. y Socasse, Gabriela, *El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, ed. LexisNexis, 03/07/2002, (JA 2002-III, fascículo n. 1, p. 28-29).

⁸⁶⁵ En *Nestlé/Perrier* de fecha 22 de Julio de 1992, la Comisión consideró que la «notoriedad de las marcas» de los tres productos franceses constituía un obstáculo al acceso de nuevas empresas.

⁸⁶⁶ Ver *Eridania/ISI* decisión de 30-7-1991 de la Comisión Europea.

⁸⁶⁷ Ver *Elf/BC/Cepsa* decisión de 18-6-1991, de la Comisión Europea.

⁸⁶⁸ Ver *Orkla/Vvolvo* decisión de 20-9-1995, de la Comisión Europea.

⁸⁶⁹ Ver en materia de telecomunicaciones la decisión de la Comisión Europea en *GTS-Hermes Inc/HIT Rail BV* decisión de 5-3-1996, asunto IV/M.683.

⁸⁷⁰ Ver *Saint Ggobain/Wacker-Chemie/NOM* decisión de 4-12-1996

- ciertas especificaciones técnicas⁸⁷².

En rigor, la **integración vertical** no tiene influencia directa en la caracterización de una empresa como ostentadora de una posición dominante; en cambio, sí tiene una influencia indirecta en ello en la medida que constituya una barrera a la entrada de empresas nuevas al mercado. Así lo entendió la jurisprudencia europea en reiteradas oportunidades⁸⁷³.

En una clara ilustración de lo sostenido, Baden Fuller decía: “...el hecho de que el fabricante de trampas de ratones de madera posea un bosque refuerza su poder de mercado si existen dificultades para procurarse madera en el mercado”⁸⁷⁴.

- TIPOS DE ABUSO

Hay dos tipos de abuso: el anticompetitivo y el explotativo. El primero es aquel que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o bien impedir la entrada de un nuevo operador, o al menos dificultarla. El segundo constituye una agresión a los intereses de los proveedores, los clientes y los consumidores⁸⁷⁵.

Uno de los criterios escogidos para poder determinar el abuso de una posición dominante ha sido el de la «proporcionalidad». Diversas sentencias han utilizado o mencionado este parámetro: *BRT c. SABAM*⁸⁷⁶, *Suiker Unie*⁸⁷⁷ y *United Brands*⁸⁷⁸.

Este criterio -de la proporcionalidad- es mucho más efectivo en el caso del abuso-vertical (abuso-explotación), que en el abuso-horizontal (abuso-monopolización). En este caso, funciona mejor el criterio de las “prestaciones”, en el que habrá que determinar si la conducta tiene por fin obstaculizar la

⁸⁷¹ *Accor/Wagons-Lits* decisión de 28-4-1992 DOCE 1992 L 204/1 donde se determinó que la concesión previa necesaria para explotar los peajes de la carretera constituía una barrera de entrada.

⁸⁷² Briones, Juan y otros, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, ed. Marcial Pons, 1999, p. 256-257

⁸⁷³ Entre otras de la CE: *Viag/EB Bruhl*, decisión de 19-12-1991; *ICI/Tioxide* decisión de 22-11-1991, *Metallgesellschaft/Feldmuhle* decisión de 23-9-1991.

⁸⁷⁴ Baden Fuller, C.W.F., *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, en “ELR”, 1979, p. 423 (Citado por Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, Barcelona, ed. Bosch, 1998, t. I, p. 314).

⁸⁷⁵ Vítolo, Daniel Roque, *Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones extranjeras*, Buenos Aires, ed. Ad-Hoc, 2003, p. 322.

⁸⁷⁶ En esta sentencia de fecha 27 de Marzo de 1974, el Tribunal de Justicia Europeo: “afirmó que las cláusulas de los contratos entre una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y sus miembros eran abusivas cuando restringían la libertad de los miembros más de lo que exigía una gestión eficaz de sus derechos”.

⁸⁷⁷ En esta sentencia: “...condena el hecho de que una empresa dominante imponga a sus representantes comerciales una cláusula de no competencia de un alcance que «va más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica y económica de que se trata”.

⁸⁷⁸ El tribunal de Justicia Europeo en este fallo: “ha reconocido que la búsqueda de una política de calidad, en especial mediante la selección de los revendedores, es legítima si no establece obstáculos cuyo resultado supere el objetivo a alcanzar”.

competencia actual o potencial, sin reposar en prestaciones de calidad superior (criterios de las prestaciones pero valorando si las mismas son para la empresa valoradas *per se* o como medio de obstáculo a la competencia).

- CASUÍSTICA DE FORMAS DE ABUSO

Siguiendo en este tema la más prestigiosa doctrina europea⁸⁷⁹, podemos enumerar los siguientes casos de abusos de posición dominante:

En las relaciones verticales, se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

- La imposición de precios excesivos a la clientela (*General Motors Continental, United Brands, British Leyland, Ashmed Saeed*).
- La imposición de condiciones no equitativas a la clientela (*Tetra Pak II*).
- La discriminación de los usuarios en función de su nacionalidad o la residencia (*GEMA y GVL*).
- La negativa de vender a un cliente existente (*Comercial Solvents, United Brands, ABG, Hugin, BBI/BOOSEY & HAWKES*).
- La decisión de no producir más piezas de un determinado modelo de vehículo cuando todavía circulaban numerosos vehículos de ese modelo (*CICRA/Renault, Volvo/Veng*).
- El hecho de imponer precios o condiciones diferentes a compradores que se encuentran en una situación equivalente, imponiéndoles así una desventaja en la competencia (*Hoffmann-La Roche, United Brands, Michelin*).
- La compartimentación de los mercados (*Industria Europea de Azúcar, United Brands*).
- Las presiones sobre los clientes para obligarles a sumarse a la política comercial deseada por la empresa dominante (*Industria Europea de Azúcar, United Brands*).

En las relaciones horizontales se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

- La negativa a admitir el acceso a un competidor a una instalación esencial, es decir, a una instalación o infraestructura sin la cual los competidores no pueden ofrecer sus servicios (*Sstena/Sealink, Puerto de Realby y Sea Containers/Sealink*).
- La negativa a entregar un insumo a una empresa que es competidora en el mercado del producto derivado a un precio que no reserva a ésta un margen suficiente de transformación, «efecto tijeras» (*British Sugar*).
- El hecho de subordinar el suministro de un producto o servicio a la aceptación de otro producto o servicio que no tiene ningún nexo con el primero, «práctica de vinculación» (*Hilti, London European/SABENA, Tetar Pak II*).

⁸⁷⁹ Waelbroeck, M. y Frignani, A, *Derecho Europeo de la Competencia*, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, Barcelona, ed. Bosch, 1998, t. I, p. 365

- El hecho de vincular a los compradores mediante compromisos de exclusividad, la concesión de descuentos de fidelidad o de lealtad o de bonificación por objetivos (*Industria Europea de Azúcar, Hoffmann la Roche, Michelin, British Sugar, BPB Industries, CEWAL, COWAC, UKWAL*).
- La venta a precios inferiores al coste con el fin de eliminar a un competidor (*ECS/AKZO, Tetra Pak II*).
- La adquisición de una licencia sobre un procedimiento de fabricación con el fin de impedir o retrasar el acceso al mercado de un competidor (*Tetra Pak II*).
- La negativa de una compañía aérea a retomar los horarios de un competidor en un sistema de reservas informatizado (*London European/SABENA*) o a celebrar un acuerdo de combinación de pasajes con un competidor (*British Midlands v. Aer. Lingus*).
- El hecho de imponer la celebración de acuerdos de reparto de mercados a nuevos competidores en el mercado con el fin de limitar su penetración en éste (*Racal-Decca*).
- La negativa, en determinadas circunstancias excepcionales, de conceder una licencia de derecho de propiedad intelectual (*Magill*).

Otra enunciación de actos abusivos realiza, *Bellamy y Child*⁸⁸⁰. Estos autores, distinguen entre abusos anticompetitivos y explotación desleal

Entre los casos de abusos anticompetitivos podemos citar los siguientes:

- “*Negativa de suministro*”: Por ejemplo en el caso *Polaroid/SSI*. Esto es así, porque una empresa en posición dominante debe demostrar una justificación objetiva a su negación de suministro. En diversos fallos se hizo referencia a este caso⁸⁸¹.

- “*Precios Ruinosos*”: generalmente se caracteriza por conductas de: i) rebajas selectivas de precios, ii) nivel de precios no rentable o escasamente rentable, iii) políticas de precios dirigida a un competidor específico. El caso *AKZO c. Comisión* es un ejemplo de este caso⁸⁸².

- “*Primas de fidelidad y prácticas similares*”. Es el caso de rebajas especiales o descuentos a cambio de asegurarse la totalidad de pedidos o excluir a terceros. Los tantas veces mencionados casos *Hoffman La Roche y Michelin* son algunos ejemplos de ello; aunque el primer caso donde se hizo aplicación de estos principios fue *Suiker Unie c. Comisión*⁸⁸³.

- “*Discriminación de precios*”. Es sencillamente tratar casos iguales de manera distinta, siempre que no haya una razón objetiva y económica para la diferencia. En *United Brands* –antes citado– el Tribunal Europeo de Justicia se expidió al respecto.

⁸⁸⁰ Ver Bellamy, Christopher y Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. Picañol, Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, p. 533-556.

⁸⁸¹ Por ejemplo puede verse *Comercial Solvens, United Brands, Hugin y Telemarketing*.

⁸⁸² DOCE 1985 L 374/1

⁸⁸³ (1975) Rep. 1663,2003.

- "*Otras condiciones anticompetitivas*". Se puede enunciar como tales: imponer condiciones anticompetitivas a sus clientes, restricción a las exportaciones, restringir las importaciones, restricciones en la reventa de productos, o subordinaciones ilegales⁸⁸⁴.

- "*Concentraciones de empresas*"

Por otro lado, nos encontramos, según los autores citados⁸⁸⁵ con el segundo grupo de clases de abusos, que viene dado por la explotación desleal. Ejemplos de ello son:

- "*Precios y condiciones desleales*". Según las circunstancias, precios demasiado bajos, pueden constituir una práctica anticompetitiva, pero precios demasiado altos puede constituir un caso de explotación. Así lo estableció la Comisión en varias oportunidades, pero debemos destacar *General Motors y United Brands*. La forma de determinar los precios demasiado altos no es difícil y proviene de considerar elementos como costos y precios por productos similares, en iguales o distintos mercados.

- "*Discriminación*". Un caso típico de ello es *GEMA*⁸⁸⁶ donde se diferencia entre nacionales y extranjeros.

- "*Abusos de derecho de propiedad industrial e intelectual*".

- "*Vida fácil*". Este es un llamativo ejemplo, traído por Bellamy y Child, que se refiere a los casos de ineficiencia, pereza, falta de dirección o negligencia voluntaria como forma de abuso⁸⁸⁷.

Finalmente, debemos destacar que en el derecho argentino, si bien el art. 5 de la ley 27.442 no cuenta con una enunciación de actos abusivos como el derecho europeo, los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la Ley de Defensa de Competencia argentina constituyen potenciales casos de abuso de posición dominante.

• DEPENDENCIA ECONÓMICA o TEORÍA DEL CONTRATANTE OBLIGATORIO

Preliminarmente, cabe precisar la diferencia conceptual entre posición dominante y dependencia económica. La primera responde al cuadro macroeconómico, a una noción de "hegemonía estructural", mientras que "dependencia económica" es más propia de la "debilidad contractual", del "monopolio relacional", o sea de un aspecto microeconómico. Francesca Angiolini distingue que, en el primer caso, hay necesariamente ilícito concurrencial; no así en el segundo. Los casos de confusión se darían, sobre todo, en los supuestos de abuso de posición dominante vertical.

En España, la ley 16/1989 del 17 de Julio de Defensa de la Competencia establecía en su art. 6 la reglamentación legal de la posición

⁸⁸⁴ Un buen ejemplo de esto último es *Eurofix-Bauco/Hilti*, DOCE 1988 L 65/19.

⁸⁸⁵ Bellamy, Christopher y Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. Picañol, Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, p. 550.

⁸⁸⁶ DOCE 1971 I 134/15

⁸⁸⁷ Bellamy, Christopher y Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. Picañol, Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, p. 554.

dominante. Dicha norma fue modificada por la ley 52/1999 de 28 de Diciembre. La modificación legislativa de mayor importancia fue la incorporación de la "explotación abusiva de la situación de dependencia" tomada de la ley 3/1991 de 10 de Enero de Competencia Desleal. Así el apartado 1 del art. 6 quedó redactado de la siguiente manera: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares".

El art. 6 (en su apartado 2) después de la reforma de la ley 52/1999 establecía siete supuestos de abuso⁸⁸⁸. Cinco de ellos ya estaban incluidos en el texto de la ley 16/1989; y de esos cinco supuestos, cuatro (a, b, c y e) respondían al texto del ex artículo 82 (86) TCEE. La ley 16/1989 había introducido un supuesto más (inciso d). La ley 52/1999 había aumentado dos supuestos más (incisos f y g).

Este dispositivo del derecho nacional español que incluía la "dependencia económica" como causal de posición dominante fue derogado por la reforma introducida mediante la **Ley 15/2007**. El principal fundamento de la derogación de esta causal específica de abuso de posición dominante (dependencia económica) fue la consideración, por parte de la doctrina española, de que dicha situación constituía -en realidad- un supuesto de competencia desleal y no de protección de la libre competencia, por lo que se la excluyó de la segunda, permaneciendo la "dependencia económica" ya no

⁸⁸⁸ "El abuso podrá consistir en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas.
- b) La limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores .
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios .
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de los contratos
- f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.
- g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas."

Los últimos dos casos, más semejantes a hipótesis de dependencia económica que de posición dominante.

como modalidad de abuso de posición dominante, sino como un antecedente a tener en cuenta por el Derecho de la competencia desleal. Actualmente, la norma vigente ha mantenido la originaria redacción del art. 6 (ahora el art. 2); suprimiendo, además del caso de abuso de posición dominante por dependencia económica, los dos últimos incisos de la norma antes transcrita (incisos f y g), que respondían también a la lógica de la teoría del contratante obligatorio.

Más allá de la desaparición legal de la figura, deviene relevante analizar teóricamente la vinculación de la “dependencia económica” con el “abuso de posición dominante”. Se ha definido la dependencia, a los fines concurrenciales generales, como: “*el vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el contratante obligatorio de la otra*”⁸⁸⁹.

La Comisión Europea ha recurrido en varias oportunidades al concepto de dependencia económica, por ejemplo en *General Motors*⁸⁹⁰; mientras que el Tribunal de Justicia, lo hizo pero con mayores reservas, por ejemplo en *Metro-SABA 1*⁸⁹¹.

Al igual que en España, en Argentina ahora se regula la dependencia económica como supuesto de competencia desleal en el art. 10.d del Decreto

⁸⁸⁹ Pascual y Vicente, Julio, “El abuso de posición dominante”, en *RDM*, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, Núm. 245, p. 1318.

⁸⁹⁰ “En la decisión *General Motors* de 19 de Diciembre de 1974, la Comisión estimó que la empresa en cuestión ocupaba una posición dominante en la medida en que todo importador paralelo de un vehículo General Motors en Bélgica estaba legalmente obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que tal vehículo pudiera circular por la red de carreteras belgas”. Con idéntico criterio la Comisión tiene dicho en el asunto *Hugin/Lipton* de 8 de Diciembre de 1977 donde ha declarado que “*Hugin* ostentaba una posición dominante en sus relaciones con las empresas especializadas en el mantenimiento y la reparación de sus máquinas, al no disponer tales empresas de otra fuente de abastecimiento de piezas de recambio destinadas a esas empresas que la propia *Hugin*”. Por último, “en la decisión *Magill TV Guide* de 21 de Diciembre de 1988, la Comisión estima que la situación de dependencia económica existente entre las empresas deseosas de publicar guías de programación televisada y las organizaciones de televisión confería a cada una de estas últimas una posición dominante respecto a los editores de guías”.

⁸⁹¹ “En el asunto *Metro-SABA 1*, el Tribunal de Justicia desestimó el argumento según el cual la calidad de los productos SABA creaba una situación de «dependencia respecto al surtido», en la medida en que se incitaba a los distribuidores a incluir estos productos en su gama. A juicio del Tribunal, no se trata de un «elemento susceptible de permitir al productor actuar, en gran medida, sin necesidad de tener en cuenta la actitud de sus competidores, y en consecuencia de garantizarle una posición dominante» sino de un «instrumento de competencia entre otros». En esta decisión de fecha 23 de Julio de 1976, debe tenerse en cuenta que la empresa SABA sólo poseía el diez por ciento del mercado en nivel de los consumidores finales... En este caso concreto el Tribunal de Justicia buscaba determinar si SABA ostentaba una posición dominante en sus relaciones con sus distribuidores debido a la reputación adquirida por sus productos ante los consumidores.

274/2019⁸⁹². La norma es idéntica al art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal española⁸⁹³.

En Italia, en igual sentido, el abuso de dependencia económica no requiere evaluar la posición del abusador en el mercado. En este último caso, la regulación sigue el modelo comunitario (art. 3º, ley 287⁸⁹⁴). En cambio, en aquel bastará que una empresa obtenga, en su relación con la otra, de un “excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones” (art. 9º de la ley 192⁸⁹⁵), hipótesis reglada en una norma de subcontratación en actividades productivas.

⁸⁹² “d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

⁸⁹³ Nacida en norma alemana de 1957, pasó también a Francia, Portugal, Italia.

⁸⁹⁴ “1. Se prohíbe el abuso por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado nacional o en una parte relevante del mismo, y también está prohibido:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones contractuales injustificadamente gravosas;
- b) evitar o limitar la producción, los mercados o accesos, el desarrollo técnico o el progreso tecnológico, en detrimento de los consumidores;
- c) aplicar condiciones objetivamente diferentes a transacciones equivalentes para transacciones comerciales con otros contratistas, a fin de determinar para ellos desventajas injustificadas en la competencia;
- d) subordinar la celebración de los contratos a la aceptación por parte de los demás contratistas de servicios adicionales que, por su naturaleza y según los usos comerciales, no tienen conexión con el objeto de los contratos en sí”.

⁸⁹⁵ 9. Abuso de dependencia económica.

I. 1. El abuso por parte de una o más empresas del estado de dependencia económica en el que, en sus respectivas, en un respecto o en su caso, se prohíbe una empresa cliente o proveedor. La situación económica en la que una empresa puede determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones se considera una dependencia económica. La dependencia económica se evalúa también teniendo en cuenta la posibilidad real de que la parte que ha sufrido el abuso encuentre alternativas satisfactorias en el mercado.

II. 2. El abuso también puede consistir en la negativa a vender o en la negativa a comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificablemente gravosas o discriminatorias, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en curso.

III. 3. El pacto a través del cual se realiza el abuso de la dependencia económica es nulo. El juez ordinario competente conoce acciones en materia de abuso de dependencia económica, incluidas las inhibitorias y de indemnización por daños (*).

IV. 3-bis. Sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 3 de la ley de 10 de octubre de 1990, n. 287, la Autoridad Antimonopolio puede, si considera que un abuso de dependencia económica tiene relevancia para la protección de la competencia y el mercado, también por recomendación de terceros y tras la activación de sus poderes de investigación y experimentación. de la investigación preliminar, proceda con las advertencias y sanciones previstas en el artículo 15 de la ley de 10 de octubre de 1990, no 287, con respecto a la empresa o empresas que han cometido dicho abuso.

V. En caso de una violación generalizada y reiterada de las regulaciones establecidas en el Decreto Legislativo del 9 de octubre de 2002, n. 231 (+), puesto en detrimento de las empresas, con especial referencia a las pequeñas y medianas, el abuso toma forma independientemente de la determinación de la dependencia económica.

En Estados Unidos, una figura semejante es la denominada "*unconscionability*", que se verifica cuando media un contrato cuyos términos son extremadamente injustos o abrumadoramente en favor de una de las partes, por el poder superior de negociación de una de las partes. El *leading case* en el derecho estadounidense fue "*Williams c. Walker-Thomas Furniture Co.*", en el que el demandado (un vendedor minorista de muebles) vendió diversos muebles a un cliente desde el año 1957 al 1962. En el contrato de concesión de crédito se escribió que ningún mueble podía ser considerado como vendido hasta tanto no haya sido pagado. Cuando el actor incumplió y no realizó los pagos de la última partida de muebles, el vendedor intentó recuperar todos los muebles desde 1957 y no solo la última partida. La Corte de Apelación del Distrito de Columbia señaló que el contrato no podía cumplirse si esto importaba una gruesa inequidad del poder de negociación.

Ahora bien, la recepción de la figura de la dependencia económica importa un cambio de paradigma de protección. Esta figura tiene una naturaleza híbrida entre el Derecho de los Contratos y el Derecho de la Competencia. Se ha aceptado que la prohibición se dirige preferentemente a la tutela contractual de la empresa dependiente, con prescindencia que la conducta puede quedar tipificada en el régimen de la concurrencia, sin perjuicio de que pueda serle aplicable la legislación *antitrust*, como expresamente lo autoriza el art. 9 de la ley 192 italiana.

En Latinoamérica, la evolución del instituto ha sido menor. La utilización de la figura de la dependencia económica se hacía difícil desde el instituto del abuso de posición dominante, debido a que su estructura metodológica se ubicaba de manera exclusiva en el derecho de la competencia. Esto ha mutado con la introducción del art. 11 del CCyC.

Como conclusión, una forma conveniente de proteger al empresario débil sería la aplicación de la teoría de la dependencia económica, mientras que el abuso de posición dominante generalmente funciona mejor para la tutela del mercado. Y la regulación del art. 11 permitiría una interpretación extensiva de la figura del abuso de posición dominante, tal que habilitaría el uso de la figura de la dependencia económica, fuera del marco de la ley de competencia desleal. Es que como dice Molina Sandoval, "Es claro que la incorporación del abuso de posición dominante en el sistema privado se independiza de su estructuración originaria para abarcar nuevos horizontes que deben analizarse de una manera integrada en el sistema general".

• CONCLUSIONES

1) La decisión de política legislativa de mantener el sistema europeo de abuso de posición dominante, aunque nos pueda parecer acertado, no fue objeto de discusión legislativa suficiente.

2) Para la viabilidad del abuso de posición dominante es innecesaria una total exclusión de la competencia.

3) El criterio diferenciador entre los actos anticompetitivos y el abuso de posición dominante no anclado en el número de agentes presuntamente

infractores, sino en la lógica de vulneración al interés económico general no resulta suficientemente clarificador. Este parámetro de distinción debería reverse en una futura reforma.

4) El interés económico general es un concepto que se encuentra indebidamente inserto en la ley de defensa de la competencia, y debe presumírselo en caso de abuso de posición dominante.

5) Aun cuando los criterios cuantitativos solo tienen un valor relativo, estimamos equivocada que, en la última reforma, no haya ninguna referencia al método cuantitativo. Podría haberse reglado que una cuota de mercado de más de un 50 por ciento implique una presunción *iuris tantum* de posición dominante en el mercado de referencia, siempre que la franja de competencia tenga por lo menos tres competidores y un período de 5 años. Esa presunción se invierte con una participación en el mercado de menos del 20%. Y sería *iuris et de iure* si el porcentaje es de 90%.

6) No solo existen barreras “reglamentarias” de entrada al mercado que deben evaluarse a la hora de determinar la posición de dominio en el mercado. Las barreras económicas, aunque no mencionadas en el art. 6 de la ley 27.442, son igual o más importantes, en tal ponderación.

7) En nuestro sistema, se sanciona tanto el abuso explotativo como el exclusorio.

8) Si bien el art. 5 de la ley 27.442 no cuenta con una enunciación de actos abusivos como el derecho europeo, los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la Ley de Defensa de Competencia argentina constituyen potenciales casos de abuso de posición dominante.

9) La recepción del abuso de posición dominante en el art. 11 del CCyC permite la extrapolación al sistema general, de la figura de la dependencia económica, hasta ahora solo regulada a nivel micro sistémico.

CONTRATOS DE PARTICIPACION PUBLICO-PRIVADA, PRERROGATIVAS ESTATALES Y SEGURIDAD JURIDICA

Gabriel Chiban

De manera liminar al tratamiento y profundización de cualquier análisis referido a los Contratos de Participación Público-Privada, propongo analizar algunos aspectos esenciales que harán al éxito o fracaso de esta importante herramienta:

Sabemos que sin confianza, ningún sistema puede funcionar eficazmente. Sin confianza no hay trato. Esta confianza a la que me refiero, está íntimamente vinculada con el concepto de certeza, el que -a diferencia de lo que sucede con las reglas del mundo físico- en el espacio de las relaciones humanas cuenta con un margen de incertidumbre, ya que está sometido a la voluntad y la conducta de otras personas; en el caso que nos ocupa de un "Estado", el que se manifiesta a través de los distintos órganos que lo componen y en ejercicio de funciones tan diversas como la gubernativa o política, legislativa, jurisdiccional y administrativa, esta última en sus versiones activa, consultiva, de control y regulatoria.

En tal sentido, si se confía en que el comportamiento de una persona pública o privada, lo será de una manera determinada; la sensación se asienta y se transforma en certeza. Si ello no ocurre, la confianza sufre, se quebranta y esto marca el modo de decidir y la calidad en que se percibe las relaciones, llevando a resoluciones negativas.

Así, dentro del entorno de cualquier tipo de relaciones, y entre ellas las políticas, económicas, empresariales y de negocios, no hay valor más provechoso y constructivo que la confianza. Este valor no puede ser considerado como accesorio y debe ser ponderada su importancia real para el buen funcionamiento de cualquier sociedad, especialmente en una economía globalizada.

Al respecto, no resulta inoficioso hacer notar que la confianza es un concepto muy antiguo y base de cualquier relación exitosa, por lo que cabe remarcar la necesidad de que nuestros gobernantes asignen valores que generen confianza, dejando de lado la idea generalizada de que ésta puede ser importante -pero no algo urgente- sobre todo en momentos de bajo presupuesto, transiciones políticas o malas condiciones del mercado, al tomar en consideración que esto es lo que realmente vale, más allá de todas las protecciones legales y contractuales que se adopten.

En la actualidad y ya desde hace varias décadas, nos enfrentamos a serios "problemas de confianza" con respecto a todas las instituciones importantes. De hecho, es evidente que la confianza en el Estado y su gobierno, los medios de comunicación, las empresas y otras organizaciones está en un punto muy bajo, pudiendo incluso hablarse de un declive generalizado de la

confianza, lo que ciertamente tiene un efecto especial cuando se trata de la actitud frente a nuevos emprendimientos, ello sin profundizar en que los Millennials, generación que en pocos años tomará el rol protagónico en nuestra sociedad y que ya tienen a sus espaldas a los posmillennials o Generación Z, tienden a desconfiar naturalmente de todas las instituciones tradicionales.

En este sentido, los problemas de confianza son profundos y en un sentido general se tiene la idea de que el Estado en su conjunto no es un eficaz garante de las reglas de juego, ni menos aún de condiciones económico-jurídicas mínimamente estables en el tiempo. Por su parte, los asuntos de confianza más específicos incluyen temas tales como que la regla que rige el mundo actual indica que “lo único seguro es el cambio” en un ambiente globalizado que hoy exige, y va a seguir exigiendo aún mucho más en el futuro, de nuevas actitudes y aptitudes; cuestión que el diseño decimonónico del Estado actual pareciera no advertir, mientras se avecina la “singularidad tecnológica” como consecuencia del advenimiento de inteligencia artificial general, también conocida como IA fuerte o *strong AI*.

En suma, para lograr el éxito de proyectos basados en la lógica de la Participación Público-Privada, nada es más importante -especialmente en nuestro País- que la confianza; materia que es quizás más crucial hoy que nunca, resultando entonces mandatorio construir dicha confianza paso a paso, con profesionalidad y con mucha seriedad, debiendo dejarse muy claro que con este valor no se juega y que ello también es importante para nuestra joven democracia ya que ésta es la única forma de gobierno que requiere para su existencia de la confianza de los ciudadanos. Si ella se pierde del todo, sencillamente, estamos todos perdidos, dado que sin confianza no hay democracia.

Prerrogativas estatales y Seguridad Jurídica

Siempre al tratar este tema resulta oportuno recordar aquel interesantísimo debate de mediados de la década de 1990 que se produjo entre dos de los mejores maestros del Derecho Administrativo argentino: Héctor Mairal y Juan Carlos Cassagne. El artículo de Mairal se titulaba “*De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*” (El Derecho del 18/9/1998), al que le siguió la respuesta del profesor Cassagne: “*Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*”, (El Derecho, del 23/11/1998). Sin perjuicio de aquella enriquecedora discusión, y más allá del criterio que se siga sobre la utilidad o peligrosidad de una posición iuspublicista del contrato administrativo, lo cierto es que una doctrina en tal sentido continúa estando vigente y aparentemente sigue siendo necesaria, ello -claro está- en la medida que no implique dotar a la Administración de instrumentos que, mal utilizados, sirvan para fomentar la arbitrariedad y el capricho administrativo, que tanto mal hace a la confianza y a la seguridad en las relaciones.

Como puede apreciarse de la lectura de la Ley N° 27.328 que regula los Contratos de Participación Público-Privada, los mismos son catalogados como una modalidad alternativa de los contratos administrativos, por lo que nos

encontramos, sin dudas, frente a una relación jurídica de naturaleza primordialmente iusadministrativa.

De lo antes indicado puede sostenerse que los principios generales del Derecho Público les son aplicables a esta nueva figura, lo que implicará también la presencia de prerrogativas públicas que provengan tanto del ordenamiento general, en cuyo caso resultan verdaderas potestades, como del propio acuerdo de voluntades al que se arrije en cada caso.

Tal como sostenía Marienhoff ("Tratado de Derecho Administrativo". Abeledo Perrot: Bs. As., 1970, Tomo IIIA, p. 23), estas prerrogativas derivan de la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, ya que concebía que las mismas existían de pleno derecho y por principio, aun cuando los textos contractuales no las mencionaran expresamente, entendiendo que dichas prerrogativas son irrenunciables por parte del Estado y que ellas no son un privilegio de poder, entendido como resabio de regímenes absolutistas, sino que se trata de una potestad jurídica que tiene el Estado para cumplir con el fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del contrato administrativo de que se trate. Tal como sostiene Jaime Rodríguez-Arana, las prerrogativas públicas en la contratación administrativas traen su causa desde otro plano, no del contrato, sino de la ley; no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida *ex lege* para atender los intereses públicos ([Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña](#), ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, N° 12, 2008, págs.795-812)

Cabe recordar en este punto las principales prerrogativas tradicionales insitas en favor de la Administración en materia contractual, dentro de las cuales podemos mencionar:

- Prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución.
- Facultad de aumentar o disminuir el monto total del contrato o *ius variandi*.
- Revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.
- Poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación.
- Facultad de imponer sanciones y penalidades a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones.
- Prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.
- Facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.
- Facultad de prorrogar los contratos.

Es de hacer notar que, en orden al ejercicio de estas prerrogativas de la Administración, el legislador de la Ley N° 27.328 se propone autolimitar el alcance de las amplias facultades estatales a través de la restricción y morigeración de sus potestades; ello seguramente con la finalidad de emitir un

mensaje que genere mayor confianza en los potenciales interesados en Contratos de Participación Público-Privada en el sector privado, mostrando así un Estado que -al menos en este tipo de vinculaciones jurídicas- cuente con menos posibilidades de intervenir activamente y por ende de actuar arbitrariamente.

Atento lo reducido en la extensión de este trabajo, entre estas manifestaciones de autolimitación que estimo *prima facie* no implicarían la renuncia al ejercicio de potestades públicas, se pueden mencionar algunas plasmadas en la Ley N° 27.328, tales como:

- La mención expresa en el art. 9 inc b) de que en la documentación contractual deberán estar contempladas *“las consecuencias derivadas del hecho del príncipe...”*
- La previsión el art. 9 inc i) en caso de *ius variandi* que tendrá alcance *“sólo en lo referente a la ejecución del proyecto...”*, *“...compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento...”*
- La expresa mención en el art. 9 inc p) de que *“En el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente”*
- La facultad prevista en el art. 9 inc s) en orden a la posibilidad de las *“...de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia”*
- Las modulaciones y procedimientos previstos en el art. 9 inc w) en cuanto prevé *“...que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes”*
- La opción por el arbitraje y por la prórroga de jurisdicción previstos en el art. 9 inc w) en cuanto expresa: *“En el caso de optarse por la vía del arbitraje para solucionar las demás controversias, deberá incluirse la respectiva cláusula arbitral de conformidad con lo establecido en la presente ley. El Poder Ejecutivo nacional deberá informar inmediatamente al Honorable Congreso de la Nación, en caso que se optase por el arbitraje con prórroga de jurisdicción”.*
- Para el caso de extinción anticipada de los contratos, el art. 10 prevé que *“ En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder*

según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto. Lo anterior no implica que el contratista no deba compensar los daños y perjuicios en beneficio del contratante que se hubieran previsto en el contrato”

- En relación a la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes, el art. 11 establece que *“...se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato. Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación”*
- En cuanto a los fideicomisos el art. 20 4to párrafo prevé que *“...En ningún caso el fiduciante u otros organismos públicos de cualquier naturaleza podrán impartir instrucciones a la entidad que se desempeñe como fiduciario, quien deberá actuar de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el respectivo contrato de fideicomiso y con sujeción a lo normado en esta ley y en el Código Civil y Comercial de la Nación”*
- Especial mención merece todo el Capítulo VII en cuanto prevé la *Solución de Controversias*, especificando el art. 25 que *“Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación”*

Como puede apreciarse, en aras de lograr una mayor confianza, el legislador pretendió dar señales de moderación, previsibilidad y reducción de riesgos al sector privado a través de los PPP por lo que resta ver cómo será la respuesta frente a esta invitación a relacionarse en un nuevo esquema con reglas de juego que aparentan ser más claras y menos arriesgadas.

Al respecto, es sabido que el simple dictado de una o varias normas no altera necesariamente la realidad, por lo que la tarea que tiene que realizar el Administrador no es sencilla ni debe limitarse al mundo de las regulaciones, sino que -por el contrario- debe adentrarse en la valiente aventura de emprender un verdadero cambio cultural que permita a nuestra Administración Pública ser percibida como un ente confiable, de modo tal que los mensajes como los que emite la Ley N° 27.328 sean tomados como una muestra de fortaleza y no de debilidad.

En tal sentido, si se quiere evitar repetir errores del pasado, la administración deberá dar señales claras en el sentido de que a partir de esta ley se pretende cortar de una vez y para siempre el círculo vicioso y de emergencia permanente que hizo de nuestro Estado -además de una unidad en ocasiones fallida y mayormente poco creíble- un ente de perfil prepotente que en algunas oportunidades hizo de la nuda autoridad su nota destacable y que también en ocasiones tiene al contrato administrativo como una manifestación de

arbitrariedad, llegando a considerar al cocontratista como un subordinado a quien le puede cambiar permanentemente las reglas de juego.

Por su lado, es también el tiempo del sector privado de mejorar sus prácticas y conductas, ya que no es dable olvidar que la contratación pública viene siendo una de las fuentes principales de corrupción no sólo en nuestro País y la región, por lo que cabe tomar medidas para desterrar para siempre toda maña y costumbres ilícitas. Al respecto deviene necesario desarrollar técnicas de carácter preventivo, a través de programas de "Compliance" previos a la contratación y los compromisos de *self-cleaning* o de autosaneamiento, con los que se tienda a integrar en los comportamientos de las empresas privadas que se relacionen con el Estado, una cultura de respeto estricto a la ética y a la legislación vigente.

Parece ésta una nueva y buena oportunidad, que espero no sea desperdiciada, para generar un punto de partida de un camino que permita a nuestra Administración transmitir seguridad jurídica como principio fundamental de todo ordenamiento constitucional democrático, debido a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares, debiendo entenderse como la confianza que los ciudadanos puedan tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, como dice el Tribunal Constitucional español, "entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho" (STC 36/ 1991).

La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos. Como dicen los anglosajones, "*legal security means protection of confidence*" (Marshall).

Sólo si los derechos de las personas están garantizados, la sociedad puede marchar confiada y libre bajo el imperio de la ley y no de la arbitrariedad. Esta certidumbre sobre los alcances y efectividad de la ley generadora de confianza, es lo que se llama seguridad jurídica. Sin ella no florecen la libertad, la democracia y la justicia; sin la confianza que genera seguridad jurídica no es posible el desarrollo de los pueblos. De ahí que la seguridad jurídica es el primer deber del Estado.

Esperemos que esta vez, con los PPP, nuestra Administración comience a dar señales de confianza y seguridad que tanto necesitamos para nuestra rica pero empobrecida Nación.

PONENCIAS

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

LA EMPRESA Y SUS VÍNCULOS CON EL CONTRATO

Juan Manuel Aparicio
Director del Instituto de Derecho Civil

Abstract: Existen estrechos vínculos entre el contrato y la empresa. Convertida esta en el centro de la actividad económica organizada, el contrato, de constituir un instrumento funcional al servicio de la propiedad, debió convertirse, además, en un instrumento funcional al servicio de la empresa. El contrato gobierna la organización y funcionamiento de la empresa que se muestra como una entrelazada red de relaciones contractuales. El contrato de sociedad ha sido el generalmente empleado para dar forma jurídica a la estructuración de una empresa. Fue dable advertir, así, las singularidades de este contrato que lo diferencian de los contratos de cambio. Ofrece particular interés, el abordaje en general de los contratos asociativos.

1.- Los antecedentes del derecho comercial. El origen del derecho comercial suele ubicarse en la Edad Media. En ciudades italianas como Venecia, Florencia, Pisa Génova, Amalfi hubo un notable desarrollo del comercio. A su vez la desaparición de una fuerte autoridad central con la caída de Roma, generó un período de desintegración política⁸⁹⁶. Esta desintegración determinó que esas regiones y ciudades tomaran las riendas de su propio gobierno. Corporaciones gremiales se hicieron cargo de la función pública. Impulsadas por su vocación por el comercio, Incrementaron notoriamente el tráfico mercantil. Esas relaciones y negocios exigían nuevas normas jurídicas, Se fue creando un régimen especial, acorde con sus peculiaridades, Una legislación de carácter estatutario tenía por contenido reglas simples, no fundadas en las enseñanzas de los doctos, sino en el sentido práctico de los operadores económicos, para adaptarse al dinamismo propio del tráfico al que estaban destinadas. Dicha legislación en principio se aplicaba sólo a los comerciantes; tenía por un carácter eminentemente profesional. Su aplicación se encomendó a jueces especiales que integraban la jurisdicción consular. Como el comercio se había extendido a diversas regiones de Europa y Asia, esa nueva *lex mercatoria* tuvo, en su origen, una aspiración a la universalidad.

2.- Del capitalismo comercial al capitalismo industrial. En una etapa comprendida entre el medioevo y el siglo XVII, fueron el comerciante y el

⁸⁹⁶ Fontanarrosa, Rodolfo O, Derecho Comercial Argentino I: Pare General, Zavallía, Buenos Aires 1991, n°5, p. 21.

comercio los factores de propulsión del sistema económico. Cuando la economía revestía un carácter artesanal, los productores de bienes eran los artesanos o campesinos. Se trataba de trabajadores autónomos que eran, a su vez, propietarios de los medios de producción. El producido destinado a la venta lo enajenaba al comerciante. Éste era el activador del sistema económico fijaba los precios y determinaba los bienes que era conveniente producir para ser colocados en el mercado. Ese ciclo de lo que puede denominarse del capitalismo comercial, va a experimentar un profundo cambio con el advenimiento de la revolución industrial que generó la existencia del capitalismo industrial. El desarrollo de la técnica y el maquinismo determinaron que la producción artesanal fuera reemplazada por la producción en serie o en gran escala y que se necesitara colocar en el mercado grandes masas de bienes o servicios. Un rasgo fundamental de este capitalismo industrial consistió en separar al trabajo de la propiedad de los medios de producción. La introducción de la máquina en el proceso productivo, que originó la producción en gran escala, trajo como consecuencia que los importantes capitales acumulados en la época del capitalismo comercial, tuvieran que ser empleados en la adquisición de los nuevos y costosos medios de producción, para convertirlos en capital industrial. Al mismo tiempo, el cambio productivo ocasionó la proletarización de los artesanos y campesinos que afluyeron en grandes masas a las fábricas para prestar su trabajo al servicio de las máquinas. De productores directos se convirtieron en trabajadores dependientes. Lo que enajenaban, para procurar su sustento no era mas el producto de su trabajo sino la energía de este último⁸⁹⁷. El capitalismo industrial vino a representar de este modo, el verdadero y propio capitalismo.

3. La empresa y el ligamen con el contrato. El activador del proceso industrial, pasó así a ser el productor industrial. El comercio asumió una posición sirviente con respecto a la industria. Se produjo un desplazamiento del centro del sistema económico del momento estático de la inmediata utilización física de los factores productivos, al momento dinámico de la organización de tales factores y de su empleo en esta devenida y más compleja actividad de producción y cambio desenvuelta en el mercado. Esta evolución repercutió en el contrato que se emancipó de su dieciochesca subordinación a la propiedad. De mecanismo esencialmente funcional a la propiedad, el contrato debió convertirse también en mecanismo funcional de esta actividad económica organizada, es decir, de la empresa, que se erigió en el centro de la actividad económica⁸⁹⁸. El contrato gobierna la organización y el funcionamiento de la empresa que se muestra como una entretrejida red de relaciones contractuales ya sea con los colaboradores, con los capitalistas, con los dependientes con los proveedores de bienes y servicios instrumentales o con los adquirentes de productos finales.

4.- El Código Civil italiano.- Ese ligamen entre el contrato y la empresa fue una de las principales razones que estimuló el proceso legislativo que

⁸⁹⁷ Galgano, Trattato di Diritto Civile, Vol. Terzo, Cedam, Padova, 2009, p.5.

⁸⁹⁸ Roppo, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè, Milano, 2001, p.58.

condujo en Italia a la reunificación del derecho privado en un único código, el *Codice Civile* de 1942. Se pretendía, en este Código, que las formas jurídicas se correspondieran con la sustancia económica de los fenómenos. Por consiguiente se pensó que si el empresario y la empresa eran la figura central del sistema económico, tal hecho no debía ser pasado por alto en la reglamentación legislativa. El Código hace referencia de este modo a la actividad económica organizada en el Libro Quinto. Los Códigos de Comercio tradicionales para delimitar la materia comercial se valían de la enunciación de los que debían ser considerados actos de comercio. La insuficiencia del intento, se patentizaba en el fracaso de la posibilidad de lograr una definición unitaria que pudiera fijar los rasgos esenciales de tal acto de comercio en general. Nuestro Código de Comercio, como otros en el derecho comparado, en el inc. 5 del art., aunque de modo más escueto, mencionaba a las empresas de fábrica, comisiones, mandatos comerciales o transportes de mercaderías o personas por tierra o por agua. Bien se ha sostenido que entre comerciante y empresario existe una relación de género y especie. En el sistema tradicional el comerciante era el género y el empresario una de sus especies. Esta situación había sido criticada en la doctrina italiana, porque no se ajustaba a la realidad económica, en que cabe repetirlo, la empresa había asumido una posición central en el mercado. Fue mérito de Lorenzo Mossa, como expresa Casanova⁸⁹⁹, haber advertido esa trascendencia económica de la noción. Ya en el año 1923, Mossa afirmaba que el derecho comercial se había transformado en el derecho de la empresa, mientras la noción descolorida y atomística del acto de comercio había perdido para siempre un concreto valor. En este orden de ideas, el art. 2382 del Código Civil italiano, que abre el capítulo dedicado a la empresa en general, enuncia la definición de empresario, que es su natural derivación. Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción y del cambio de bienes o servicios. Se invirtieron, por ende, los roles: En esta regulación de la economía organizada que contiene el Código Civil italiano de 1942, la categoría de referencia no es más el comerciante y los actos de comercio, sino la del empresario y la de empresa. Desparece también el doble régimen civil y comercial de obligaciones y contratos. Se unifica y en las nuevas reglas prevalecen las soluciones que habían sido dadas en el derecho comercial, confirmando la tendencia que había sido señalada con la conocida expresión acuñada por Ripert de la denominada comercialización del derecho civil. La concreción de la idea de empresa como una actividad económica organizada, tenía como modelo la aparición de la nueva actividad de producción de bienes y servicios. Se integró, no obstante con la organización de la actividad de cambio o de interposición en la circulación de los bienes, porque ella también se reputa una actividad productiva en su más amplia acepción, desde que por la distribución de los bienes en el mercado de consumo, ellos acrecen su utilidad. Esa labor de intermediación representa, por lo tanto, una actividad creadora de riqueza⁹⁰⁰ y. por consiguiente, integra la noción de empresa.

⁸⁹⁹ Casanova, Mario, *Voz Impresa* (in generale, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, n° 5, p.351.

⁹⁰⁰ Galgano, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, vol. Terzo, cit., p.9.

5.- Los contratos asociativos y los contratos de cambio. Prosiguiendo con el estrecho ligamen la vinculación entre contrato y empresa, cabe señalar que ha sido el contrato de sociedad el usualmente empleado para dar forma jurídica a la estructuración de una empresa. El formidable desenvolvimiento de las sociedades, condujo a reexaminar la naturaleza del contrato de sociedad, y en general de los contratos asociativos, que presentan singularidades que lo diferenciaban de los contratos de cambio. Estos últimos contratos constituían el paradigma de los contratos, en cuanto habían servido de prototipo para la construcción del andamiaje conceptual del derecho de contratos. Tales diferencias señaladas por Ascarelli⁹⁰¹, son principalmente las siguientes:

a.- En los contratos de cambio hay un trueque de ventajas y prestaciones entre las partes. Cada una de ellas recibe una ventaja o prestación de la otra parte en recompensa de la ventaja o prestación que, a su vez, debe procurar a su contraparte. En los contratos asociativos las partes unen sus esfuerzos y prestaciones para la consecución de un fin común, mediante el desarrollo de una actividad conjunta.

b.- En los contratos de cambio las prestaciones son típicas; en los asociativos son atípicas y pueden tener el más diverso contenido. En los contratos de cambio las prestaciones deben guardar una cierta equivalencia; en los contratos asociativos pueden tener un diverso valor y no se da esa relación.

c.- Como en los contratos asociativos las prestaciones convergen, pueden ser celebrados por dos partes o por un número indeterminado de ella. Son pues, potencialmente plurilaterales. También son contratos abiertos, en el sentido que el negocio no queda restringido a las que intervinieron primitivamente en él, sino que existe la posibilidad jurídica de que entren a participar en el acuerdo otros interesados.

d.- En los contratos de cambio existe una relación de reciprocidad entre las prestaciones que se denomina sinalagma. En los contratos asociativos, por vía de regla, falta ese sinalagma funcional cuando existen más de dos partes y no tiene aplicación la excepción de incumplimiento. También en ese supuesto, es factible que la resolución parcial del contrato afecte tan sólo al incumplidor, o que la nulidad que recaiga sobre el vínculo de una de las partes, no impida la subsistencia del contrato respecto de las restantes, a no ser que la prestación del incumplidor o de la parte alcanzada por la nulidad, deba ser reputada como esencial, habida cuenta las circunstancias.

e.- Finalmente, la función de los contratos asociativos no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes la convergencia y puesta en común de ellas, es tan sólo el punto de partida para la realización de una actividad que permite la consecución del fin común.

6.- La empresa y la sociedad. En nuestro derecho, satisfaciendo una mayoritaria aspiración, el Código Civil y Comercial ha unificado el tratamiento

⁹⁰¹ Ascarelli, Tulio, *Il contrattto plurilaterale*, en Saggi Giuffré Milano 1949, p.273. Véase asimismo, Aparicio, Juan Manuel, *Contratos, Parte General*, T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, párrafo 151 a 167, ps. 136 y ss., para el tratamiento de este tema con las citas correspondientes.

de las obligaciones civiles y comerciales. No ha legislado concretamente sobre la actividad económica organizada como lo hace el Código Civil italiano. La Ley General de Sociedades, en su artículo 1 define a la sociedad. Prescribe que habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme en uno de los tipos previsto en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes, participando en las ganancias o soportando las pérdidas. Si bien resulta factible que una sociedad anónima se constituya por una sola persona, cuando en la constitución intervienen dos o más, tal acto constitutivo, como no podría ser de otro modo, continúa siendo un contrato, que debe contener los elementos esenciales mencionados en el citado artículo primero de la Ley General de Sociedades. Entre esos elementos, se entrelaza a la sociedad con la empresa, porque su constitución se lleva a cabo en vista de la realización de una actividad de producción o intercambio de bienes o servicios. Al margen de la existencia de diversas opiniones respecto a la noción de empresa, cuya configuración jurídica deriva de la realidad económica y social⁹⁰², el núcleo de tal conceptualización estriba en la actividad económica profesionalmente ejercitada, de modo organizado. El referido entrelazamiento, ha conducido a que se suela confundir erróneamente a la sociedad con la empresa. Sociedad y empresa son conceptos que se combinan pero no se confunden. No cabe confundir la empresa con el empresario. Este último es la persona humana o jurídica que organiza la empresa, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta los riesgos de su explotación. Así como una persona humana no puede ser una empresa sino un empresario, la sociedad como persona jurídica es el empresario y titular de la empresa⁹⁰³.

7.- La actividad y los contratos asociativos. Dicha actividad también desempeña un papel primario en la caracterización de esta categoría de contratos con comunidad de fines que son los contratos asociativos. Permite establecer el quid de la diferencia entre contratos de cambio y contratos asociativos. La esencia de los contratos de cambio reside en que disciplinarla relación que se establece entre las partes a través del esquema tradicional del derecho-deber: todas las consecuencias jurídicas se traducen en derecho de cada una de las partes que se corresponden con un correlativo deber u obligación de la otra.

Este esquema lógico resulta insuficiente para resolver las situaciones que plantea el contrato asociativo. El interés contractual de las partes no se satisface a través del cumplimiento de un deber que incumba a la otra. El fenómeno es más complejo; esas prestaciones o parte que se unen y en el fin común. El elemento central del fenómeno asociativo lo representa el ejercicio de la actividad prevista que sirve de puente o diafragma entre tales aportes y el fin común, en el sentido que dicha actividad es el medio por el cual se cumple

⁹⁰² Véase al respecto, Pannuccio, Vincenzo, *Voz Impresa (diritto privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t.XVIII, n° 10, a 16, ps-563 y ss.y y n° 24, p. 603.-

⁹⁰³ Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, t.I, Uthea Argentina, Buenos Aires 1960, trad. Felipe de Solá Cañizares, n016, p. p.67; Herschell W., *Impresa, società ad esercizio*, en *Rivista di Diritto Coomerciale*, 1943-I, p. 91; Fontanarrosa, *Derecho Comercial Argentino*, 1:Pate General, cit. N°146, p.175.

dicho fin y los aportes o prestaciones que se unen, asumen una función instrumental al servicio de ella. La noción de actividad proviene del derecho público, en particular, del derecho administrativo y consiste en un conjunto de actos coordinados o unificados, en el plano funcional, por la unicidad del fin. Por eso, en estos contratos, la faz organizativa tiene una función autónoma y preeminente, pues la necesaria organización de la actividad debe realizarse a través de diversas pautas, previsiones o reglas.

En definitiva, en los contratos de cambio, el núcleo central es una impugnación de situaciones subjetivas a las partes que relega a un segundo plano y absorbe la cuestión relativa a la organización.

En los contratos asociativos, la médula del contrato, estriba en la organización de una actividad que genera como consecuencia la cuestión de cómo debe imputarse los resultados de esa actividad a las partes o al grupo.

8.- La sociedad como sujeto de derecho En materia societaria, el contrato es el medio técnico jurídico que permite a los interesados la creación de un nuevo sujeto de derecho que es la sociedad. Así lo establece el art. 2 de la Ley General de Sociedades, reiterando lo que dispone el inc. a del art. 148 del Código Civil y Comercial. Se posibilita así que la sociedad pueda vincularse directamente con terceros para desenvolver la actividad empresaria que le es propia. Acerca del alcance y naturaleza de esta personalidad jurídica que se le reconoce a la sociedad, se ha de obviar consideraciones, pero cabe tan sólo señalar que constituye un recurso expeditivo para resolver el tema de la imputación de las consecuencias de la actividad al grupo.

9.- Contratos asociativos que no generan un sujeto de derecho.- Existen contratos asociativos que no originan la creación de un sujeto de derecho. El Código Civil y Comercial se ha referido a ellos en el Capítulo 16, del Título IV, del Libro Tercero. El art. 1463 del Código Civil y Comercial identifica a esta categoría como el contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin que no sea sociedad. Regula, como especies de tales contratos, a los negocios en participación, a las agrupaciones de colaboración, a las uniones transitorias y a los consorcios de cooperación. Los negocios en participación, son contratos que tienen por objeto la realización de una o más operaciones determinadas que deben cumplirse mediante la base de aportaciones comunes, pero a nombre personal y con la actuación exclusiva de una de las partes: el gestor. Su naturaleza jurídica es objeto de discusión⁹⁰⁴. Respecto de los otros contratos reúnen claramente los elementos que identifican a un contrato asociativo y lo distinguen de los contratos de cambio. La ley, en estos supuestos, decide privar a estos contratos de la aptitud de generar una persona jurídica. En este orden de ideas, el art. 1442 prescribe que con estos contratos no se constituyen personas jurídicas, sociedades, ni sujetos de derechos. La tautología en que incurre el precepto al mentar tres términos para significar lo mismo, revela a las claras la rotundidad con que se ha pretendido

⁹⁰⁴ Roitman, Horacio-Sánchez, María Victoria-López Revol, Agustina, Contratos asociativos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2018, p.72.-

limitar el efecto de estos contratos. Ello obedece a que, dada su naturaleza, podría pensarse lo contrario. En verdad, son razones de índole práctica las que fundan el temperamento legal. Las sociedades, como entes de derecho, nacen viven y se extinguen. Empero, el cese de su existencia no se produce de manera repentina. Cuando acaece la disolución, comienza la extinción, aunque la organización social sigue perviviendo y entra en una etapa de liquidación. Con la disolución como lo describe una expresiva fórmula recordada por el Maestro Cámara⁹⁰⁵, *la società si svolge alla morte e rifugge la vita*. Se abre un período complicado y complejo al que es ajeno la normal extinción de un contrato, Para facilitar la celebración de estos contratos asociativos, la ley opta por simplificar las consecuencias de su extinción sustrayéndola del régimen legislado en materia societaria. En los contratos de que se trata, las partes mantienen su individualidad. Su extinción no difiere del régimen a que están sometidos en general los actos jurídicos contractuales.

10.- El régimen de estos contratos. El art. 1442 establece que a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad. Tal prescripción no puede interpretarse en el sentido que se pretenda mutar la naturaleza asociativa de estos contratos, que es y continúa siendo diferente a la de los contratos cambio. El propio Código en el art. 1443, enuncia una regla que confirma irreductibles rasgos, que son privativos de esta categoría contractual. En los supuestos que estos contratos asociativos sean plurilaterales, esto es, cuando las partes sean más de dos, la nulidad del contrato respecto de una de las partes, no produce la nulidad en lo concerniente las demás. Tampoco son admisibles los remedios sinalagmáticos: el incumplimiento de una de las partes no excusa el de las demás y, cabe agregar la resolución por incumplimiento tiene un alcance parcial, y permite la subsistencia el contrato entre las otras partes. En todos casos la solución expresada en las tres hipótesis enunciadas, es procedente, en tanto en cuanto la prestación incumplida, o la prestación del contratante respecto del cual el contrato es nulo o resuelto por incumplimiento, no sea necesaria para la realización del objeto del contrato”.

11. La distinción entre contratos bilaterales y plurilaterales. Corresponde aclarar que se ha intentado en nuestra doctrina distinguir a los contratos bilaterales de los plurilaterales, utilizando como criterio de diferenciación que en los contratos bilaterales las prestaciones serían recíprocas y los plurilaterales no revestirían tal carácter y confluirían coordinadamente a un fin común. En verdad dicha clasificación carece de un sentido sólido en que fundarse y es equívoca. Los contratos son bilaterales cuando las partes que intervienen en su celebración son dos. Y plurilaterales cuando son más de dos. Los contratos de cambio, por vía de regla, son bilaterales; solo excepcionalmente pueden celebrarse ya sea por tres partes o más partes. Los contratos asociativos son potencialmente plurilaterales aunque pueden ser celebrados solamente por dos, sin que se altere su naturaleza de tal. La diferencia sólo tiene importancia en cuanto la posibilidad de extinción parcial

⁹⁰⁵ Cámara, Héctor, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Seg. Edición, TEA, Buenos Aires, 1959, n° 97, p. 207.

del contrato. Pero no le quita a los contratos celebrados por dos partes, el carácter de ser contratos asociativos, por tanto, abiertos, porque lo que sirve para definir tal condición es el dato funcional, esto es la comunidad de fin⁹⁰⁶.

12. El tratamiento tributario. La inconfundible estructura asociativa de estos contratos, ha provocado consecuencias no deseadas en el ámbito tributario. De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Reig" del 14 De mayo de 1991, el derecho privado ha perdido la preeminencia que se le adjudicaba en materia tributaria. El Estado, en principio, tiene la facultad de establecer las reglas que estime eficaces y razonables para sus fines tributarios, sin atenerse a las categorías del derecho privado. A los partícipes de estos contratos, en materia tributaria se les ha dado un tratamiento similar al que les correspondería si hubiesen dado lugar al nacimiento de una persona jurídica, lo que ha merecido la crítica unánime de la doctrina privatista.

13.- El principio de autonomía.- El art.1446 del Código Civil y Comercial deja a salvo la regla de la autonomía y dispone que, a más de los tipos previstos, los interesados tiene libertad para configurar otros contratos del género, con diverso contenido. Se ha atribuido a esta autorización un sentido revolucionario. Sin embargo, en los casos concretos, será difícil delimitar cuándo a un contrato asociativo no previsto, corresponderá ser encuadrado en el art. 1146, como contrato que no es sociedad y no genera un sujeto de derecho, o cuándo debe reputárselo como una sociedad, prevista en el cajón de sastre que representa el art. 21 de la ley 19550, modificada por la ley 26.994.

14.- La actual etapa del derecho patrimonial. Se ha hecho referencia a las etapas que se han ido sucediendo en el derecho patrimonial. Se ha expresado que al capitalismo comercial le sobrevino el predominio del capitalismo industrial y el contrato pasó, además de ser un instrumento al servicio de la propiedad, a un instrumento al servicio de la empresa, convertida en centro de la actividad económica. Resta señalar que en la actualidad se esta

⁹⁰⁶ El origen de la confusión puede ser el art. 1420 del Código Civil italiano. Este artículo titulado "Nulidad del contrato plurilateral", dispone que en los contratos con más de dos partes, cuando las prestaciones de cada una están dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo de una sola de las partes, no importa la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba, según las circunstancias, considerarse esencial. En este artículo para precisar el ámbito de los contratos a que se refiere, deben distinguirse dos elementos. Uno, de índole estructural, que el contrato sea celebrado por más de dos partes; el otro, de índole funcional, que las prestaciones de las partes estén dirigidas a un fin común. La esencia del precepto radica en este último elemento, el dato funcional, no obstante su denominación. La norma pues refiere a los contratos asociativos, en las hipótesis en que son plurilaterales, supuesto que tiene como consecuencia la posibilidad de extinción parcial del contrato. Véase Ferri, Giuseppe, , voz "Contratto plurilaterale" en Novissimo Digesto Italiano, T.Iv, p. 679; Farenga, Luigi, I contratti parasociali, Giuffré, Milano 1987, p.62; Mirabelli, Giuseppe, Dei contratti in generale, Utet, Torino 1980, p.59, Ferro -Luzzi,PaoloI contratti associativi, Giuffré, Milano, 1976, p.83; Messineo, Francesco, voz Contratto plurilaterale e contratto associativo, en Enciclopedia del Diritto, T. X, p.143.

viviendo otra etapa en el derecho patrimonial que sucede a la de la sociedad industrial. Se caracteriza por el predominio del mercado financiero y la globalización de la economía. Se ha acentuado el proceso de desmaterialización de la riqueza. En la economía financiera el hábil manejo de la técnica contractual ha sido utilizado para la creación de nuevos productos financieros. Tradicionalmente los contratos eran un instrumento para hacer circular los bienes, operan la creación de tales productos, equiparados a nuevos bienes. En ese proceso de desmaterialización de la riqueza, mencionado, por ejemplo, la marca que servía para identificar una mercadería, como mero símbolo de status se ha transformado en un bien inmaterial objeto autónomo de intercambio o por medio de un contrato de *merchandising*, objeto autónomo de licencia⁹⁰⁷.

15.- La globalización. En lo concerniente a la globalización Galgano⁹⁰⁸, que ha tratado con profundidad y notable agudeza el tema, señala que la verdadera novedad de nuestro tiempo estriba en la expansión planetaria de la actividad productiva. En la economía global no sólo se ha incrementado notablemente la circulación de mercaderías entre los diferentes estados, circulan también el *know how*, las licencias de producción y, amén de ello, por vía contractual se conviene la colaboración productiva de empresas de diferentes estados. Asimismo, en ese marco de interrelación, en una economía de continuo cambio, circulan modelos contractuales que se adaptan a las renovadas exigencias del tráfico. Generalmente son contratos de empresa. Primero se manifiestan como contratos atípicos, la mayoría de ellos se individualiza con una denominación en inglés que evidencia su origen predominantemente norteamericano. Adquieren tipicidad social, hasta que varios de ellos terminan por convertirse en contratos típicos cuando la ley los reglamenta.

16.- El impacto de la informática. Merece destacarse que esta actual etapa que suele recibir la denominación de sociedad post-industrial, se caracteriza, además, por el impacto que ha tenido la informática como un formidable instrumento de comunicación, a lo que corresponde agregar la automatización de la producción industrial. Con el advenimiento de la robótica, una máquina guiada por un computador, sustituye el trabajo de un hombre. Este progreso ha traído consecuencia negativa la de provocar desocupación. Ha determinado, asimismo, que el número de ocupación en la industria haya sido ampliamente superado por la ocupación en los servicios y la multiplicación de los contratos que tienen a éstos por objeto.

⁹⁰⁷ Galgano, Francesco, La globalización en el espejo del derecho, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, traducción de Horacio Roitman y María de la Colina, pas.24 a 26.-

⁹⁰⁸ Véase La Globalización en el espejo del derecho cit., en nota anterior. Asimismo, la conferencia pronunciada por Francesco Galano al incorporarse como Miembro Correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba sobre el tema "Mercado global y empresa trasnacional". Finalmente, Galgano Francesco y Fabrizio Marrella, Interpretación del contrato y "lex mercatoria", en Revista de Derecho Comparado. 3, Interpretación de los contratos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001

17.- Los agrupamientos de empresas. Finalmente, un fenómeno que debe ponerse de resalto, es el de agrupamiento de empresa. Los grupos empresarios se desarrollaron durante el transcurso del siglo XX. Obedecieron a diversos motivos, sean la coordinación o cooperación o el control dominación o subordinación. Sus múltiples manifestaciones dan lugar a un cuadro complejo, con diversos ensayos clasificatorios. Así se los distingue si se llevan a cabo bajo una estructura societaria, o bajo una estructura contractual. No puede dejar de hacerse una simple referencia a las empresas que operan en el mercado global. Bien se ha sostenido que los actuales protagonistas de la globalización no son los estados sino las llamadas empresas multinacionales. Actúan bajo la forma jurídica de empresa de grupo, formada por una pluralidad de sociedades, las que operan bajo la dirección unificadora de una sociedad cabeza de grupo, denominada *holding*. Se ha considerado esa denominación como insincera, porque sugiere la imagen de una empresa que asume tantas nacionalidades como estados en que actúa. Se objeta, el apelativo, porque la mayoría del capital de riesgo proviene del país donde tiene la sede el holding, y a ese país pertenece la casi totalidad de los administradores, así como la totalidad de su *managment*. Por lo tanto, se piensa que es preferible hablar de sociedades *trasmnacionales*, calificativo que da la idea que, siendo la sociedad nacional, opera por medio de sociedades controladas que actúan fuera de los confines nacionales.-

18.- Conclusión final.- En esta etapa en la que progresos tecnológicos reducen los costos de producción, pero provocan problemas de índole social. En que la irrefrenable codicia de operadores financieros los ha inducido a promover la circulación de títulos sin expectativas de solvencia, que terminan por desencadenar un sismo en él entramado de la organización económica. En que mega- empresas, con gran poderío económico, son las verdaderas protagonistas de la economía global, relegando a un segundo plano a los estados. En suma, en esta realidad compleja y cambiante, sigue siendo un rol de los juristas propugnar y defender resguardos contra los desvíos o abusos, susceptibles de atentar contra derechos humanos básicos o el interés general.

EMPRESA Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

Guillermo Tinti

1.- EL CONSUMIDOR Y EL USUARIO

La ley de defensa del consumidor actualmente vigente establece en su primer artículo que:

" tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

La adquisición o locación de cosas muebles;

La prestación de servicios;

La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas."

La ley comienza indicando sus fines , el sujeto tutelado, y el objeto de la norma, conteniendo este artículo una serie de elementos que resulta conveniente distinguir:

a) **Definición del objeto:** El artículo define la finalidad general o la principal intención de la ley, enunciándola como "la defensa de los consumidores o usuarios". El fin es sin duda ambicioso, pero le confiere cierta vaguedad a la norma, ya que , según se verá más adelante, no posee siempre y necesariamente un carácter preventivo.

Lo que importa es que desde el inicio mismo manifiesta explícitamente la intención del legislador: Otorgar un instrumento legal fundamentalmente tuitivo respecto de la parte contratante denominada usuario o consumidor. Esta finalidad protectora, admitida expresamente desde el arranque del texto legal, operará como una pauta de importancia para interpretar todo el articulado subsiguiente.

Habría que distinguir que cuando la ley se refiere a "consumidores" , alude a todos quienes adquieren bienes, aunque no se trate estrictamente de cosas "consumibles" en los términos exactos del artículo 2325 del C.C. (véase el capítulo IV de esta ley). Por "usuarios" habrá que entender a los que contraten un servicio (aún un servicio público) y también a los que alquilen bienes muebles.

b) **Identificación del sujeto tutelado:** Se presenta al consumidor como la persona física o jurídica que contrata a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social. Esa es la llamada noción jurídica del consumidor, que ha sido diferenciada de la noción abstracta, abarcativa de todos los ciudadanos en cuanto aspiran a tener una adecuada calidad de vida, no sólo de consumidores de bienes o servicios para uso personal o familiar, sino también como persona a la que conciernen distintos aspectos de la vida social.⁹⁰⁹ Para la ley, consumidor como sujeto tutelado, es aquella persona que recibe el bien o el servicio como destinatario final, para usarlo o valerse de él. Puede serlo también una persona jurídica siempre y cuando se encuentre en las condiciones exigidas, y no haya hecho la adquisición para integrarla en un proceso de industrialización o comercialización.⁹¹⁰ Esta disposición debe ser interpretada de manera amplia a favor del consumidor –en orden a que sea abarcativa del mayor número posible- y de manera restrictiva en contra del proveedor.

c) **Alcance:** La ley tiene principalmente la intención de proteger al consumidor –considerado un no profesional- cuando contrata o se relaciona con un profesional, comerciante, industrial⁹¹¹. En este criterio, dentro de la norma están incluidas las siguientes contrataciones⁹¹²:

1º. Adquisición de cosas muebles: Se refiere sin duda a adquisiciones a título oneroso. El artículo no lo dice, pero surge del conjunto (ver el capítulo III, titulado "condiciones de la oferta y venta"). Ahora bien, el decreto reglamentario (inc. "a") admite también que se considere como consumidor a quien recibe gratuitamente un bien, o un servicio, en función de una eventual contratación onerosa. Por

⁹⁰⁹ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Protección Jurídica del Consumidor, en "Derecho Civil y Comercial - Cuestiones Actuales", p. 586, Advocatus, Córdoba, 1990. Los autores proporcionan un concepto suficientemente preciso de consumidor, definiéndolo como la persona física o jurídica que al adquirir bienes o servicios no está realizando una actividad empresarial o profesional (pag. 588).

⁹¹⁰ "La propuesta más generalizada en el Derecho comparado es considerar sólo consumidores entre las personas jurídicas, a las instituciones de carácter social (hospitales, escuelas, residencias de ancianos o infantiles) siempre que contrataren como consumidores finales" explica Alicia DE LEON ARCE ("Consumidores o consumidos", en Estudios In Memoriam del Prof. Manuel Iglesias Cubria, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994). Cita dentro de esa misma tesis a Antonio BERCOVITZ, para quien "será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado" (Estudios sobre Consumo, 1984/3, p. 36). A nosotros nos parece, y a pesar de la limitación ampliada contenida en la última parte del art. 1 del Decreto Reglamentario, que en justicia hasta una sociedad comercial puede estar tutelada cuando sencillamente adquiera el bien como usuario final, por ejemplo una vitrina para el local comercial, una computadora o un software, que no va a su vez a transmitir, sino que lo utilizará para sí misma.

⁹¹¹ LIMA MARQUES, Claudia, Contratos No Código de Defesa do Consumidor, p. 140, Edit. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1999.

⁹¹² Conviene insistir en que se trata de una enumeración simplemente enunciativa: "Creemos que se trata de una enumeración meramente enunciativa y no taxativa, por lo cual no quedan excluidos otros supuestos semejantes que puedan presentarse, y que no han sido específicamente previstos por el legislador" (VAZQUEZ FERRERYRA, R.A., y ROMERA, O.E.; Protección y Defensa del Consumidor, p. 7, Depalma, Bs.As., 1994)

ejemplo la entrega de muestra gratis que el proveedor hace teniendo en vista un contrato ulterior; o la entrega en comodato de un envase a quien adquiere únicamente el producto envasado.

También, y no habiendo distinción expresa, incluye cosas fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles (salvo el Capítulo IV referido exclusivamente a bienes no consumibles), principales y accesorias.

Debe tratarse de cosas destinadas al adquirente, para su uso o consumo, no para que sean objeto de renegociación, sino a modo de consumidor final. Insistimos sin embargo que debe realizarse la interpretación más amplia posible, de modo que permita incluir al mayor número de adquirentes, aún aquellos que adquieran el bien para usarlo -como consumidor final- en su trabajo o profesión.

2º. Locación de cosas muebles: Abarca todo tipo de muebles, subsistiendo a nuestro criterio el requisito de que sean no fungibles, art. 1499 del C.C.: Automoviles y motovehículos en general, maquinarias, casetes de video, animales, aunque las sean cosas indeterminadas (art. 1500 C.C.), etc.-

Todo siempre que se trate para uso honesto (art. 1503 C.C.), de otro modo el contrato es sin valor.

Corresponde entender que las previsiones de esta norma se extienden también al contrato de leasing; ya que según expresamente lo define ahora la ley 24.441, el mismo combina la locación y la compraventa; figuras ambas contempladas en este artículo que comentamos.

3º. Prestación de servicios: Comprende a los que encuadren en la definición del art. 1493 del C.C., y cualquiera fuese la naturaleza del servicio -art. 19. a los que deberán agregarse los servicios profesionales, en tanto no altere reglamentaciones provinciales, y siempre que no se trate de profesiones universitarias, excluidas por el artículo siguiente.⁹¹³

4º. Adquisición de inmuebles nuevos: Siempre que se trate de darle destino de vivienda. Podría discutirse que deba ser la vivienda del adquirente, ya que el requisito parece apuntar a la naturaleza del inmueble y no directamente al sujeto que empleará el bien. Sin embargo, cuando en el acápite dice "beneficio propio o de su grupo familiar o social", limita las garantías de esta ley al propio adquirente, sus familiares o vínculos sociales inmediatamente directos.

El hecho que la ley indique "nuevos" no se trata de la antigüedad del inmueble, sino que sean los llamados "a estrenar", es decir, que no hayan sido utilizados con anterioridad a la adquisición (Así lo reconoce luego el decreto reglamentario).

⁹¹³ Puede verse lo que hemos afirmado en otro trabajo, en sentido de que en el leasing se parte -como figura base- del contrato de locación de cosas (definido por el art. 1493 del C.C.) asignando al locatario el derecho de optar por adquirir el bien al finalizar el período locativo, pagando para ello el precio que ha sido preestablecido. (Las Nuevas Modalidades de Contratos, p. 71, Alveroni, Córdoba, 1997). En tal caso y siendo la combinación de dos instituciones tuteladas, parece lo más razonable entender que los tomadores en el contrato de leasing se encuentran igualmente tutelados.

Por otro lado nos parece necesario limitar la exigencia de oferta pública y destinada a persona indeterminada, únicamente en cuanto a lo referido a los lotes de terreno, ya que de otro modo sería un requisito exagerado, que excluiría la mayoría de los contratos en que se adquirieran casas o departamentos.

En caso de las viviendas prefabricadas, el temperamento que marca el decreto reglamentario es: En primer lugar debe considerarse como un contrato de consumo –por ende tutelado por esta ley- aún cuando la operación se concrete para construir la vivienda en un terreno propio del adquirente (o de un tercero), y el proveedor se limite a entregar los materiales para la construcción. En este supuesto, tanto quien entrega el material cuanto quien pone la mano de obra quedan obligados a todos los deberes que la presente ley impone. En segundo lugar, el adquirente puede exigir la entrega de planos a escala, con instalaciones, detalles y características de los materiales a emplear. El incumplimiento de este deber impuesto al proveedor debe hacer nacer una presunción a favor del consumidor en caso de reclamar una diferencia de calidad o de dimensiones en la vivienda prefabricada que le fuere entregada.

5°. Adquisición de lotes de terreno: La norma resulta confusa, es obvio que un lote de terreno no puede utilizarse para vivienda. Deberá entenderse que la finalidad del adquirente es realizar sobre el lote una edificación que sirva para habitación.

c) Contrataciones excluidas: Quedan fuera de la reglamentación de la ley:

1°. Las cosas usadas (ver el art. siguiente, in fine).

2°. Las cosas fuera del comercio (art. 2337 C.C.)

3°. La locación de inmuebles. (regulación especial, Ley 23.091)

4°. La adquisición de inmuebles no destinados a vivienda: Comercio, industria, actividad rural, etc.

5°. Los mutuos de dinero. Aunque puede afirmarse que el mutuario adquiere la cosa, estos contratos están sujetos a la regulación especial de la Ley de Entidades Financieras⁹¹⁴.

6°. Los actos a título gratuito⁹¹⁵, a excepción de lo incluido por el art. 1 del decreto reglamentario, según se ve más adelante.

7°. Los servicios de profesionales universitarios, en el modo dispuesto por la última parte del artículo siguiente.

8°. Las relaciones regidas por la Ley de Contrato de Trabajo.

⁹¹⁴ Rubén S. STIGLITZ opina que desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo el contrato bancario constituye un contrato de consumo y, como tal le resulta aplicable la ley 24.240, tratándose además de contratos por adhesión a condiciones generales, por lo cual las cláusulas abusivas que contengan están disciplinadas por la ley de defensa del consumidor. ("Defensa del Consumidor. Los Servicios Bancarios y Financieros", LL, diario del 08.05.98.

⁹¹⁵ Según explica MOSSET ITURRASPE, la exclusión tiene dos razones: a) Se protege al consumidor que tiene frente a sí a un empresario, vale decir, a una organización de producción o comercialización de bienes o servicios con fines lucrativos, y b) el donante no realiza un acto de comercio o un acto de empresa, sus fines no son lucrativos sino de beneficencia, amistad o caridad, tal como lo expresa el artículo 2145. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L.: "Defensa del Consumidor", p. 62; Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994.

d) Actos a título gratuito: La reglamentación agregó que deben considerarse consumidores, a todos los efectos de la ley, aquellos que reciban gratuitamente bienes o servicios en función de una eventual contratación onerosa. El mismo decreto da como ejemplo las llamadas "muestras gratis". Estimamos que son dos las situaciones que la ley comprende: La primera se refiere a la entrega gratuita de un bien con fines de muestra, y por el cual el proveedor tiene en miras una contratación onerosa ulterior. En este caso el acto gratuito tiene fines de propaganda, siendo normalmente la intención del quien lo distribuye lograr captar un futuro cliente. La segunda situación que a nuestro juicio está comprendida es aquella en que se entrega gratuitamente el bien o el servicio, pero como accesorio de otro contrato oneroso, así por ejemplo la entrega en comodato del envase a quien adquiere una bebida o un fluido combustible, o la instalación gratuita de un equipo que se ha comprado. Pensamos que ha sido un acierto por parte de la reglamentación dejar aclarado que tales actos están tutelados por la ley de defensa del consumidor, y que por ende el beneficiario de cualquiera de aquellos actos gratuitos antes indicados, puede reclamar al proveedor el cumplimiento de todos los deberes impuestos y las garantías dadas en esta legislación.

2.- LA EMPRESA Y EL PROVEEDOR

La ley 24.240 establece en el artículo 2: *"Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sea cosas usadas. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento."*

De manera tal que comprende:

a) Sujetos: La norma se ocupa de definir en primer término a la que se considera la parte "fuerte" del contrato: Es el enajentante -vendedor, cedente, proveedor, etc.-, el prestador, el locador del servicio, aquel que aparece como en un status superior en la relación jurídica debido a su poderío económico.

Queda claro que se incorpora como sujeto a todo tipo de personas ya sean de existencia visible o jurídicas (arts. 30 y sgtes. Del Código Civil).

Las personas jurídicas están incluidas en su totalidad, abarcando:

- Las de carácter privado: sociedades -civiles o comerciales, de cualquier tipo-, asociaciones y fundaciones (art. 33, 2ª parte del C.C.), debiendo estarse a una interpretación amplia.

- Las de carácter público: Donde están incluidos el estado -Nación, Provincia o Municipio-; entidades autárquicas; y la Iglesia Católica. Por tanto, el estado o la Iglesia, en cuanto resulten proveedores de bienes o servicios, o participen en alguna de las actividades descritas en este artículo, caeran bajo las prescripciones de esta ley.

Creemos que aún contra el estado, cuando enajene por procedimientos de derecho administrativo (licitaciones), podrá aplicarse esta ley en todo cuanto no difiera con leyes especiales, y no se altere el pliego de condiciones, teniendo siempre presente la desigualdad necesaria en este tipo de relaciones. No deroga, sin embargo, reglamentaciones provinciales sobre ese punto.

b) Actividades: Puede tratarse de la actividad o medio de vida habitual del sujeto; o una actividad meramente ocasional. Bien se ha anotado que "el mero ejercicio de una actividad empresarial en el mercado de bienes o servicios destinados a la satisfacción de las necesidades del consumidor, aún cuando no sea de carácter permanente, es suficiente para calificar al oferente como parte en la relación de consumo, sujeto entonces al cumplimiento de las disposiciones de la L.D.C."⁹¹⁶.

Se incluye a quien elabore el bien (producción), y a los sujetos que intervengan en la intermediación: el importador, distribuidor, y quien lo comercialize, es decir, aquel que directamente lo coloque al público, aunque no se trate de comerciante en los estrictos términos del Código de Comercio.

c) Exclusiones: Como dijimos en el artículo anterior, la venta de cosas usadas no entra dentro de lo reglado en esta ley. Por cierto que tales bienes gozan de garantía por vicios redhibitorios en cuanto son elementos naturales de los contratos, salvo exclusión expresa por las partes (art. 2166 del Código Civil).

Se excluye también a los que adquieren bienes o servicios como intermediarios para integrarlos a un proceso de formación de nuevos bienes o prestaciones; agregando de m

También se excluye a los servicios prestados por los profesionales universitarios⁹¹⁷, aunque generalmente existen normas locales que regulan tales actividades, como las leyes de colegiación, o normas éticas consagradas en el derecho positivo.

3.- LA RELACIÓN DE CONSUMO

⁹¹⁶. BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E.; "Anotaciones Sobre la Ley de Defensa del Consumidor", en diario EL DERECHO, n° 8376, del 22.XI.93, p. 3.

⁹¹⁷. Esta exclusión es criticada por MOSSET ITURRASPE, que entiende que se trata de un tratamiento "considerado" o "benigno" que les coloca en una situación de privilegio respecto de otros proveedores. Expresa que "si hay alguien obligado a cuidar la calidad de su servicio es el profesional universitario; si hay alguien que deba informar a sus clientes o pacientes es este profesional, y lo mismo acontece con los abusos que puedan encontrarse en las cláusulas contractuales o los documentos que hagan suscribir a sus clientes." Véase "Defensa del Consumidor", p. 69, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994.

La ley de defensa del consumidor dispone:

“Artículo 3º: Interpelación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.”

De ello debe tenerse en cuenta:

a) Integración: El artículo aclara cual es el conjunto de normas que disciplinan el contrato. En caso de conflicto, debe buscarse la solución dentro de la misma ley, y de no hallarse, recurrir las normas integradoras. En primer lugar esta ley se completa fundamentalmente con las disposiciones pertinentes del Código Civil, a las que deben añadirse las del Código de Comercio y de la ley de lealtad comercial, N° 22.802.

b) Interpretación: La interpretación tiene por fin despejar dudas o eliminar posibles ambigüedades que afecten la ley.

El último párrafo del artículo está proporcionando el principio que debe gobernar la interpretación de estos contratos, y que manda para los casos de duda estarse a aquella que resulte mas favorable al consumidor. Es decir que se aparta de lo que se conoce como intepretación objetiva del contrato, que supone un equilibrio entre las partes, para inclinarse en una postura que tiende a beneficiar a un contratante, aquel que como dijimos antes, se supone el sujeto mas débil de la relación jurídica. El principio será pues que las situaciones dudosas se interpretan de manera favorable al consumidor. Este ha sido además un criterio jurisprudencial reiterado para los contratos por adhesión o contratos tipo, que decidió que la interpretación se hace en contra de quien los redactó⁹¹⁸.

De cualquier forma el intérprete de esta ley especial no puede obviar el principio de buena fe consagrado por el art. 1198, 1ª parte del C.C, cuya observancia atañe a todos los involucrados en el contrato.

Por nuestra parte coincidimos con la doctrina indicada por PIZARRO - VALLESPINOS, que reconoce directamente la existencia de un principio nuevo, enunciado como “favor consommatoris” y que integra los tres aspectos principales del “in dubio pro damnato”: En la apreciación de los hechos, desde las tratativas hasta la ejecución del contrato, en la aplicación del derecho -en ausencia de certeza dar el encuadre normativo más conveniente al consumidor-; y en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que determinan que la carga de la prueba recae en quien se encuentra en mejores condiciones de aportarla, poniendo la prueba en cabeza de quien le resulta más fácil, más

⁹¹⁸. CNCiv., Sala D, 5.XII.83; "Jeronsky c/ Edificio Colonial", Rep. LL, XLIV, A-I, 454.

comodo, o más barato, atendiendo siempre a las circunstancias del caso y al desequilibrio de fuerzas que generan situaciones fácticas o económicas.⁹¹⁹

⁹¹⁹ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G.; Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, T. 1, p. 113, Hammurabi, Bs.As., 1999.

LA EMPRESA Y LOS CONTRATOS BANCARIOS

Alejandro E. Freytes

Sumario

I. Antecedentes. II. Contrato y Empresa. III. Actividad bancaria. IV Naturaleza jurídica de la actividad bancaria. V. Contratos bancarios: su recepción en el CCCN.

I. ANTECEDENTES

En siglos pasados la economía preponderantemente agrícola, veía a la tierra como el recurso productivo fundamental, la propiedad inmueble determinaba todo el proceso económico, y el contrato desempeñaba el papel complementario de un instrumento útil para favorecer su circulación. Pero la producción capitalista aparecida con el desarrollo de la industria, la innovación tecnológica, la expansión de nuevos mercados y la creciente dimensión financiera de las actividades comerciales, dio paso a una nueva fase en la economía de intercambio en la cual la riqueza y los recursos productivos no se identificaron ya con la propiedad inmueble, ni siquiera con los bienes materiales, sino con relaciones que nacen de los contratos.

Los modernos complejos productivos no son tanto el *stock* de bienes acumulados, sino más bien un conjunto de relaciones contractuales, con trabajadores subordinados, proveedores de materias primas, energías, tecnologías, medios financieros y finalmente, con los clientes. Así, el contrato emergió en la economía moderna como el instrumento que crea la riqueza, las nuevas formas de la riqueza productiva como afirma Vincenzo Roppo⁹²⁰ con singular agudeza.

El fenómeno se advierte particularmente evidente y claro en el sector financiero, donde los instrumentos financieros, que son la "mercadería" que se intercambia en el mercado, son todos contratos (acciones, obligaciones negociables, cuotas partes de fondos comunes), o en el ámbito de la multipropiedad, donde se transfiere no tanto entidades inmobiliarias, sino más bien posiciones contractuales.

II. CONTRATO Y EMPRESA

La evolución del sistema económico desplazó entonces el centro de gravedad del momento *estático*, estos es, la inmediata utilización física de los factores productivos, al momento *dinámico* de su organización en actividades más complejas de producción y de intercambio de bienes y servicios.

⁹²⁰ ROPPO, V. *El Contrato*, Gaceta Jurídica, primera edición peruana, Lima, 2009, p. 75.

Así, el contrato se convirtió en el instrumento esencial para el ejercicio de actividades económicas organizadas, y de ser un mecanismo esencialmente funcional a la propiedad, devino en un mecanismo esencialmente funcional a la empresa, como ha dicho el eminente profesor de Génova⁹²¹.

Es que el contrato define y funda la estructura jurídica de la empresa, gobierna su organización y funcionamiento que se presenta como una densa red de relaciones contractuales con trabajadores, colaboradores, proveedores de bienes y servicios, adquirentes de productos finales, etc. Y no es casual que los nuevos contratos surgidos al exterior de los típicos codificados (-como leasing, factoring, franchising, etc.) sean contratos de empresas.

En esta ligazón entre contrato y empresa se ha visto incluso la clave para comprender el proceso legislativo que condujo a la abrogación de los códigos mercantiles y a la unificación del derecho privado dentro de un único cuerpo normativo⁹²², sustentando la idea que la categoría de referencia, ya no es la de comerciante y actos de comercio, sino la de empresario y empresa donde se regulan las actividades económicas organizadas más importantes.

III. ACTIVIDAD BANCARIA

Sin duda alguna la evolución económica mundial ha debido su desarrollo al sistema bancario sin el cual no podrían subsistir la industria, el comercio, ni el agro⁹²³. La banca resulta un recurso imprescindible para esas actividades que precisan indefectiblemente del crédito, como consecuencia del incremento progresivo de los costos fijos, la producción masiva de bienes, o los apremios económicos que pueden afectar a cualquiera de ellas.

La distribución de capitales, la ejecución de pagos, la circulación monetaria, la regulación del mercado cambiario interno y externo y el desarrollo del crédito en sus diversas variantes, se cumplen mayoritaria o exclusivamente a través de la operatoria de las entidades financieras⁹²⁴.

Según lo sostuvo Joaquín Garriges en su obra que ha devenido clásica en la materia⁹²⁵, la empresa bancaria es ante todo un círculo de actividades regida por la idea organizadora del empresario, realizadas en forma masiva y con carácter permanente y profesional.⁹²⁶

La variedad de operaciones bancarias, siempre desarrolladas en forma de empresa, incluyen las *pasivas* en las cuales la entidad capta del mercado el dinero, constituyéndose en deudor (depósitos en cuentas corrientes, cajas de ahorros, plazos fijos), las *activas* que permiten colocar en el mercado el dinero obtenido mediante las pasivas o con recursos propios, constituyéndose en acreedor (descuento y compra de documentos, adelantos y descubiertos en

⁹²¹ ROPPO, V. ob. cit. p. 76.

⁹²² ROPPO, V. Ibidem

⁹²³ LABANCA, J. *La actividad bancaria como servicio público y la autorización para funcionar como banco*, JA, 1967-IV, Doctrina, p. 811.

⁹²⁴ FARGOSI, H. *La actividad bancaria: ¿servicio público impropio?*, RDCO, 1978, p. 747.

⁹²⁵ GARRIGES, J. *Contratos bancarios*, Aguirre, Madrid, 1958, p. 10 y ss.

⁹²⁶ FROHLICH, J. *Contratos y Títulos Valores en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 20XII Grupo Editorial, Bs. As. 2015, p. 195.

cuentas corrientes, préstamos personales, hipotecarios, prendarios, anticipos de títulos y valores, financiamiento a través de tarjetas de créditos, etc.) y finalmente, *accesorias* desvinculadas de la captación y colocación de fondos, que consisten fundamentalmente en la prestación de servicios (alquiler de cajas de seguridad, compraventa de divisas y títulos valores, cobranza y pago de facturas, custodia y administración de títulos valores, etc.) todas desarrolladas bajo la organización de una empresa.

Así, la actividad bancaria termina influyendo hasta en los últimos rincones de la vida social. Desde la economía doméstica hasta la del propio Estado, desde el ahorro familiar hasta el financiamiento de las grandes empresas, todos están directamente conectados con los bancos o las instituciones financieras.

Al impactar en un amplísimo espectro de la actuación humana e institucional, la actividad bancaria -como no podía ser de otro modo- está sometida a diversas regulaciones: normas relativas a la autorización y funcionamiento de las entidades financieras (ley 21.526) normativas fiscales, contables, laborales, etc. y finalmente disposiciones que regulan el negocio jurídico bancario desperdigadas en distintos cuerpos legales⁹²⁷.

La creciente intervención estatal regulando la actividad del sector se debió fundamentalmente al aumento del control de la moneda por los entes gubernamentales, al impacto del desarrollo tecnológico en las economías nacionales y a la interdependencia de los estados.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

Ello ha conducido a una encendida discusión doctrinaria entre quienes califican a la prestación bancaria como un *servicio público liso y llano*, y quienes decantan por un *servicio público impropio*.

Los primeros, en una posición extrema liderada por Villegas⁹²⁸, sostienen que la actividad bancaria y financiera por satisfacer necesidades e intereses generales y por la gravitación que tiene dentro de la comunidad, merece ser asimilada a un servicio público que requiere control de la autoridad estatal.

Los segundos, en una postura menos radicalizada que comparte Marienhoff⁹²⁹, la califican de servicio público impropio o virtual desde que su prestación no es efectuada directamente por el Estado.

Esta última posición ha sido cuestionada por amplios sectores de la doctrina advirtiendo que presenta el peligro de asignar a la administración prerrogativas legislativas, posibilitando al Ejecutivo erigir en servicio público cualquier actividad privada e imponerle una reglamentación en perjuicio de los derechos de los administrados. Como ha dicho Dromi⁹³⁰ con acierto, la noción de servicio público impropio o virtual es demasiado vaga y arbitraria para

⁹²⁷ MARTORELL, E. *Tratado de los contratos de empresa*, tomo II, *Contratos Bancarios*, 2da. Edición, Depalma, Bs. As., 2000, p. 12 y ss.

⁹²⁸ VILLEGAS, C. *Régimen legal de bancos*, Depalma, Bs. As., 1983, p. 42.

⁹²⁹ MARIENHOFF, M. *El servicio público y sus variadas expresiones*, JA, 29-1975, p. 728.

⁹³⁰ DROMI, J. *Derecho Administrativo Económico*, tomo II, n° 64, Bs. As., 1979, p. 104.

reconocerle algún valor jurídico y constituye un error de principio y de lenguaje, desde que todos los servicios públicos son propios en el sentido que son debidos.

En una opinión que hoy cuenta con generalizada aceptación autoral, se encuentran quienes defienden la idea que la actividad bancaria no es un servicio público propio ni impropio o virtual, sino que se trata de una actividad individual y privada de interés público⁹³¹, aunque regulada por el Estado, que en este caso particular otorga una *autorización* a las entidades para funcionar, y no una *concesión* como lo hace habitualmente al permitir la prestación de los servicios públicos.⁹³²

Es además la posición mayoritaria de la jurisprudencia⁹³³ haciendo especial hincapié en que no es dable confundir función pública y función de interés público, máxime en supuestos como los de la actividad bancaria y financiera, que está regulada por el derecho privado⁹³⁴.

Es que los servicios públicos presentan características esenciales como la igualdad de trato, la obligatoriedad de la prestación, y el régimen especial de precio y pago por medio de tarifas fijas e innegociables. Estas cualidades no son propias de la operatoria bancaria, caracterizada por la selección voluntaria de la clientela y los riesgos, la libertad de concertación de tasas y la desigualdad de tratamiento hacia sus clientes en función de la cantidad, variedad y complejidad de negocios que tienen concertados con ellos.

Estas peculiaridades propias de la actividad bancaria como empresa han sido recibidas incluso en el derecho continental europeo, superando la perspectiva clásica de intermediadora del crédito y destacando su particular marco de exigencias y responsabilidad contractual como veremos enseguida.

Ahora bien, la actividad de los bancos se traduce en operaciones, o para ser más precisos en contratos bancarios. Ambos términos son sinónimos, como lo apunta con acierto Giacomo Molle⁹³⁵ en la doctrina italiana, advirtiendo que la normativa peninsular en ciertas ocasiones refiere a las “operaciones bancarias”, -por ejemplo en los arts. 1852 y 1857 del Codice Civile-, y en otras derechamente a los contratos, como ocurre con el capítulo XVII, del Título III, Libro IV -que contiene aquellas disposiciones- y que titula casualmente, *De los contratos bancarios*.

⁹³¹ FARGOSI, H. *Estudios en Homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 739; MATA Y TREJO, G. *El Control estatal de la actividad financiera*, D.E. n° 55, p. 19. En la doctrina italiana, FERRI, G. *Voz Aziende di Credito*, Enciclopedia del Diritto, tomo IV, p. 754 y en la española, RETORTILLO, Martín *Aspectos Administrativos del crédito*, en RETORTILLO Mario S. *La disciplina publicita del crédito*, Padova, 1970, p.87 y ss.

⁹³² Sobre la diferencia entre la autorización y la concesión, véanse MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, n° 229, Bs. As., 1965; DIEZ, M. *Derecho Administrativo*, tomo II, 2da edición, Bs. As., p. 219 y 222.

⁹³³ Por todos, *Inversor SCA en quiebra c/ Banco Continental SA*, LL; 1980-D, 562, en especial el enjundioso voto del Dr. Raúl Aníbal Etcheverry, con destacada nota de FARGOSI *La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público*.

⁹³⁴ Véanse los comentarios de KABAS DE MARTORELL, M. E. y MARTOREL, E, *La banca ante el derecho. Experiencia nacional y extranjera y propuestas*, LL, 29/2/88, p. 1.

⁹³⁵ MOLLE, G. *Manual de Derecho Bancario*, 2da. Edición traducida por Mario Bonfanti, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987, p. 113.

Esta actividad regulada y reglamentada se dinamiza con la contratación bancaria. Así, lo que se desde el punto de vista técnico son operaciones bancarias desde la perspectiva jurídica, son contratos.

V. CONTRATOS BANCARIOS: SU RECEPCIÓN EN EL CCCN

El Código de Comercio derogado por la ley 26.994 había fijado la comercialidad de las operaciones bancarias en su art. 8 inc. 3, en el art. 579 que disponía la aplicación supletoria de las normas previstas para el depósito comercial a los depósitos bancarios y en el único contrato bancario específico que reglamentó, la cuenta corriente bancaria (arts. 791 a 797). Tampoco el C. Civil por la naturaleza comercial de la actividad bancaria, tenía disposiciones sobre el tema, salvo la aislada mención del art. 2185 inc. 4to que establecía la aplicación supletoria de las disposiciones del depósito civil a los depósitos en cajas o bancos públicos⁹³⁶.

En tan escuálido contexto legislativo la mayoría de las lagunas, las colmaban las circulares y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina, que en ejercicio del poder de policía, de la protección del interés público y en virtud de las facultades que le otorgaba su Carta Orgánica regularon durante largos años innumerables aspectos de las operaciones bancarias y por consiguiente, de las condiciones de contratación. Pese a su innegable importancia, esas normas de naturaleza eminentemente reglamentaria, resultaban insuficientes para dotar al ordenamiento positivo de una regulación vasta y específica sobre la materia.

Esta orfandad normativa respondía al reducido desenvolvimiento de las operaciones bancarias y financieras propias de la época de su sanción, pero la expansión de las actividades comerciales en décadas posteriores generó airados debates doctrinarios tratando de explicitar la naturaleza y el régimen aplicable a las variadas especies contractuales bancarias que emergieron de la intensificación del tráfico comercial. Pronto se advirtió que los negocios bancarios respondían a causas eminentemente financieras, suponían operaciones económicas en ocasiones de gran envergadura y complejidad, y poseían una dinámica, impronta e identidad propias que los dotaba de una autonomía merecedora de una regulación especial.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado dentro Libro III de los Derechos Personales, al Título IV de los Contratos en Particular y allí al Capítulo 12 regulando los Contratos Bancarios. El método utilizado por el nuevo ordenamiento es el de una especie de "subsistema normativo" que incluye una primera sección de disposiciones generales referida a la transparencia de las condiciones contractuales y a los contratos bancarios con consumidores y usuarios; y una segunda, que regula los contratos bancarios en particular, incluyendo el depósito bancario, la cuenta corriente bancaria, el

⁹³⁶ TSCHIEDER, V. *La contratación bancaria en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2015, p. 148; BARREIRA DELFINO, E. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos bancarios*, Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 68 y ss.

préstamo y descuento bancario, la apertura de crédito, el servicio de cajas de seguridad y la custodia de títulos.

Este criterio de política legislativa revela que la problemática de las relaciones jurídicas bancarias requería de una normativa específica que aborde de modo sistemático sus particularidades propias y establezca reglas comunes aplicables a todos los contratos bancarios en general.

El diseño adoptado ha superado la evidente insuficiencia de los códigos fundados anteriores, estableciendo claramente nociones específicas de cada uno de ellos, derechos y obligaciones de las partes involucradas, y un régimen legal integral que ahora hace innecesario encuadrar esas figuras contractuales en los moldes tradicionales previstos en los códigos decimonónicos, sin dudas pensados para una realidad comercial muy distante y muy distinta a la actual.

La doctrina nacional había sostenido desde hace largo tiempo que en los contratos bancarios subyacen causas eminentemente financieras y que su objeto son operaciones económicas muchas veces de singular complejidad, con una dinámica e identidad propias que imponían una legislación especial, y que en modo alguno colmaban las Circulares y Comunicaciones del BCRA dictadas en ejercicio de su poder de policía, en beneficio del interés público y en virtud de las facultades previstas en su Carta Orgánica.

Desde esa perspectiva el abordaje del Nuevo Código luce apropiado a los tiempos que corren pues la bancarización es un fenómeno de dimensiones globales y con impacto en la mayoría de los ciudadanos. Esta reglamentación específica colma una laguna legislativa vacua desde hace largo tiempo.

El ámbito de aplicación de la novel disciplina sigue un criterio subjetivo pues el art. 1378 del CCCN declara aplicables sus disposiciones a los contratos bancarios que se celebren con entidades financieras y con las personas y entidades públicas o privadas no comprendidas expresamente en esa legislación, -que es la ley 21526-, cuando el BCRA disponga que dicha normativa le es aplicable. Así, quedan alcanzados los bancos comerciales, de inversión o hipotecarios, las compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles y las cajas de crédito, todas entidades que intermedian habitualmente entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

Ahora bien, pese a que las disposiciones previstas en la parte general son aplicables a todos los sujetos o entidades antes indicados, sean bancos u otras entidades autorizadas, los contratos bancarios que pueden celebrar son aquellos cuyo objeto esté directamente relacionado con la actividad autorizada por la ley 21.526. Así, los bancos comerciales son los únicos autorizados a realizar todas las operaciones que no se encuentren expresamente prohibidas, el resto, solo puede concertar acuerdos que refieran a operaciones específicamente autorizadas por la entidad de aplicación.

Dentro de las Disposiciones Generales el nuevo diseño introduce una serie de normas cuyo principio jurídico cardinal lo constituye la transparencia en la información de las condiciones de contratación bancaria, eje central en torno del cual giran todos los artículos de la sección.

Es que no puede soslayarse que los bancos son empresas profesionales que revisten superioridad económica, jurídica y técnica, que celebran contratos en masa, estandarizados en formularios con estipulaciones predispuestas unilateralmente, a las que el cliente adhiere mansamente. La mayoría de los acuerdos que celebran revelan una innegable desigualdad de partes, no solo por el dispar poder de negociación, sino especialmente por el desconocimiento de los particulares de la especificidad de las cláusulas y de los aspectos técnicos de la operatoria.

La transparencia se erige entonces en un principio básico que es consecuencia directa de la economía de mercado donde se despliega la operatoria bancaria imponiendo a las entidades que se vinculen con particulares el deber de brindar una información completa y suficiente, clara y veraz para facilitar su genuino y amplio discernimiento en los acuerdos concertados.⁹³⁷

Esta obligación encuentra amplia recepción en el derecho comparado como el italiano por ley 154 del 17 de febrero de 1992 y el español por ley 10 del 26 de junio de 2014 sobre transparencia de las operaciones y servicios bancarios y financieros consagrando el deber de brindar información clara y sin ocultamientos en una manifestación concreta de la buena fe objetiva que impone actuar con probidad, y proceder en forma honesta y leal.⁹³⁸

La publicidad veraz de la propuesta y de la documentación contractual, de la tasa de interés, gastos y comisiones devengables, y de las condiciones económicas de los servicios que brindan; la formalidad escrita de los acuerdos concertados; la información periódica anual por medios electrónicos del desenvolvimiento de las operaciones de contratos de plazo indeterminado o mayores a un año; el derecho a la rescisión unilateral y gratuita del cliente en los negocios de plazo indeterminado; y la aplicación de las normas de consumo a los contratos bancarios que revistan tal jaez, completan el cúmulo de normas de protección que la sección general brinda a los usuarios de servicios bancarios (arts. 1379 a 1383 CCCN).

Bajo el imperio del nuevo ordenamiento los bancos quedan sometidos a una disciplina especial distinta incluso del derecho común generalmente válido para la regulación de otras actividades económicas de las empresas, en particular en cuanto concierne a su “transparencia” en orden a la información

⁹³⁷ WALTER DE TULER, M. C. *Contratos bancarios*, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 18.

⁹³⁸ GIORGIANNI, F - TARDIVO, C.M. *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, 2009, disponible en <https://books.google.com.ar>; ODORQUI CASTILLA, G. *La buena fe contractual y el principio de transparencia*, en Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Numero 1, mayo de 2015.

que deben proveer respecto de su estructura y de su actividad, tanto al ente regulador –el BCRA- como ante otros agentes económicos y al mercado.

Así la transparencia de las condiciones contractuales actúa como una sinergia de la transparencia de la actividad bancaria pues informando al cliente sobre elementos esenciales de la relación obligatoria y sus implicancias, se favorece al mismo tiempo el desempeño más eficiente de las entidades y los comportamientos leales de la competencia.

En este sentido el mercado financiero debe funcionar con la mayor competitividad pero también con la mayor equidad y eficiencia. Sobre esas tres peanas se apoya la transparencia que funciona como una conjunción armónica para asegurar que la participación en el mercado bancario, en cualquier segmento en el que se actúe, se desarrolle en un marco de confianza que dé garantía a las operaciones y servicios financieros⁹³⁹.

⁹³⁹ CAMERINI, M. *Mercado de valores*, Editorial AD HOC, Bs. As, Año 2002, p. 265.

LA FAMILIA: LA EMPRESA VERDADERA

Alicia García de Solavagione

Sumario

- I. *Objetivo.*
- II. *Introducción al significado social de la familia actual.*
- III. *Otro desafío de la posmodernidad. La familia ante la inteligencia artificial y robótica.*
- IV. *La frontera conculcada. Quebrantamiento de principios éticos-morales.*
- V. *Carácter coactivo y exclusivo de los preceptos legales e instituciones de carácter familiar.*
- VI. *De cómo definir a la familia en este clima de época.*
- VII. *Cargas familiares y correlativos deberes de aportar pecuniariamente a la economía del grupo.*
- VIII. *Conclusiones.*

"Los humanos somos insustituibles".

I. OBJETIVO

La familia es una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de las relaciones intersexuales que generan la convivencia (matrimonial o fáctica) y los vínculos de sangre o nexos biológicos⁹⁴⁰. Se quiere significar así que es una entidad *prejurídica*, de base natural; que no es una institución jurídica creada o regulada por el derecho.

En el ámbito de lo familiar existen instituciones normatizadas por el derecho, pero también se observa un dinámico campo que obedece a reglas **extrajurídicas**. Ese espacio fáctico -no jurídico-, es el que lleva a considerar que la familia actual es una *"sociedad en crisis"*, para expresarlo por mimesis con la temática de este encuentro.

En las últimas décadas se agravaron los síntomas *"falenciales"*, varios factores, entre los que cabe mencionar en orden de gravedad: las distintas tipologías de violencia doméstica; fractura de la función paterna (que puede no ser el

⁹⁴⁰ FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO. *Derecho de Familia*. Ed. Advocatus. Córdoba, Argentina. 2007. Tomo I, p. 27.

progenitor); adultización de los niños a muy corta edad⁹⁴¹; incesante invasión de los medios de comunicación y virtuales; diversas categorías de adicciones; trastornos alimenticios y un consumismo hedonista ilimitado, incorporación de tecnología robótica en el ámbito familiar, entre otros. ¿Está en crisis la familia o existen cambios sociales multifrénicos⁹⁴², con incidencia familiar?

Constituye un tópico conocido la afirmación de que el derecho, por naturaleza conservador, va siempre a la zaga de las nuevas realidades creadas, como consecuencia de la puesta en aplicación de nuevas tecnologías y otras mutaciones profundas en los sistemas de valores, creencias y convicciones que una sociedad profesa. A poco de haberse producido reformas sustanciales en la codificación civil argentina, nos vemos sometidos a otros problemas, nuevos retos, y nuevas fronteras que ni siquiera imaginamos. Con la novísima legislación, podía pensarse que se disponía de un Derecho de familia acorde con la historia y continuaríamos viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo. En este sendero, transita Ramos Cabanellas al expresar: “Históricamente, los grandes cambios que ocurrieron en los tipos de familia predominantes fueron acompañados de problemas de **desajuste y tensión entre sociedad y familia**. El caso de la transformación actual no parece ser una excepción a la regla”⁹⁴³.

Algunos problemas estaban larvados, como la violencia doméstica extrema. Otros conflictos, en cambio, son resultado del ilimitado avance de la ciencia y la técnica dentro del grupo familiar. Pero sería necio ignorar que agrava el panorama la contumaz *anomia* en Argentina, donde cuesta respetar y cumplir las normas de derecho positivo, y observar el orden público familiar, los usos y costumbres familiares. La justicia ideologizada -no necesariamente producto del activismo judicial- tiene mucha responsabilidad al respecto. Admiten la judicialización de casos que el legislador del 2015 soslayó **por razones de política pública, de modo expreso**. Así, es frecuente en ámbitos especializados, el uso del lema (contenido en el artículo 19 de la CN): “lo que no está prohibido, está permitido”, como exclusiva argumentación legal de sus posturas. Peligrosa “*aberratio-iuris*” en nuestra doctrina familiar.

⁹⁴¹ El art. 617 del CCCN regula el juicio de adopción, aplicándose entre otras la siguiente regla: *Son partes (...) e) el pretense adoptado mayor de diez años que debe prestar consentimiento expreso*. Y a su vez el art. 634 del mismo cuerpo normativo, establece que *adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: (...) inc. i) la falta de consentimiento del niño mayor de ¡diez años!, a petición exclusiva del adoptado*. Por otro costado y en franca colisión con las normas citadas, el art. 261 del CCCN, define al acto involuntario por falta de discernimiento como: (...) c) *el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años (...)*.

⁹⁴² GERGEN, KENNETH J. Psicólogo estadounidense, y profesor en Swarthmore College. Fue el creador de la locución “*multiphrenia*”, definiéndola como la condición, en gran parte atribuida al aumento de las tecnologías que incrementan el contacto social, de ser simultáneamente arrastrado en direcciones múltiples y contradictorias (el yo saturado).

⁹⁴³ RIVERO DE ARHANCET, MABEL - RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ. *Derecho de Familia Personal*. 4ª edición. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Julio 2014, p. 13.

Por lo que aquel presagio benevolente, evidentemente, desapareció.

II. INTRODUCCIÓN AL SIGNIFICADO SOCIAL DE LA FAMILIA ACTUAL. LA MONOGAMIA EN DEBATE

Como consecuencia de la vida moderna, se observan tres notables borramientos de las diferencias existentes en la organización de la estructura social:

- a) de clase social, se tiende a una sola clase social: la del consumidor, cuya diferenciación la establece el consumo mismo ya que los objetos que se venden llevan las marcas del nivel social del comprador;
- b) el de la generación: cuyo modelo hegemónico es el de ser joven y
- c) el desdibujamiento del género: tendencia a asumir modos similares a la androginia⁹⁴⁴.

Causa alarma, asimismo, la existencia de normas *iusfamiliares* sin legitimación social.

El Derecho protectorio de las instituciones familiares, es resultado de la "*rapidación*", fenómeno que obliga al operador jurídico a una sensible, diligente, acelerada y activa observación de la realidad.

Las parejas homoafectivas, transexuales, travestis, transgéneros, hermafroditas, intersexuales, de género binario, han sido reconocidos legalmente como ciudadanos y como tales tienen derecho a construir parejas y familias legalizadas. Las leyes de Matrimonio Igualitario 26.618 (2010) y de Identidad de Género, número 26.743 (2012), son ejemplo de ello. Esta aspiración demuestra la necesidad de *adoptar el orden familiar*, que antaño a veces los marginara o excluyera, más allá de que ciertos grupos sociales, consideraban a la familia patriarcal como funesta. **La familia es el único valor seguro al que nadie quiere renunciar.**

Elemento de perturbación es la innegable corriente *desbiologizadora* de los vínculos intrafamiliares, imperante a raíz de políticas públicas que inciden en la institución familiar y sus fines⁹⁴⁵.

En este ámbito social -no jurídico-, se avizora la generación o formación de una familia, como uno de los verdaderos desafíos del Hombre, ontológicamente considerado, capaz de transmitir valores a sus integrantes.

En la actualidad la familia se asocia así a un hecho de la naturaleza (la reproducción de la pareja) con un hecho de la cultura (la socialización), con funciones que no siempre están consagradas por el derecho, razón por la cual se recurre a la intervención de *cruciales disciplinas sociales (interdisciplinariedad)*.

⁹⁴⁴ GALENDE, EMILIANO. *De un horizonte incierto: psicoanálisis y salud mental en la sociedad actual*. Ed. Paidós. Buenos Aires. 1998, p. 98.

⁹⁴⁵ La ideología de Género, es un ejemplo de ello. En el Congreso Internacional de Derecho de las Familias Niñez y Adolescencia del año 2018, comisión 2, en el módulo "Identidad", se aconseja: (...) 3) *Las intervenciones quirúrgicas u hormonales de reafirmación sexual, deben contar con el consentimiento del niño*; 6) *Suprimir en todo tipo de documentación la clasificación jurídica del sexo y del género*. Ver en: congresoderechofamiliasmendoza.com/conclusiones/. 20/09/2019.

La existencia de familias monoparentales, homoparentales, ensambladas, clonadas, generadas artificialmente, ajenas a la diferenciación de sexos, puso en jaque a la sociedad argentina. A nivel continental existen otras tipologías familiares, tales como las conformadas por matrimonios poliafectivos (legitimando así la poligamia)⁹⁴⁶; matrimonios grupales, o de tres personas, la eliminación del impedimento matrimonial dirimente de consanguinidad en clase y grado prohibido (matrimonios constituídos por el padre y la hija, madre e hijo)⁹⁴⁷. En materia de adopción, existen precedentes de adopción de mascotas por ser consideradas “personas no humanas”.

El principio del matrimonio monógamo no debe estar en discusión. La mutua entrega es incompatible con la poliviria y la poligamia; solamente es factible dentro de la monogamia⁹⁴⁸. La familia monogámica es una de las características relevantes del mundo occidental, receptada en todas las legislaciones de los países de raíz romano germánica; en los países del *Common Law*; en los países eslavos; en China y en la mayoría de las naciones asiáticas y africanas que sufrieron la influencia de la cultura cristiana occidental (Japón, Corea del Sur, India, Sudáfrica, Angola, etc.) con excepción de los mormones⁹⁴⁹.

Sostienen las juristas rioplatenses Rivero de Arhancet y Ramos Cabanellas, respecto a los principios del matrimonio en Uruguay: “*Monogámico. En nuestro país no se acepta la poligamia y por lo tanto la validez de un matrimonio estará afectada por la existencia de un matrimonio previo*”⁹⁵⁰.

En los estatutos filiatorios, se observan cuestionamientos éticos, que exceden el marco de esta colaboración. Sólo planteamos el futuro de la eventual existencia de hijos-robots.

III. OTRO DESAFÍO DE LA POSMODERNIDAD. LA FAMILIA ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ROBÓTICA

La definición de inteligencia artificial que creemos apropiada, es el uso de computadoras para tareas que, normalmente, necesitan de la inteligencia

⁹⁴⁶TAVARES DA SILVA, REGINA BEATRIZ. *Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável*. En la obra colectiva *Família e Pessoa: uma questão de princípios*. Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. ADFAS. 21/8/2018. San Pablo. Brasil, p. 599 y ss. La prestigiosa académica paulista ilustra acerca de los denominados en Brasil “Trisais”, es decir *Trisal*. La poligamia, poliamor o poliafecto es una unión estable entre tres, cuatro o más personas que pueden ser: un hombre con dos mujeres, una mujer y dos hombres, un hombre y tres o más mujeres. Estos tipos de matrimonios se instrumentan por escritura pública en donde las partes declaran la existencia de una relación poligámica, con naturaleza de entidad familiar, de la que derivan importantes efectos, personales y patrimoniales.

⁹⁴⁷ Proyecto de ley de *Brasil*, N° 3369/2015 del Diputado Orlando Silva, denominado “Estatuto Das Famílias do Século XXI” ordena en su Art. 2°: “*São reconhecidas como famílias todas as formas de união entre duas ou mais pessoas que para este fim se constituam e que se baseiem no amor, na socioafetividade, independentemente de consanguinidade, gênero, orientação sexual, nacionalidade, credo ou raça, incluindo seus filhos ou pessoas que assim sejam consideradas. Parágrafo único: o Poder Público proveerá reconhecimento formal e garantirá todos los direitos decorrentes da constituição de famílias na forma definida no caput*”.

⁹⁴⁸ Artículo 431 del CCCN.

⁹⁴⁹ FANZOLATO. *Derecho de...*, cit., p. 33.

⁹⁵⁰ RIVERO DE ARHANCET - RAMOS CABANELLAS. *Derecho de...*, cit. p. 124.

humana⁹⁵¹. En otras palabras, es un programa de computación diseñado para realizar determinadas operaciones que se consideran propias de la inteligencia del hombre. Como consecuencia directa de esta creación, existen robots. Que es definido como la máquina capaz de llevar a cabo una serie compleja de acciones automáticamente, especialmente programada por una computadora⁹⁵².

Pero también -de allí la preocupación-, se enuncia a la I.A. como la herramienta interconectada, interactiva, cognitiva y física, *capaz de percibir su entorno, razonar sobre acontecimientos, hacer o revisar planes y controlar sus acciones. Esta descripción luego puede incluir desde software hasta un artefacto con forma humanoide*. A nivel internacional, estudian incluso conceder un reconocimiento legal a estos aparatos cuasi humanos. Aunque es cierto que expertos en robótica alertan sobre el riesgo pues *“darle status legal a un robot infringe los Derechos Humanos”*⁹⁵³. Quizás se predice que es el comienzo de legalizar a las empresas robóticas como humanos. “Hanson Robotics” creó a “Sophia”, humanoide que tuvo su presentación formal en marzo de 2016 y obtuvo, un año y medio después, la ciudadanía saudí⁹⁵⁴.

El interés del iusfamiliarista, es el ingreso de estas máquinas en la vida cotidiana y los *efectos* sobrevinientes en las relaciones que de ellas derivan. Su incidencia en el grupo familiar. La tribulación liminar, surge a raíz de información que llega desde Europa como de los Estados Unidos, donde existen instrumentos legales idóneos para regular los progresos de la I.A.

Se interroga el notable jurista colombiano Hinestrosa, acerca del concepto actual de familia, ante estos dilemas. “Hasta dónde han sido y serán vanos los empeños de reformar la familia y de volverla “más racional y operativa”, cual si en esta materia pudiera operar y fuera aceptable la presencia de ‘modelos’?”⁹⁵⁵. *“Bien pudiera verse la familia, como el germen de la sociedad e, históricamente, como el anticipo del Estado (...). “Es evidente la existencia de una zona de conflicto latente entre individuo (miembro) y familia, por lo cual es preciso determinar con nitidez cuáles son los “derechos de la familia”, individualizar los derechos de los distintos sujetos de las relaciones conyugales, maritales y paterno-filiales, con deslindes precisos y atención a las diversas circunstancias, condiciones, edades, sexo, de modo de no reincidir en el sacrificio de los derechos del hombre”*.

⁹⁵¹ Oxford English Dictionary, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence. 15/09/2019.

⁹⁵² MELO, VERÓNICA E. *El derecho ante la inteligencia artificial y la robótica*. ED. N° 14.343. Año LVI. ED 276. 6/2/2018. Sostiene la académica: “Así, por ejemplo, entre otras aplicaciones, permite detectar cáncer de piel, mejorar la predicción de terremotos, tsunamis, y otros desastres naturales, conducir vehículos, pintar cuadros, escribir guiones o historias, componer música, detectar enfermedades en cultivos con la finalidad de evitar su contagio, reconocer emociones en fotografías y en la voz humana, entre otras ilimitadas posibilidades que crecen día a día”.

⁹⁵³ <https://www.fayerwayer.com/2018/04/robots-derechos-humanos/>. 20/09/2019.

⁹⁵⁴ <https://www.infobae.com/america/tecno/2017/10/27sophia-el-primer-robot-en-obtener-una-ciudadania/>. 20/09/2019

⁹⁵⁵ HINESTROSA, FERNANDO. *Diversas formas familiares*. Libro de Ponencias de Profesores Invitados, X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina.1998, p. 153.

IV. LA FRONTERA CONCULCADA. QUEBRANTAMIENTO DE PRINCIPIOS ÉTICOS O MORALES

Si bien es innegable que los ciclos de innovaciones tecnológicas se irán abreviando, acelerando los cambios exigiendo al hombre la adquisición de nuevos conocimientos, debe constituir “la alta transitoriedad” la impronta. Cita Zannoni a Toffler, alertándolo “en que la duración de las relaciones se abrevia, y su cambio se hace sumamente rápido. En sus vidas las cosas, los lugares, las personas, las ideas y las estructuras organizadas se gastan mas de prisa”. El jurista interpreta que “no vivimos un proceso de desmasificación del hombre. Creemos, más bien, que asistimos a un proceso de masificación del aislamiento”⁹⁵⁶. Y predice que el desafío del derecho de familia de los próximos lustros, deberá asumir el desafío de la libertad del hombre en su mundo transitorio y cambiante.

Ahora bien, el derecho bajo análisis, se caracteriza por limitar al máximo la voluntad individual de los miembros de la familia pues **no todo lo que es legal o lícito es legítimo**. Sólo será legítimo lo que se compadece con los principios fundantes del orden público, los cuales hunde sus raíces en las fuentes del derecho natural, de la moral y de las buenas costumbres locales⁹⁵⁷. Veamos, por caso, lo abordado y sus conclusiones en este evento jurídico.

En Mendoza, Argentina, se llevó a cabo, entre los días 9 al 11 de agosto de 2018, el “**Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia**”. La Comisión 2, titulada “**Bioética y Familias. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dignidad, Autonomía y Derecho al propio cuerpo. Robótica y persona**”, se abordó esta temática concluyendo, entre otras curiosas recomendaciones:

Gestación por sustitución:

- 1) “Se debe modificar el actual artículo 562 del CCCN en el sentido de dejar en claro que *les nacides* por gestación por sustitución no son *hijos* de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes prestaron su consentimiento previo informado y libre”. (**¿Se avizora un robot-gestante?**).
- 2) “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.
- 3) “Se debe regular la gestación por sustitución con carácter de orden público que vislumbre esta figura dentro de la problemática *de la salud pública*. (¿intento de concesión de cobertura por parte de las **Obras Sociales**, de contratos de locación de útero?)”.
- 4) “Se debe crear un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación”.
- 5) “En los procedimientos de gestación por sustitución deben firmar los consentimientos con las formalidades prescriptas en los artículos 59, 560, 561 y 562 del CCCN, cada una de las personas intervinientes, es decir, uno *le* gestante, y cada uno de *les* integrantes de la pareja, firmarán individualmente, uno cada *une*⁹⁵⁸.”

⁹⁵⁶ ZANNONI, EDUARDO A. *Derecho de Familia*. Tomo I. 5ª edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Bs. As. 2006, p. 47.

⁹⁵⁷ FANZOLATO. *Derecho de...*, cit., p. 66.

⁹⁵⁸ Se utilizó lenguaje inclusivo en todo el evento, por lo que la transcripción es literal.

Del comienzo de la existencia (art. 19 CC y C):

- 1) Resulta necesaria la promulgación de una ley especial que establezca la protección del embrión no implantado.
- 2) El embrión no implantado no es persona, pero tampoco es cosa.
- 3) “De la interpretación armónica y sistemática del CCCN, ley 26.682 de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su decreto reglamentario 956/13 y el fallo Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, *se afirma que el embrión no implantado no es persona*”.

Robótica:

- 1) ***“Crear una categoría “sui generis” otorgándose un estatus jurídico específico a los sistemas ciber-físicos conectados con inteligencia artificial”.***
- 2) ***“Se debe interpretar la legislación teniendo en cuenta el impacto de la extimidad⁹⁵⁹ en las relaciones familiares interpersonales”⁹⁶⁰.***

Como colofón, estas doctrinas en eventos jurídicos, son potencial y efectivamente perjudiciales para la conformación de la familia, en la posmodernidad tecnologizada. Si bien es cierto que se desconoce el límite de la ciencia, no es menos cierto que su presencia en la vida doméstica será cada vez más preponderante e imparable, pues *el disparo técnico es acompañado de un impacto socioeconómico*. La realidad indica su creciente desarrollo. Sin embargo, no existe cuerpo normativo alguno que responda a estos planteos cibernéticos aún.

En el futuro, la existencia de robots mega inteligentes y de tecnología dura conviviendo en familia, obliga a dictar estrictas legislaciones que contemplen estos fenómenos artificiales, sus límites y consecuencias, prohibiendo su clasificación como “persona”, a fin de restringir la integración de los androides, dentro de la definición de familia “latu sensu”. De interpretarse lo contrario, las empresas encargadas de su fabricación y perfeccionamiento, deberán ser consideradas responsables de los daños que irroguen sus creaciones. **El CCCN especifica con claridad meridiana que estos mecanismos, más allá de la autosuficiencia de sus baterías o equipos de carga, son jurídicamente cosas muebles en los términos del art. 16, 227 y 229⁹⁶¹. Son una creación humana y de ellos siempre dependerán.**

⁹⁵⁹ Locución propia de la psicología. En especial, de uso en Psicoanálisis e ideado por Jacques Lacan, profundizado luego por su hijo político, Jacques-Alain Miller. Término que implica una intimidad que también está en el Otro o en lo externo. Exhibir lo íntimo. Según Jacques Lacan, en *La ética del psicoanálisis*. (1958), es: “lo más íntimo, justamente, es lo que estoy constreñido a no poder reconocer más que afuera”. En principio, este neologismo expresa la manera en que el psicoanálisis problematiza las aparentes oposiciones entre lo interno y lo externo. Lo *real* está tanto “dentro” como “fuera” del individuo. Evidentemente, quién redactó esta conclusión, desconoce las implicancias jurídicas que el término tiene. Pues de llevar este concepto al derecho, se justifican desde la violencia, las guerras, el racismo, el antisemitismo, hasta el gravísimo delito de genocidio, entre otros. (Opinión de la autora).

⁹⁶⁰ Se encuentra en el sitio web: congresoderechofamiliasmendoza.com/conclusiones/. 21/09/2019.

⁹⁶¹ Art. 16: “(...) Los bienes materiales se llaman cosas”. Art. 227: “Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”. Art. 229: “Cosas principales. Son cosas principales las que pueden existir por sí mismas”.

En materia de animales y/o mascotas, existen precedentes jurisprudenciales que consideran a los animales, como “personas jurídicas sintientes”⁹⁶².

Sobre el daño irreparable que provoca la invasión de los medios virtuales en **la niñez y en la familia que integra**, puede consultarse nuestro trabajo en el libro homenaje a la jurista Graciela Medina⁹⁶³.

V. CARÁCTER COACTIVO Y EXCLUSIVO DE LOS PRECEPTOS LEGALES E INSTITUCIONES DE CARÁCTER FAMILIAR

La familia está entre el individuo y el Estado. Mediante aquélla, y dentro de éste, se forma y estructura la personalidad individual y en ella encuentra su complemento. Corresponde, en consecuencia, **al legislador**, adoptar cierto ponderado retraimiento al reglamentar el Derecho de Familia. No puede garantizar, a través de preceptos legales, el cumplimiento de las funciones de la sociedad familiar; tales como la armonía y el afecto conyugal, el tratamiento afable, respetuoso, la asistencia espiritual y contención grupal entre sus integrantes, debiendo conformarse con estimular dichos fines y mantener alejado lo que a ellas se oponga. Por lo que, en la actualidad, cabe afirmar que como en ninguna época, el Derecho de Familia se conforma con una **base moral mínima** de los individuos.

La particular importancia de la familia para la vida y desenvolvimiento del Estado, da lugar a que en su mayor parte tengan carácter coactivo los preceptos relativos al Derecho de Familia, estando sustraídos a la voluntad de las partes. Ello acontece más aún cuando los preceptos legales coinciden con las normas morales; significando, en consecuencia, el acuerdo en contrario el entrar en conflicto con las buenas costumbres⁹⁶⁴.

Ha ido lejos la novísima legislación codificada, esmerilando el axioma del “Interés Superior Familiar” por el paradigma propio del derecho privado patrimonial, de la Autonomía de la Voluntad. De modo que, el legislador del 2015 ya no protege a la Familia como Institución, sino a sus integrantes

⁹⁶² Constitución de Querellante A.F.A.D.A. - Caso "Elefantes MARA, KUKI y PUPI" (Bs. As. - Arg.) 21/11/2016. Allí se sostiene que: Los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos". CNCP, SALA II, "Orangutana Sandra s/habeas corpus", Registro de Sentencia n° 2603/14 del 18/12/14. Despouy Santoro, Pedro E. - Rinaldoni, María Celeste. "Protección penal a los animales - análisis de la Ley N° 14.346", Lerner Editora S.R.L, pág. 126/7. "La Pachamama y el Humano", Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediciones Colihue. Expte. nro. P.72.254/15, "Chimpancé Cecilia. Sujeto no humano". 3 de noviembre de 2016, Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza. Causa "Chimpancé CECILIA" - Fallo del III Juzgado de Garantías de Mendoza (3/11/2016). Expte. Nro. P-72.254/15. Se resolvió que “Los *grandes simios*, entre los que se encuentra el chimpancé, *son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos*. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. *El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho*, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años”.

⁹⁶³ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, ALICIA. *El derecho del niño a ser niño*, en la obra colectiva: *Los nuevos horizontes del Derecho de las Personas y la Familia. Liber amicorum Graciela Medina*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Bs. As. Sept. 2019.

⁹⁶⁴ Artículos 1, 10 y 12 del CCCN.

individualmente considerados; les otorga ciertos derechos o concede *deseos*, como literalmente expresan las normas, v. gr. en materia de filiación adoptiva. Aísla a sus miembros como grupo humano constituido en base a los vínculos de parentesco, matrimonio y filiación⁹⁶⁵. En este orden de ideas, ese espacio extrajurídico de “intentos familiares” y que no está normativizado, guarda estrecha vinculación con las características personales de los individuos, generando pugnas entre sociedad y familia, de consecuencias inciertas.

En conclusión, el verdadero desafío hoy es reconfigurar la familia y el Derecho que la regula, atendiendo que los derechos familiares no se atribuyen al individuo en su condición de tal, sino por su conexión orgánica, es decir, en su calidad de miembros de una organización familiar: *son derechos subjetivos familiares*.

Existen dos clases de derechos subjetivos domésticos: los concedidos en interés del individuo de uso facultativo, no obligatorio siendo la abstención de su ejercicio libre, lícita y no abusiva y b) los otorgados para satisfacer intereses ajenos al titular, ellos son derechos-deberes instrumentales. Se otorgan al particular, para el cumplimiento de un deber. Son de ejercicio obligatorio y su abstención injustificada puede originar sanciones. No pueden, en principio, crearse relaciones jurídicas que no sean ya reconocidas.

La familia no es un organismo distinto de sus miembros, y no tiene derechos ni atributos independientes de los personales atributos y derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, de cada una de las personas físicas que la componen. Sostiene Guastavino que: “La mejor demostración de que tanto los bienes gananciales como el bien de familia no pertenecen a la familia como persona de derecho, está en que tales bienes, en el supuesto de la sucesión *mortis causa*, no se reciben de la familia, como *un ente ideal con personería jurídica*, sino del causante titular del dominio de semejantes bienes o valores”⁹⁶⁶.

Se interroga el notable jurista colombiano Hinestrosa, acerca del concepto actual de familia, ante estos dilemas. “Hasta dónde han sido y serán vanos los empeños de reformar la familia y de volverla “más racional y operativa”, cual si en esta material pudiera operar y fuera aceptable la presencia de ‘modelos’?”⁹⁶⁷. “Bien pudiera verse la familia, como el germen de la sociedad e, históricamente, como el anticipo del Estado (...). “Es evidente la existencia de una zona de conflicto latente entre individuo (miembro) y familia, por lo cual es preciso determinar con nitidez cuáles son los “derechos de la familia”, individualizar los derechos de los distintos sujetos de las relaciones conyugales, maritales y paterno-filiales, con deslindes precisos y atención a las diversas circunstancias, condiciones, edades, sexo, de modo de no reincidir en el sacrificio de los derechos del hombre”.

VI. DE CÓMO DEFINIR LA FAMILIA EN ESTE CLIMA DE ÉPOCA

⁹⁶⁵ LEHMANN, HEINRICH. *Derecho de Familia*. Traducción de la segunda edición alemana de José Ma. Navas. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953. Vol. IV, p. 32.

⁹⁶⁶ GUASTAVINO, ELÍAS P. *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*. 2ª ed. actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1984. T. I, p. 70.

⁹⁶⁷ HINESTROSA, Fernando. “*Diversas formas familiares*”. Libro de Ponencias de Profesores Invitados, X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina. 1998, p. 153.

Diez-Picazo y Ponce de León, plantea un difícil interrogante. Se pregunta por los límites del Derecho de Familia y, en el fondo, *por el concepto mismo de familia* ⁹⁶⁸.

A nuestro juicio, siguiendo la escuela civilista cordobesa, la familia será determinada por las funciones que cumple. A las tradicional función *geneonómica* (procreación y desarrollo de la descendencia); *protectora, formativa y socializadora de los hijos, es decisivo el estudio de la función asistencial de la familia, tercer y único elemento que aglutina todas las constelaciones posibles.*

La resignificación o configuración actual del concepto, **estará dada por el deber de asumir cargas familiares aunque los integrantes de ese conjunto "familiar" no tengan parentesco entre sí, ni descendencia común.** El concepto de "carga de familia", comienza a ser utilizado en derecho previsional y en derecho tributario, en materia impositiva.

Será entonces, el sistema de "cargas asistenciales" lo que determinará si estamos o no frente a una familia.

VII. CARGAS FAMILIARES Y CORRELATIVOS DEBERES DE APORTAR PECUNARIAMENTE A LA ECONOMÍA DEL GRUPO

La carga familiar puede ser *un deber alimentario* (requiere la necesidad del corresidente) o un deber de contribución (no presupone necesidad pero sí convivencia hogareño-familiar; se traduce en la obligación de ciertos miembros, de cooperar según sus posibilidades, a la economía del grupo).

Asume la función de "obligación alimentaria" cuando no hay convivencia entre los sujetos involucrados: su naturaleza jurídica es la *solidaridad familiar alimentaria*, que impone el deber de asegurar la subsistencia de ciertas personas vinculadas familiar o cuasifamiliarmente. Mientras que el deber de la "contribución", tiene su génesis en el instituto del enriquecimiento sin causa⁹⁶⁹. Fanzolato estima que: "*Razones de naturaleza colectiva impone a los miembros de un grupo el deber de soportar los gastos comunes de acuerdo a sus posibilidades económicas*" ⁹⁷⁰.

Tanto el deber alimentario cuanto el de contribución tienen presupuestos; objetos; formas de cumplimiento; normas legales; procedimientos y supuestos diferentes así como también el modo del fin de la exigibilidad cuya enumeración es ejemplificativa.

⁹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un debate posible.* Obra citada en la nota n° 23, p. 64 y 65. "*Desde el punto de vista sociológico, expresa Díez, esta opción por el pluralismo ha sido reiteradamente señalada por Jean Carbonnier. Mas una cosa son las opciones, que deben mantenerse en un mundo pluralista, y otra cosa son las instituciones que el ordenamiento debe acoger*".

⁹⁶⁹ El deber de contribución surge de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17, que establece la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades de los cónyuges; del deber de asistencia recíproca del art. 431 del CCCN; etc.

⁹⁷⁰ FANZOLATO. *Derecho de...*, cit. ps. 55/57.

Ellas comprenden: *a) Cargas del matrimonio; b) Cargas parentales; c) Contribución filial; d) Contribución convivencial; e) cargas posconyugales o posconvivenciales; f) Cargas tutelares; g) Cargas alimentarias post-mortem.*

Luego, para desentrañar si estamos frente a un grupo solidario en los aspectos materiales y morales, propios de la Familia, debe puntualizarse el **alcance** de esa carga familiar en cuanto contribución o ayuda. Que no se agota en el aspecto pecuniario sino que debe integrarse con la asistencia moral, el apoyo afectivo o espiritual indispensable a vínculos de naturaleza doméstica o familiar.

Hacia ese norte debe enderezarse el Derecho de Familia. Sin alternativas. El riesgo es incierto, y existe la posibilidad de ser colonizados por doctrinas “ad absurdum” y tecnologías lucrativas de alto nivel.

En homenaje a mi querido Maestro y mentor, finalizaré recordando la definición del Maestro Eduardo Ignacio Fanzolato: “*La familia es un conjunto moral y económicamente solidario, integrado por dos o más individuos que viven ligados por cargas de familia recíprocas (inter vivos o mortis causa), emergentes de los vínculos del matrimonio, de las diversas especies de convivencia estable juridizada, de la filiación del parentesco o de la tutela, curatela o guarda*”⁹⁷¹.

VIII. CONCLUSIONES

- 1) La familia encuentra realidades que ni la codificación del 2015 podía preveer. Existe un dilatado espacio que responde a principios extrajurídicos. Existe una vasta zona de lo familiar cuyo objeto o tema específico pertenece al campo del no derecho.
- 2) Las realidades sociales y el clima de época obligan a observar la familia desde la “rapidación” en las relaciones interpersonales de sus miembros.
- 3) La familia en tanto institución colectiva no es un organismo distinto de sus miembros, y no tiene derechos ni atributos independientes de los personales atributos y derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, de cada una de las personas físicas que la componen.
- 4) Aparecen conflictos tales como el maltrato doméstico extremo, la invisibilización de la autoridad paterna, la adultización del niño a corta edad, las adicciones, la influencia de los medios tecnológicos y virtuales en sus integrantes, el consumismo hedonista, la incorporación de máquinas con inteligencia artificial, remplazando o integrando el grupo familiar.
- 5) La mera consideración de la robótica como persona “sui generis”, capaz de integrar una familia, altera el andamiaje jurídico alrededor del concepto de cosas muebles como bienes materiales, a tenor de los arts. 16 y 227 y 229 del CCCN, siendo ofensivo para el orden público familiar. Se necesitará inexorablemente la intervención humana para su creación y mantenimiento.
- 6) La definición omnicompreensiva de la familia, en este clima de época y que aglutina diferentes modelos, es la que se basa en las funciones asistenciales que la institución cumple, basadas en la solidaridad familiar, por medio del sistema de cargas y contribuciones familiares, de cada uno de sus miembros.

⁹⁷¹ FANZOLATO. *Derecho de...*, cit. p. 63.

PONENCIAS
INSTITUTO EN REGION CUYO

**EL ESTADO EMPRESARIO
INFLUENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL
LA EXPERIENCIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN**

**PASCUAL EDUARDO ALFERILLO
Director del Instituto de la Region Cuyo**

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Las principales doctrinas económicas en las cuales se estructuró el Estado nacional*
 - 2.1. *La doctrina liberal*
 - 2.2. *La doctrina del Estado de bienestar*
 - 2.3. *La revisión de las políticas del Estado de bienestar*
3. *El desarrollo socio económico de la provincia de San Juan*
 - 3.1. *Una breve descripción geográfica. (Una lucha cultural contra la adversidad)*
 - 3.2. *Las políticas que estructuraron el Estado de bienestar provincial*
 - 3.3. *Efectos sociales y económicos de las políticas intervencionistas*
 - 3.3.1. *Las fuentes de ingresos para el financiamiento de las actividades socio-económicas*
 - 3.3.2. *La centralización demográfica*
 - 3.3.3. *El Estado como fuente de empleo*
 - 3.3.3.1. *El Estado local como empresario*
 - 3.3.3.2. *El Estado como empleador directo en su estructura burocrática*
 - 3.3.3.3. *El Estado como promotor de la radicación de empresas privadas*
 - 3.3.3.4. *El Estado asistencialista de los trabajadores en paro*
4. *A modo de conclusión*

1. INTRODUCCIÓN

El desafío intelectual presentado por la Corporación Académica para la Reunión General de Institutos (Córdoba - 2019), consulta la visión jurídica y social que ha tenido, tiene y debería tener “La Empresa” en el desarrollo de la República Argentina.

Sin lugar a hesitación, el eje de la convocatoria tiene una vasta gama de aristas que pueden ser tratadas de un modo particularizado, por ello, el primer dilema a resolver son los límites de la temática que se pretende abordar en procura de aportar una conclusión que se transforme en un grano de arena para la construcción de una idea general que sea la guía lumínica que permita el progreso socio-económico nacional en un mundo globalizado y signado por la crisis de paradigmas los tradicionales, como es por ejemplo: la trascendencia de la estructura de los Estados nacionales⁹⁷² o las nuevas modalidades del trabajo.⁹⁷³

La conceptualización de empresa como una unidad o conjunto económico y social organizado, compuesto por factores humanos, materiales y técnicos con el propósito de obtener ganancias a través de su labor de prestatarios de bienes y servicios, deja abierta una serie de clasificaciones. Por ejemplo, en función del sector productivo en el cual actuarán, primario, secundario o terciario; por su

⁹⁷² Ver: KENICHI OHMAE, *El fin del estado - nación*, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1997, p. 15 y sig.; DANIEL GARCIA DELGADO, *Estado - nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio*, Ed. Ariel, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 11 y sig.; ZYGMUNT BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, editorial Fondo de la Cultura Económica, Brasil, 1999, p. 75 y sig., entre otros autores.

⁹⁷³ Ver: FRANCIS FUKUYAMA, *El fin del Hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, traducción Paco Reina, Ediciones B S.A., Barcelona, España, 2002, p. 11 y sig.; LUIS BECCARIA - NÉSTOR LÓPEZ (Comps.) Autores S. FELMAN - V. GALLI - G. KESSLER-R. MALFÉ - M. MURMIS - V. TOKMAN, *Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina*, Unicef/Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1° edición octubre 1996, p. 7 y sig.; JEREMY RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, editorial Paidós SAICF, 1° edición argentina, 1996, p. 17 y sig.; GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Santillana S.A. Taurus, Madrid, España, 1998; A. ARGANDOÑA - S. GÓMEZ - D. MELE, *Empleo y trabajo: Previsión de futuro*. Biblioteca IESE de gestión de empresas, Universidad de Navarra, Ed. Folio S.A., Barcelona, España, 1997, p. 13 y sig.; JULIO C. TESTA - CLAUDIA FIGARI, “De la flexibilidad a la precarización. Una visión crítica de las vinculaciones entre el empleo y el sistema de relaciones laborales” en *Empleo y globalización. La nueva cuestión social en la Argentina*, Ernesto Villanueva (Coordinador), Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 188; entre otros. CHARLES HANDY, *El futuro del Trabajo humano*, traducción de Antoni Vicens, 1° edición setiembre 1986, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, p. 13 describía que “estamos viendo la disminución gradual de la sociedad del empleo, una sociedad en la cual los puestos de trabajo son la medida y el medio para la mayor parte de las cosas. Una sociedad del empleo general la mayor riqueza a través de los puestos de trabajo; cuanto mayor sea el número de personas que trabajen de una manera formalmente organizada, mayor será la riqueza transferible, puesto que gana una persona en su trabajo le permite adquirir lo que produce otra. En una sociedad de pleno empleo el puesto de trabajo es la vía que tiene la sociedad de distribuir riqueza entre sus ciudadanos...”.

constitución jurídicas, individuales o societarias (dentro de estas según su tipo); etc.

En función de ello se estimó, como tema apto para ser examinado por su trascendencia tanto en el mundo público como en el privado, la relación del Estado con la figura de “La empresa” observando cual es la influencia que ello ha tenido en la estructuración social que inexorablemente está vinculado, de igual modo, con los logros o fracasos económicos del país.

La propuesta de estudio, más allá de formular un paneo global de las ideologías influyentes, se acotará, responsablemente, a las observaciones de la evolución del tema en un territorio definido, como es el de la provincia de San Juan, modelo que puede tener similitudes en otras latitudes de la Nación.

Todo ello, destacando el contexto histórico de cada situación que se analizará. En este sentido cuadra examinar, además de la evolución del Estado provincial, la proyección de dos empresas que han influido notablemente en la economía y en la sociedad local.

Finalmente, para cerrar esta introducción al tema, es importante precisar que la norma jurídica, además de ser una expresión de la soberanía interior⁹⁷⁴, posee un sentido teleológico, un propósito, una *ratio legis* que a lo largo de la evolución del Estado construido a posteriori de la Revolución francesa ha tenido variaciones sustanciales que deben ser tenidas en cuenta.

En esa dirección, siguiendo las enseñanzas del profesor de la universidad de Bremen, Norbert Reich, se reconoce una primera etapa presidida por los ideales del liberalismo en el cual se reconocía el gobierno de las leyes y la actividad jurisdiccional se limita a la exegesis de la misma. En esta etapa se ponderaba la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación, la defensa de la propiedad privada y el derecho a fundar empresas. Todo bajo la idea de no intervención del Estado que debía dejar hacer y dejar pasar el proceso económico y social.⁹⁷⁵

La transición a la etapa del Estado Social se presenta con una puja dialéctica entre quienes procuran el *statu quo* de los derechos de libre empresa, de acceso a los mercados, de extensión de los derecho de propiedad, libre competencia y actividades mercantiles frente a los sectores de intereses que procuraban la protección individual de los derechos colectivos, derecho de coalición a pactos colectivos, a las huelgas, etc.⁹⁷⁶

En esta fase que se caracteriza por los procesos de industrialización⁹⁷⁷, la ley asume la función de ser instrumento de cambio. Mediante ella, el Estado

⁹⁷⁴ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El poder de policía y la desregulación*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-poder-de-policia-y-la-desregulacion>, 2019. En ese trabajo se especificó que “el “Poder de Policía” es aquella potestad que tienen las autoridades constituidas por la ley básica del Estado para dictar o crear normas reglamentarias de la libertad y propiedad tendientes al fin último que se ha propuesto sostener como sociedad, podemos decir, que dicha función es parte integrante de la soberanía del Estado”.

⁹⁷⁵ NORBERT REICH, “Formas de socialización de la economía: reflexión sobre el post-modernismo en la teoría jurídica” en libro *Derecho y Economía en el Estado Social*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 117.

⁹⁷⁶ *Ibidem*.

⁹⁷⁷ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *Reflexiones sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio - económicos*,

procura equilibrar los desfajases de equidad entre las fuerzas productivas⁹⁷⁸ y de ellas, con las laborales.

Este actuar del Estado como intervencionista en las relaciones económicas para alcanzar el bienestar social, trajo como resultado la materialización de los derechos de “regulación social”, codeterminación, derecho de los consumidores a la libre elección, seguridad, protección legal, calidad del medio ambiente, derecho a la no discriminación (mujeres, extranjeros, etc.)⁹⁷⁹

A su vez, la transición hacia la sociedad de riesgo o post modernismo se enfrenta el interés por mantener los privilegios sociales protegidos por los gobiernos frente al derecho de acción para la difusión de intereses, con movimientos sociales que actúan de forma organizada tal cual fueran sindicatos, actividades colectivas, responsabilidad social, etc.⁹⁸⁰

En este tiempo, la ley actúa como foro orientador de conflictos reglando los procesos para dirimir los intereses contrapuestos y, ante la complejidad y celeridad de los cambios, se torna necesario reglar con pautas generales orientadoras.

Como se puede colegir no se puede separar en estancos la visión jurídica de la conceptualización política que se tenga para reglamentar la actuación y el rol que les cabe a las empresas en el desarrollo nacional.⁹⁸¹

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-conexidad-historica-entre-los>, 2019. El autor diferencia dos fases de la industrialización: La “primera etapa de los cambios en los métodos mecánicos de producción, Rifkin estima que concluye en el año 1860 describiendo que “el vapor se empleó para abrir minas de metales, producir textiles, y fabricar un amplio abanico de productos que, en épocas anteriores, habían sido fabricados a mano. Los buques de vapor sustituyeron a los viejos veleros, la locomotora ocupó el lugar de los vagones tirados por caballos; así se mejoró ampliamente el proceso de transporte y el movimiento de materias primas y de productos terminados. El motor a vapor se convirtió en un nuevo tipo de esclavo de trabajo, una máquina cuya potencia física excedía con mucho la fuerza conjunta de animales y seres humanos...”. Por su parte, “la segunda revolución industrial, para algunos autores, como Rifkin se produjo entre 1860 y la primera Guerra mundial; en cambio otros pensadores no se preocupan por preciar el inicio de esta sub-etapa de la mecanización manufacturera pues estiman que es la profundización de la primera, pero coinciden en fijar, las postrimerías de la misma, entre el final de la segunda guerra mundial y la década del sesenta del siglo XX (Toffler, Sakaiya, etc.). Este tiempo se caracteriza, conforme los estudios realizados por Rifkin, del siguiente modo: “el petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando nuevas fuentes de energía para hacer funcionar los motores, encendía las luces de las ciudades y proporcionaba comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinada con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico...”.

⁹⁷⁸ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vino – Caña de Azúcar*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1994, p. 51 y sig.; JOSÉ PANETTIERI, *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, Biblioteca Política Argentina N° 11, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1983, p. 15/21; entre otros.

⁹⁷⁹ REICH, “*Formas de socialización...*”, cit., p. 117.

⁹⁸⁰ *Ibidem*.

⁹⁸¹ MICHEL J. TREBILCOCK – MARIANA MOTA PRADO, *Derecho y desarrollo. Guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*,

2. LAS PRINCIPALES DOCTRINAS ECONÓMICAS EN LAS CUALES SE ESTRUCTURÓ EL ESTADO NACIONAL

Sin tener por objetivo un estudio pormenorizado de los pensamientos económicos elaborados para direccionar en un sentido u otro el desenvolvimiento de las actividades del Estado, se intenta acercar los principales conceptos defendidos por las principales corrientes ideológicas que informan el tema.

Al respecto, Ralph Miliband, reflexiona que “como nunca antes, los hombres viven hoy a la sombra del Estado. Lo que desean realizar, individualmente o en grupos, depende hoy, en lo fundamental, de la venía y apoyo del Estado. Pero como esa venía y ese apoyo no se otorgan indistintamente, tienen que procurar, cada vez más directamente, influir y dar forma al poder y a las intenciones del Estado, o si no, intentar apropiarse de él por completo. Por la atención del Estado, o por su control, compiten los hombres; y contra el Estado rompen las olas del conflicto social. En grado cada vez mayor, el Estado es aquello con lo cual los hombres tropiezan al enfrentarse a otros hombres”⁹⁸².

2.1. La doctrina liberal

El pensamiento que ha perfilado la doctrina del liberalismo en la economía a lo largo de su historia, entiende que el progreso económico de las naciones debe fundamentarse en la consolidación de un mercado sin intromisión del Estado, para que la movilidad de la oferta y demanda procuren de un modo natural y libre, el equilibrio de los precios. Es la aplicación en la teoría económica del principio del Estado liberal: “*Laissez faire laissez passer*”

Ludwig von Mises explica que “el liberalismo es una teoría que exclusivamente se interesa por la terrenal actuación del hombre. Procura, en última instancia, el progreso externo, el bienestar material de los humanos y, directamente, desde luego, no se ocupa de sus necesidades metafísicas, espirituales o internas. No

Colección Derecho y Política, Siglo veintiuno editores, Argentina, 2017, p. 69. Estos autores expresan que “los proponentes de la visión optimista respecto de la relación entre estado de derecho, o el derecho en general, y el desarrollo han formulado aseveraciones en extremo audaces acerca del impacto potencialmente benéfico de las reformas jurídicas. Por ejemplo, en su influyente libro *The Other Path* (1989: 185, 187), Hernando de Soto afirma: “El sistema jurídico puede ser la principal explicación de la diferencia que existe en materia de desarrollo entre los países industrializados y los que no lo son” y que “el derecho es el instrumento de cambio más útil y consciente del que disponen las personas”.

⁹⁸² RALP MILIBAND, *El estado en la sociedad capitalista*, 14^a edición, Siglo XXI editores, México, 1988, p.3. El autor concluye su idea expresando que “por esto, porque son seres sociales, son también seres políticos, lo sean o no. Nos está permitido no interesarnos en lo que hace el Estado; pero es imposible dejar de sentir su influencia. Lo que acabo de decir ha cobrado una dimensión nueva y única en la época actual: si grandes partes del planeta quedan, algún día, devastadas por una guerra nuclear será porque hombre que actúan en nombre de su Estado y están investidos de su poder así lo habrán decidido, o erróneamente apreciado”.

promete al hombre felicidad y contento; simplemente la satisfacción de aquellos deseos que, a través del mundo externo, cabe atender”⁹⁸³.

El autor contesta la crítica relacionada con la tendencia que tendría el capitalismo de favorecer a los capitalistas y grandes empresarios sosteniendo que “el liberalismo ha pugnado siempre por el bien de todos. Tal es el objetivo que los utilitaristas ingleses pretendían describir con su no muy acertada frase de “la máxima felicidad, para el mayor número posible”⁹⁸⁴.

Finalmente se expresa que “la propiedad privada constituye, pues, la base de toda actividad individual independiente; es el terreno fecundo donde germinan las semillas de la libertad, donde echa raíces la autonomía personal y donde todo progreso, tanto espiritual como material, se genera. Hay quienes aseguran que la institución constituye ineludible presupuesto para el desarrollo del individuo”⁹⁸⁵.

Por su parte, otros de sus principales exponentes, sostiene que “el comercio es un acto social. Todo el que se dedique a vender al público mercancías de cualquier clase hace algo que afecta a los intereses de otras personas y de la sociedad en general; y, por consiguiente, su conducta cae dentro de la jurisdicción de la sociedad; de acuerdo con esto, se sostuvo en un tiempo que era deber de los gobiernos fijar los precios y regular los procesos de fabricación en todos los casos que se considerasen de importancia. Mas ahora se reconoce, no sin haber sostenido una larga lucha, que en la baratura y buena calidad de los productos quedan más eficazmente asegurados dejando a productores y vendedores completamente libres, sin otra limitación que la de una igual libertad por parte de los compradores para proveerse donde les plazca”⁹⁸⁶.

Mill, completa su exposición argumentando que “el valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que le componen; y un Estado que

⁹⁸³ LUDWIG VON MISES, *Liberalismo*, Editorial Planeta - De Agostini S.A., Barcelona, Buenos Aires, 1994, p. 18

⁹⁸⁴ VON MISES, *Liberalismo*, cit., p. 23. El autor completa su pensamiento expresando que “desde un punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover no el bienestar de específicos grupos, sino el general. Difiere el liberalismo del socialismo -que igualmente proclama su deseo de beneficiar a todos - no en el objetivo perseguido, sino en los medios empleados”.

⁹⁸⁵ VON MISES, *Liberalismo*, cit., p. 92. JOHN CHAMBERLAIN, *Las raíces del capitalismo*, Biblioteca de Economía, Ediciones Folio, Barcelona, España, p. 41, sostiene que “el mercado, institución que caracteriza al capitalismo, expresa una relación de comprador y vendedor. Es, en efecto, lo que resulta cuando la libre elección se aplica a la disposición de la propiedad, o de lo que se hace con la propiedad, “mezclándola” con trabajo. Las comparaciones que posibilita el mercado conducen a la creación de valor, que es un compromiso de juicios individuales. El vendedor busca recuperar el trabajo y energía que ha invertido, además de una ganancia; el comprador desea ahorrarse trabajo y energía realizando un intercambio. Dos subjetividades se encuentran en un precio objetivo. Pero antes de la creación de valor debe haber propiedad entendida como derecho a disponer de un bien o servicio”.

⁹⁸⁶ JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, España, 8va reimpresión en “El libro de Bolsillo”, 1992, p. 180/181. El autor completa su idea diciendo que “esta es la doctrina llamada de libre-cambio, que se apoya en fundamentos distintos, aunque igualmente sólidos, que el principio de la libertad individual proclamado en este ensayo. Las restricciones al comercio o a la producción para fines comerciales constituyen verdaderas coacciones, y toda coacción, *qua* coacción, es un mal...”.

propone los intereses de la expansión y elevación mental de sus individuos, a un poco más de perfección administrativa o a la apariencia que de ella da la práctica en los detalles de los asuntos; un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles instrumentos en sus manos, aun cuando sea para fines beneficiosos, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada; y que la perfección del mecanismo, a la cual todo lo ha sacrificado, terminará por no servirle para nada por falta del poder vital que, en aras de un más fácil funcionamiento de la máquina, ha preferido proscribir"⁹⁸⁷.

2.2. La doctrina del Estado de bienestar

La doctrina denominada indistintamente del "Estado Social", "Estado de bienestar", "Welfare State" o "Estado providencia", fue el modelo social y económico adoptado por las naciones occidentales bajo la influencia capitalista a partir de la Segunda Guerra Mundial, consolidándose en el decenio siguiente y llegando a su apogeo en la década de 1960.

El principal ideólogo del intervencionismo estatal, Keynes, defendía - en la década del treinta- "el ensanchamiento de las funciones de gobierno, que supone la tarea de ajustar la propensión a consumir con el aliciente para invertir, ...por cuanto consideraba... que era el único medio practicable para evitar la destrucción total de las formas económicas existentes, como por ser condición del funcionamiento afortunado de la iniciativa individual..."⁹⁸⁸.

Esta concepción del "Estado benefactor" en su faceta asistencialista se ocupaba directamente de los más desfavorecidos, garantizando con su intervención su poder adquisitivo, como también los aseguraba de las incertidumbres (desempleo, salud, de vida, accidentes laborales, subsidios por nacimientos, servicios públicos gratuitos, etc.) y cuidaba que tuvieran igualdad de oportunidades.

Ese mismo modelo de Estado fue intervencionista en la economía regulando el mercado por los más diversos motivos: para evitar crisis, legislando contra los monopolios, controlando los precios (precios máximos, precios sostén para la exportación, etc.), fijando las políticas salariales y legislando las leyes laborales con un criterio absolutamente proteccionista del trabajador a punto de establecer, en algunas naciones, una naturaleza de orden público para esa normativa, etc.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 206.

⁹⁸⁸ JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, traducción Eduardo Hornedo, Ed. Planeta Agostini - España - 1994, p. 334/335. El autor completa su idea expresando que "los sistemas de los estados totalitarios de la actualidad parecen resolver el problema de la desocupación a expensas de la eficacia y la libertad. En verdad el mundo no tolerará por mucho tiempo más la desocupación que, aparte de breves intervalos de excitación, va unida-en mi opinión inevitablemente- al capitalismo individualista de estos tiempos; pero puede ser posible que la enfermedad se cure por medio de un análisis adecuado del problema, conservando al mismo tiempo la eficiencia y la libertad".

⁹⁸⁹ Ver: NIKLAS LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Ed. Alianza Universidad, Madrid, España, 1994; ERNESTO ISUANI - RUBÉN LO VUOLO - EMILIO TENTI FANFANI, *El Estado Benefactor - Un paradigma en crisis*, de Miño y Dávila Editores S.A. -

Sin perjuicio de implementar las políticas referenciadas en la Argentina, el "Estado Social", en su variante de interventor, ha tenido un gran desarrollo. Así, ha participado como empresario no sólo de los servicios estratégicos (agua, luz, correo, telecomunicaciones, etc.) sino también en otros emprendimientos de real importancia, como fue la fabricación de aceros, industria automotriz, explotación de petróleo, gas, empresas navieras, bancos, ferrocarriles, etc.

De igual modo, en su tarea asistencial el Estado ha tenido una gran actividad implementando la más variada de las políticas sociales.

Los principales lineamientos de este tipo de política se transcriben para comprender la fenomenología social y económica en la historia de San Juan dado que la misma ha tenido una gran influencia en la República Argentina, en general, y en la provincia, en particular.

2.3. La revisión de las políticas del Estado de bienestar

En el pensamiento mundial, particularmente de Europa, las primeras críticas contra la conformación del "Estado de Bienestar" provienen de dos órdenes principales: la de los viejos liberales y de los marxistas.

Los primeros ponían de manifiesto que "el Estado de Bienestar no funciona sin un considerable grado de nacionalizaciones [...] de donde resulta que es ruinoso, pues las empresas públicas son siempre deficitarias y más caras que las privadas". Asimismo, observan que "el Estado de bienestar es incomprensible sin una política fiscal a la que cabe tachar de confiscatoria. La excesiva presión fiscal agota los manaderos de la iniciativa privada, única fuente real de riqueza en las sociedades y, en consecuencia, a la larga, es ruinoso..."⁹⁹⁰.

Para los marxistas el Estado de Bienestar es una manifestación del Estado capitalista, cuya crisis general - conforme la teoría del hundimiento del capitalismo - arrastra a la expresión social del Estado⁹⁹¹. Vale decir, los ideólogos marxistas no atacan directamente a la intencionalidad benefactora hacia las clases desprotegidas por cuanto constituiría una contradicción a sus propios postulados, sino que la crítica va dirigida a la estructura capitalista del Estado.

Buenos Aires - Argentina - mayo 1991), p. 9 y sig.; JOSEP PICO, *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Ed. Siglo XXI de España editores S.A., Madrid, España, 1990, entre otros autores.

⁹⁹⁰ RAMÓN GARCÍA COTARELO, "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en el libro *Derecho y Economía en el Estado Social*, de Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 25; FRIEDRICH HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Unión ed., Madrid, 1982, p. 122; ERNESTO ISUANI - RUBÉN LO VUOLO - EMILIO TENTI FANFANTI, *El Estado benefactor - Un paradigma en crisis*, Ed. Miño y Dávila Editores S.A., Buenos Aires, Argentina, mayo 1991, p. 16; JESÚS RUIZ - HUERTA CARBONELL, "la crisis del Estado de Bienestar: algunas consideraciones sobre el caso español" en *Estado, privatización y bienestar. Un debate de la Europa actual*, Gregorio Rodríguez Cabrero (comp.), Economía Crítica, ed. ICARIA - FUHEM, España 1991, p. 185, entre otros autores.

⁹⁹¹ GARCÍA COTARELO, "Crisis y reformulación...", cit., p. 26; JAVIER PEREZ ROYO, "Crisis del Estado Social: Un falso debate" en el libro *Derecho y economía en el Estado Social*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 39; CLAUS OFFE, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, Alianza editorial, México D.F., 1990, p. 135 y sig.-

En el marco de los reproches a esta concepción del Estado se predijo que “mientras más activo económicamente sea el Estado, mientras más numeroso sean los programas de activación económica, ocupación, subvenciones o de infraestructura que estableció ese Estado, mayor será el número de personas que puedan vivir de los intereses de estos programas. ¡Las democracias en las cuales se practica con frecuencia esa forma política, se arruinarán así misma!”⁹⁹².

En forma paralela a la aparición de las primeras manifestaciones de la crisis del “Estado de bienestar” se inicia una nueva etapa en el desarrollo tecnológico de la humanidad a la que se denomina “segunda revolución industria” que produjo el aumento de la productividad y de la especialización del trabajo.

En función de ello, la aplicación de las nuevas tecnologías elevó los índices de paro en todas las economías, por cuanto las empresas que no tuvieron la posibilidad de acceder a esa mejora en la producción y calidad quedaron en desventaja para competir en el mercado lo cual en la mayoría de los casos los llevó a su quiebra. Asimismo, esta revolución basada en la robótica y en la informática que permitió a algunos de los autores hablar de la “sociedad digital”.⁹⁹³, provocó la sustitución de la mano de obra artesanal de los obreros con el lógico incremento de la desocupación.

Este cuadro social y económico fue más grave en las economías de los países subdesarrollados que tenían un alto grado de endeudamiento externo que les impedía acceder a créditos para la renovación tecnológica que les permitiese incorporar algún valor a sus productos primarios.

Estas circunstancias motivaron que los Estados iniciaran fuertes políticas de ajuste, de austeridad salarial, de restricciones monetarias, de reconversión industrial y de deliberada orientación de la actividad productiva hacia esos que se llama “sectores punta” de la economía, esto es, aquellos en que la rentabilidad del capital es máxima y a plazos más breves y que ofrecen mayores posibilidades de salir airoso del aumento de competitividad en los mercados internacionales⁹⁹⁴.

En la Argentina se puede comenzar a observar los primeros síntomas de la crisis del Estado de Bienestar desde el momento mismo de la reinstalación de los gobiernos de origen constitucional, por cuanto la plena vigencia de las instituciones democráticas expone a la consideración general los problemas para generar y distribuir los valores económicos y las deficiencias de la organización de las sociedades modernas.

En directa relación con esta particularidad de la crisis del “Estado Providencia”, Barbeito - Lo Vuolo ratifican que “solo con la recuperación democrática los individuos van formando conciencia de una situación crítica en el funcionamiento de las instituciones sociales porque es allí cuando se pueden

⁹⁹² PAUL C. MARTIN, *Cash, estrategia frente al Crack - Como evitar la quiebra de las empresas o del Estado*, traducción del alemán Joaquín Adsuar Ortega, ed. Sudamericana, Planeta, 1986, Barcelona, España, p. 164.

⁹⁹³ P.A. MERCIER, P.A., F. PLASSARD, V. ECARDIGLI, *La sociedad digital. Las nuevas tecnologías en el futuro cotidiano*, traducción del Francés Jordi Marfa, Biblioteca Ariel, Sudamericana Planeta, 1985, Barcelona, España.

⁹⁹⁴ GARCÍA COTARELO, ob. cit., p. 27.

enfrentar dos valores contrapuestos: La norma jurídica que crea la “moneda social” y la efectiva distribución de valores económicos”. Esta situación llega a su cima cuando “el proceso inflacionario de 1989 que acelera la caída del gobierno de la UCR puede considerarse como el punto de plena manifestación de la crisis del Estado de bienestar argentino, a partir del cual se precipita la deslegitimación del conjunto del arreglo social vigente”⁹⁹⁵.

Por su parte, los sectores liberales fueron los primeros en criticar el excesivo intervencionismo estatal. En este sentido, De Oromi Escalada advertía que “...en la medida en que comprenda la importancia que tiene la reorganización del Estado, para el proceso de Reorganización Nacional, será menor la resistencia de los sectores económicos afectados por las medidas concretas que se tomen, así como también se podrá contar con el apoyo político y militar sin el cual cualquier programa de reducción del gasto público está condenado al fracaso”⁹⁹⁶.

En nuestro país, se tornó evidente la revisión de las políticas del Estado interventor propias de las teorías de la *Welfare State*, en los años 1990/1995 cuando propició por ejemplo: el dictado del Decreto 2284/91 conocido como de “Desregulación económica” y también el proceso de privatizaciones de empresas del Estado como SEGBA (electricidad); Gas del Estado, OSN (agua), ENTEL (Teléfonos), YPF (Combustibles) y Aerolíneas Argentinas, entre otras.⁹⁹⁷

3. EL DESARROLLO SOCIO ECONÓMICO DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN

3.1. Una breve descripción geográfica. (Una lucha cultural contra la adversidad)

De la amplia geografía de la República Argentina, la provincia de San Juan se caracteriza por estar situada en un territorio semidesértico cruzado de oeste a

⁹⁹⁵ ALBERTO BARBEITO - RUBEN M. LO VUOLO, *La modernización excluyente - Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*, ed. Unicef/CIEPP/Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 132/133.

⁹⁹⁶ MIGUEL DE OROMI ESCALADA, *La reforma del Estado según la Constitución Nacional*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 23; ALBERTO BENEGAS LYNCH (h) - MARTIN KRAUSE, *Proyecto para una sociedad abierta*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, 13 y sig.

⁹⁹⁷ JORGE EDUARDO BUSTAMANTE, *desregulación. Entre el Derecho y la Economía*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1993, p. 91 y sig. El autor entre otros importantes conceptos sobre el tema especifica que “en general el proceso de desregulación trata de introducir la competencia mediante la eliminación de barreras de entrada en los mercados, circunstancia que caracteriza a las regulaciones de fomento y a muchas regulaciones de control (regulaciones “organizativas”). Esta desregulación tiene como correlato necesario la existencia de un mercado abierto a la competencia extrema y un régimen “anti trust” o de defensa de la competencia que impida la formación de monopolios de hecho o el abuso de posiciones dominantes”. Ver: <http://www.tel.org.ar/lectura/privarg.html>, 2019; <https://www.economia.gob.ar/cuentas/internacionales/documentos/privatizaciones.doc>, 2019; <https://www.airedesantafe.com.ar/economia/entel-privatizaciones-argentina/>, 2019, entre otros

este por dos ríos principales sobre los cuales se han asentado los oasis de cultivo y las poblaciones. El principal, es el Río San Juan cuyo nacimiento está en el departamento de Calingasta y tiene –como cualquier río de montaña– un caudal limitado y condicionado a las precipitaciones níveas que acaecen en la cordillera. El segundo, de similares características situado al norte de la provincia, tiene un caudal notablemente inferior y sus afluentes que nacen en el departamento de Iglesia y finiquitan en Jachal.

La distribución del agua de regadío, siguiendo la tradición ancestral, se realiza por medio de un sistema de acequias que tienen una organización por turnos.

Las lluvias son escasas, dado que no gozan de la influencia de los océanos. Por un lado, alejado del Atlántico y, por el otro, separado del Pacífico por la Cordillera de los Andes que en la zona tiene la característica de ser la más elevada del continente.

Como se podrá inferir la tierra vale por el agua que tiene asignada, marcando una característica permanente para la economía provincial y el desarrollo de las empresas, las cuales como punto inicial deben prever con cuánta agua cuentan para el desarrollo de su actividad.

Toda la actividad de control y adjudicación de las dotaciones de agua está legalmente prevista y es ejecutada por la Dirección de Hidráulica.

En este contexto geográfico básico, en esta realidad, se fueron desarrollando distintas empresas que procuraron dinamizar a la economía local. Sin duda, las ideas y proyectos tuvieron la influencia de intereses, internos y externos.

3.2. Las políticas que estructuraron el Estado de bienestar provincial

La provincia de San Juan no fue ajena a las influencias de las teorías del “Estado de Bienestar”, sino por el contrario, su estructura económica y social fue diseñada en base a los lineamientos doctrinales con anterioridad a su implementación en la Nación.

Los gobiernos que motorizan la actuación intervencionista del Estado en la provincia se remonta al Cantonismo, partido político que en las primeras décadas del siglo XIX, con una visión socialista de la realidad provincial (muy actualizada para la época), inició la ejecución de programas de asistencialismo social y participación activa del Estado en la economía.

En el año 1932, el pensador Gallardo fundaba esta línea de acción del gobierno sosteniendo que “los gobernantes del nuevo criterio sociológico (los bloquistas) han de tender por una parte, a la independencia política del pueblo, y por otra parte, a su redención económica. Desde luego aquella no se concibe sin ésta, y la redención económica [...] Para alcanzar esos objetivos el gobierno evoluciona hacia el perfeccionamiento de sus vínculos de solidaridad con el pueblo, ensanchando día a día la orbital de sus atribuciones para su intervención directa en los destinos de todas las clases sociales de acuerdo con su rol en la democracia presente y futura [...] Vamos hacia la creación del Estado todopoderoso, porque sin esa omnipotencia no es posible que la sociedad

cumpla sus destinos como sistema político de cooperación integral, máxime cuando dicha cooperación no es voluntaria y libre, sino imperiosa y forzosa”⁹⁹⁸. Sobre el particular el profesor Garcés recuerda que el rol asignado al Estado no terminó en la creciente incorporación de instituciones capaces de regular distintas instancias de la vida social, sino que además fue extendido a su intervención en la propia actividad económica... así...el bloquismo ha intervenido en la explotación de algunas industrias, ya sea tomando parte directamente en esa explotación o mediante concesiones de previsora liberalidad. Es el caso de la Bodega del Estado, de la Azucarera de Cuyo y de la Constructora Sanjuanina⁹⁹⁹.

En el mismo sentido, en un notable trabajo la historiadora Ramella de Jefferies recuerda que entre los años 1929 y 1931 los periódicos mencionaban la grave situación de los obreros sin trabajo. La cifra de desocupados variaba entre los 4.000 a 15.000. Es por ello que el gobierno centralizó a solución en las obras públicas. Esos obreros, en una cantidad aproximada a los 6.500, fueron contratados para trabajar en el Parque Rivadavia, en la pavimentación de las calles del Parque de Mayo, en la prosecución del camino a Calingasta, de Guañuzil y Agua Negra, en la Construcción de la Bodega del Estado, de la Colonia Oficial y Marmolería del Estado. Esta actividad realizada desde el Gobierno permitió a Cantoni sostener en el mensaje a la Legislatura de 1933 que “como programa de gobierno, he dedicado a las obras públicas la mayor preocupación, afrontando la realización de obras importantes y diversas, respondiendo a una triple finalidad. Convertirlas en factores de solución económica. Resolver el problema circunstancial de la desocupación. Fomentar el turismo como medio de vinculación de nuestra provincia el resto del país...”¹⁰⁰⁰.

Por su parte, un reflejo normativo inequívoco de la posición doctrinaria cantonista es el contenido social de la Constitución Provincial de 1927. En ese sentido, los arts. 31 y 32 son elocuentes cuando reconocían a todos los habitantes de la provincia, el derecho a un mínimo de seguridad económica. Para lo cual se preveía establecer por la ley la jornada de trabajo con relación a las exigencias de la vida higiénica y desarrollo industrial y agrícola - ganadero. De igual modo, instala en la Constitución el instituto del salario mínimo con relación al costo de vida, un régimen de seguros contra enfermedades, la vejez y la invalidez, el amparo de la maternidad, la viudez y niñez desvalida para lo cual podían fijarse contribuciones obligatorias.

También se promovía la construcción de viviendas, la reglamentación de los sindicatos y el encauzamiento normal de las relaciones entre el capital y el trabajo y se reglamentaba la figura del “Hogar de Familia” que tenía carácter de inembargable.

⁹⁹⁸ J.P. GALLARDO, *Definición doctrinaria del bloquismo sanjuanino*, Ed. Americana - Rosario - Argentina - 1932, citado por LUIS JAVIER GARCÉS. *La escuela cantonista - Educación, sociedad y Estado en el San Juan de los años 20*, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan - San Juan - 1992, p. 135

⁹⁹⁹ GARCÉS, *La escuela...*, p. 140.

¹⁰⁰⁰ SUSANA T. RAMELLA DE JEFFERIES, *El radicalismo bloquista de San Juan*; edición del Gobierno de la Provincia de San Juan, San Juan, Argentina, 1986, p. 439/440.

A posteriori de los gobiernos conservadores, el peronismo local – siguiendo los lineamientos marcado por la dirigencia nacional- comenzó la consolidación del modelo del “Estado de Bienestar” en la provincia, el cual fue esencialmente direccionado hacia el asistencialismo puro dado que gobernó durante la etapa posterior al terremoto de 1944, ayudando a la reconstrucción de la ciudad de San Juan.

En ese tiempo comienza la dificultad que dura hasta la fecha (ver el cuestionamiento del resto de las provincias a la distribución de los impuestos coparticipables y al Fondo de Reparación Histórica), para los gobiernos de la Capital Federal y provincia de Buenos Aires relacionada con la radicación de fuertes corrientes migratorias internas y externas en sus territorios, y la necesidad de crear una gran cantidad de empleo para dar repuestas a los requerimientos laborales. Es por ello que provincias, como la de San Juan, con escaso nivel de población y alejada de los centros de producción y comercialización (que incrementan los costos de fletes para la adquisición de insumos y comercialización del producto obtenido) no se benefició adecuadamente con aportes del Estado nacional para fomentar la radicación de industrias que no fueran las relacionadas con la vitivinicultura. Estos aportes se focalizaron en el conurbano de la provincia de Buenos Aires.

La plataforma política original (Cantonismo) del Partido Bloquista, en la etapa liderada por el Dr. Leopoldo Bravo, tiene continuidad histórica. Ello se advierte con mayor precisión a partir del momento de la toma del poder, al punto de llevar en su gestión de gobierno, la estructuración del Estado intervencionista, a su máxima expresión.

Esta idea partidaria de origen y pensamiento provincialista, en algún momento, asoció partido con Estado. A consecuencia de ello, mientras se mantuvo en el gobierno, las soluciones a todos los problemas, sean personales, sectoriales o de la administración, siempre eran requeridas al Estado y su satisfacción provenían de sus finanzas.

Avanzando en este estudio, en este punto merece una referencia el perfil doctrinario de la Constitución de 1986, la cual derogó la del año 1927 antes descripta.

En este instrumento liminar se marcó el ideario pergeñado para estructurar el Estado local, cuando en el art. 5 se estableció que “el bienestar y la elevación de la dignidad de las personas, basados en la libertad, en el conocimiento y en la solidaridad económica y social, constituyen premisas básicas en la organización política y social de San Juan...”. Para lo cual en el art. 20 reglamentó que “compete... al Estado asegurar la progresiva y acelerada eliminación de los problemas sociales, económicos, políticos y culturales que afecten a las personas”.

Para cumplir con éste propósito se reglamentó en el Capítulo IV los “Derechos, Libertades y Garantías Sociales”, los cuales en su mayoría el cumplimiento de las mismas, están a cargo del Estado.

A partir del estudio de este instrumento legal resulta evidente que el diseño del Estado para los constituyentes de 1927 y 1986 respondía a la concepción de la doctrina del “Estado de Bienestar” o “Estado Providencia”.

En los años de 1990, se advierte en la ideología de los gobernantes, una división en las ideas para encarar la gestión de gobierno, dado que un sector responde a la visión clásica de defender la implementación de las política del "Estado benefactor" proponiendo soluciones que tuvieron éxito en su aplicación en la década de 1945 a 1955, mientras que otros propiciaban una revisión crítica de las ideas de la "Welfare state" sugiriendo un curso de acción diferente para dar respuesta a las dificultades socio económicas vigentes y enfrentar, con alguna posibilidad, las complicaciones del futuro.

3.3. Efectos sociales y económicos de las políticas intervencionistas

3.3.1. Las fuentes de ingresos para el financiamiento de las actividades socio-económicas

San Juan reconoce históricamente, en el presupuesto previsto para el ejercicio de sus funciones del gobierno de la provincia, el mayor ingreso de divisas para su distribución entre las actividades propias a desarrollar por el Estado local y las municipalidades.

En segundo lugar, se encuentra ubicado el presupuesto previsto por el Estado Nacional para el desenvolvimiento de su función académica por la Universidad Nacional de San Juan.

Y, en tercer lugar, se ubica la vitivinicultura como generadora de divisas. Cabe acotar que esta actividad básicamente agrícola tiene la característica de ser monocultivo en la provincia, de ahí que el resto de la actividad primaria tiene un nivel muy inferior en la creación de divisas.

La actividad vitivinícola primaria (producción de las vides) esta encadenada con la elaboración de los vinos por los establecimientos bodegueros. Este intercambio de intereses, ha generado algunas situaciones de especulación y desequilibrio económico que ha motorizado la intervención del Estado local y nacional, con el dictado de distintas normas para controlar su desenvolvimiento y generar herramientas alternativas para mantener la actividad, como fue la reglamentación de elaboración de vinos por el sistema de maquila.

En los últimos años es muy importante y relevante para la economía provincial el aporte de capital invertido en la explotación de los emprendimientos mineros que tiene la virtud de acelerar el crecimiento de las empresas de servicio de apoyo y necesarias para el desarrollo de sus actividades. En ese sentido, es de público conocimiento la toma de mano de obra con sueldos significativos que se vuelcan en un mayor consumo.

3.3.2. La centralización demográfica

La geografía local tiene la particularidad de contener en todo el territorio únicamente de dos ríos principales, el San Juan y el Jachal. De allí que no resultará difícil, sino por el contrario casi natural, la concertación demográfica sobre las márgenes de estos cursos hídricos.

Pero, a la par de ello el notable desarrollo del "Estado Benefactor provincial" centralizó, aún más, a ese conjunto poblacional marginando a los

departamentos alejados. Entre las principales causas fue la centralización de las respuestas gubernamentales (viviendas, puestos de trabajo en el Estado, ayuda social, etc.) a los departamentos con mayor cantidad de ciudadanos, lo cual motiva, a su vez, nuevas migraciones desde el interior de la provincia en un círculo vicioso. Sin perjuicio de ello, la crisis de las economías departamentales provocó el abandono de los campos y la migración hacia centros poblados.

De acuerdo al último censo de población realizado por el INDEC, en el año 2010, habitaban 681.000 personas en la provincia de San Juan, el 1,7% de la población total del país. Entre 2001 y 2010 la población provincial creció un 9,8%, relativamente menos que la Región Cuyo a la cual pertenece, y que el país.

La densidad poblacional de San Juan en 2010 fue inferior a los 8 habitantes por kilómetro cuadrado. El 73% de los habitantes se localiza en los departamentos Capital, Chimbas, Santa Lucía, Rivadavia, Rawson y Pocito, que en conjunto ocupan sólo el 1,2% del territorio provincial¹⁰⁰¹.

3.3.3. El Estado como fuente de empleo

Para los seguidores de la concepción keynesiana, la toma de trabajadores por el Estado constituye la premisa básica para el incremento del consumo y de allí, la motorización del conjunto de la economía¹⁰⁰². Esta idea fue llevada a su aplicación máxima por los responsables de la administración provincial conforme a los roles que podía asumir el Estado provincial en su relación con el empleo.

En ese sentido, se observa que el Estado, en el caso el provincial, puede funcionar como:

1. Empresario propiamente dicho que puede tener distintas variantes conforme su participación en esta actividad.
2. Empleador directo en su estructura burocrática.
3. Como promotor de empleo, sea,
 - 3.1. A través de la obra pública realizada por empresas privadas;
 - 3.2. A través de promover ventajas, normalmente impositivas, que facilitan la radicación de empresas privadas (industriales, agrícolas, turísticas, etc.).
4. Asistencialista para menguar la situación socio-económica de los ciudadanos en situación de paro.

3.3.3.1. El Estado local como empresario

En la primera función descrita, la de empresario propiamente dicho, fue descrita *up supra* cuando se referenció la actividad gubernamental de la década 1920/1930.

Al respecto, Garcés recuerda que, para la ideología gobernante, “el rol asignado al Estado no terminó en la creciente incorporación de instituciones capaces de regular las distintas instancias de la vida social, sino que además fue extendido

¹⁰⁰¹ http://www2.mecon.gov.ar/hacienda/dinrep/Informes/archivos/san_juan.pdf

¹⁰⁰² KEYNES, *Teoría General...*, cit., p. 249.

a su intervención en la propia actividad económica. “Nada hay que se oponga – decía Gallardo- a que el Estado pueda asumir el rol de agricultor o de industrial, asignando nuevas formas o modalidades al régimen de la riqueza, en concordancia con las exigencias del bienestar y del progreso”¹⁰⁰³.

Este criterio, reconocía la ideología expuesta precedentemente por Gallardo cuando manifestaba que “como exigencia de ello abandonase los conceptos individualistas y no sólo se socializa la noción de bien público y las cuestiones a las que a él se refieren, sino que al mismo tiempo se impone al Estado responsabilidades y deberes más amplios, previsores y categóricos”¹⁰⁰⁴.

En esa idea se promovió la Azucarera de Cuyo, respecto de la cual Maturano describe que “este fue el primer emprendimiento Bloquista con el que se sentó las bases y, dio los primeros pasos para una nueva industria: la del azúcar de remolacha. En efecto la ley N° 52 del 23 de noviembre de 1923 autorizaba a instalar una fábrica de azúcar, con sus respectivas maquinarias, usina hidroeléctrica y construcción de obras de irrigación. Debía moler mil toneladas diarias de remolacha, y proveer a la provincia del azúcar que consumiera”¹⁰⁰⁵.

Mansilla, relata sobre el tema que “durante los gobiernos bloquistas se ensayaron plantaciones de remolacha en la colonia Media Agua, dando ello excelentes resultados. Allí se edificó una fábrica de azúcar a 60 kilómetros de la ciudad de San Juan que llegó a funcionar a la perfección en el año 1928, elaborando abundante cantidad de azúcar, con un rendimiento de 18 a 24 por ciento de sacarosa, prometiendo una producción de 20.000 toneladas anuales. Para su mejor administración se constituyó una sociedad anónima llamada Azucarera de Cuyo con el auspicio del gobierno, y accionistas de San Juan y de varias provincias”¹⁰⁰⁶.

El cambio de ideología del gobierno provincial terminó por desarticular a esta iniciativa y vender a la misma para su total desaparición.

De igual modo se creó la Marmolería del Estado el 3 de octubre de 1932 por Ley 497, a fin de utilizar los productos provenientes de la cantera de mármoles.¹⁰⁰⁷

Pero sin lugar a duda, ocupa un lugar preferencial en la historia del Estado sanjuanino la creación de la Bodega del Estado mediante la Ley N° 432 del 23 de febrero de 1932 que tenía como propósito el de resolver la crisis del sector vitivinícola. Ello por cuanto en el año 1963, se promovió la creación de la Corporación Agroeconómica Vitivinícola Industrial y Comercial (CAVIC) a la cual se le concedió el manejo del edificio de la Bodega del Estado.

Maturano rememora que “esta bodega se transformó en una moderna planta industrializadora de vinos, y se puso bajo la responsabilidad de los propios interesados: los viñateros; es decir, su conducción y control. En aquellos años se avecinaba una excepcional cosecha de uvas, lo que implicaba para la provincia un grave problema, ya que la capacidad vinaria era totalmente insuficiente. Este fue uno de los principales motivos de su creación, con una ocupación de mano

¹⁰⁰³ GARCÉS, *La escuela...*, cit., p. 140.

¹⁰⁰⁴ GALLARDO, *Definición doctrinaria...*, citado por GARCÉS, *La escuela...*, cit., p. 135.

¹⁰⁰⁵ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27.

¹⁰⁰⁶ CÉSAR L. MANSILLA, *Los partidos provinciales*, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, p. 24.

¹⁰⁰⁷ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27.

de obra de alrededor de 1.500 personas y beneficiando a unos 5.000 productores”¹⁰⁰⁸.

En simultáneo, se fue pergeñando las aristas tipificantes de una figura jurídica que ocupará un papel trascendental en la economía local, como es el contrato de maquila. Este convenio celebrado entre el productor primario y el bodeguero fue reglamentado originalmente, por un año, mediante la Ley 17.662¹⁰⁰⁹. Posteriormente, y de igual modo en forma exclusiva para la producción vitivinícola, se dictó la Ley 18.600. Finalmente, se extendió la tipicidad legal del contrato de maquila para toda clase de producción agrícola ganadera, mediante el dictado de la Ley 25.113¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ MATURANO, *Pioneros...*, cit., p. 27; ADALBERTO ZELMAR BARBOSA, *El federalismo bloquista. Bravo o el pragmatismo político*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1988, p. 95 describe la difícil relación del gobierno con los sectores de la producción vitivinícola cuando describe que “la liga de Defensa fue aumentando sus actitudes de franco enfrentamiento con el gobierno y, de la resistencia pasiva, amenazó con pasar a la acción directa. Sus integrantes se negaban a pagar los impuestos “confiscatorios” establecidos por la Legislatura y, cuando lo hacían, recurrían a las Letras de Tesorería que el propio gobierno se negaba a aceptar. Las letras fueron perdiendo gradualmente su valor y Cantoni llegó a emplazar a los productores para que en 48 horas pagasen sus tributos bajo apercibimiento e crear nuevos impuestos al vino. La reacción de los bodegueros no se hizo esperar y anunciaron que cerrarían las puertas de las bodegas y suspenderían el despacho del vino. Cantoni tampoco se quedó atrás: ante la amenaza de *lock-out*, comunicó que el Estado se haría cargo de la administración de las bodegas cerradas y produciría el vino para venderlo al costo”. Sin duda, en este punto ya estaba in mente la idea de que el Estado debía intervenir en la producción de vino, tal cual se hace con la creación de la Bodega del Estado.

¹⁰⁰⁹ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos. Caña de Azúcar*, Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 1994, p. 47. El autor relata que “el convenio por el cual el bodeguero se compromete a elaborar, cuidar, conservar y mantener en depósito por un tiempo determinado, el vino obtenido con las uvas del viñatero, recibiendo en pago por su labor, una porción del propio caldo vínico industrializado o su equivalente en dinero, ha sido denominada en las zonas productoras de vides, de modo indistinto: “de elaboración por cuenta de terceros”, “de elaboración por cuenta exclusiva del viñatero”, o “de maquila”.

Esta forma tan especial de pactar la elaboración de vinos era conocida y empleada en el ámbito vitivinícola sin un marco legislativo de referencia.

Pero la agudización de la crisis estructural de la vitivinicultura en la década de los años sesenta a consecuencia de cosechas con excelentes rendimientos, originaron la existencia de volúmenes superiores a las posibilidades de consumo. A ello se debe adicionar, el temor cierto de que la emergencia económica facilite el abuso en perjuicio de los viñateros. Esta situación excepcional fundamentó la sanción de la ley 17.662”.

¹⁰¹⁰ PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, “Comentario de la ley 25.113 “Contrato de maquila”” en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil Comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea, 2004, t. IX, pp. 1211 a 1241; “Comentario de la Ley 25.113 “Contrato de maquila”” en Bueres, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrina y jurisprudencial, t. 8C “Normas complementarias. Obligaciones. Contratos”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 377 a 475; “Modificación introducida por la Ley 25.113 al régimen de restitución de bienes de terceros en la falencia del elaborador”, JA feb. 9-2000, nro. 6180, p. 11; “El contrato de maquila en la actualidad del siglo XXI”, *Rev. Foro de Córdoba*, Año XX, noviembre de 2010, Córdoba, p. 15, “El contrato de maquila y el Código Civil y Comercial. La autonomía de la voluntad, la buena fe y el abuso de la posición dominante”, La Ley 11/04/2018, 1, La Ley 2018-B, 947, entre otros estudios.

El detalle relevante del contrato, desde su génesis, es el intervencionismo del Estado en la definición de los derechos y obligaciones de las partes que tenía la clara intención de tutelar a la más débil de la relación, al viñatero.

Cabe recordar que definida la voluntad del viñador en favor de la celebración del contrato de elaboración por el sistema de maquila, de inmediato se comprueba, que la intervención estatal centraliza su accionar, en la primera etapa, en la configuración interna del contrato. Allí, limita la voluntad autónoma de las partes, en la elección del tipo de producto a elaborar, y en el contenido normativo del convenio.

Por imperio legal, la Ley 18.600 y sus reglamentaciones complementarias, actualmente vigentes, determinan el objeto de la relación contractual, que debe ser la elaboración de una determinada cantidad y calidad de vino para el productor maquilero. Va de suyo, que, optado por la celebración de un contrato de maquila, se definió, en ese instante, cual es el objeto del mismo. En otras palabras, el contenido del convenio de maquila tiene carácter imperativo.

Por otra parte, cabe resaltar que la función de policía del Estado Nacional, se ejerce sobre toda la actividad vitivinícola, a través del Instituto Nacional de Vitivinicultura y de los distintos organismos de control creados en el orden provincial. Ello encuentra justificación, sin duda, en la propia esencia del vino que brinda grandes posibilidades de llevar a cabo maniobras enológicas que atenten contra la calidad y cantidad de los vinos perjudicando a los consumidores.

En este punto es menester precisar que la intervención del Estado en la actividad vitivinícola tiene dos facetas perfectamente diferenciadas. La primera, referida al poder de policía, cuando fija la política de producción y comercialización de los productos vnicos, donde se enmarca la normativa reguladora del contrato de elaboración de vinos por el sistema de maquila, el cupo de vinificación, las autorizaciones para plantar o erradicar vides, etc. Y, por otro lado, el control sobre la calidad de los productos elaborados. Esta última actividad de policía, por su avanzado desarrollo normativo en protección de los consumidores, es digno de un análisis particular que no se llevará a cabo en este estudio por exceder la temática propuesta.

El Instituto Nacional de Vitivinicultura (creado mediante Ley 14.878 sancionada el 23-10-1.959 - promulgada: 6-11-1.959 y publicada B.O.N.: 25-11-1.959) ejerce, en toda la Nación, la función de policía sobre la actividad vitivinícola, fijando los tipos de vinos (art. 17 y 18), las prácticas enológicas (art. 19 a 21), entre otros controles reglamentarios.¹⁰¹¹

El Decreto de desregulación nacional P.E.N. 2284/91 no deroga a la Ley 18.600 sino que, de sus artículos y nuevos principios, dejan sin vigencia algunos artículos. Posteriormente, se dictó, la Ley 25.113 reguladora del contrato de maquila para todas las actividades que debe ser complementada con histórica regulación.

De retorno de esta pequeña digresión por la figura del contrato de maquila que permitió sobrevivir a la industria vitivinícola a sus peores crisis, es oportuno

¹⁰¹¹ ADOLFO GONZALEZ ARROYO, "Intervención del Estado en la Industria vitivinícola. El Estado y los productores." en el libro "*Crisis vitivinícola...*", cit., p. 89.

resaltar que el Estado en las últimas décadas, adopto nuevas formas para estructurarse como empresa. Así, para prestar sus servicios en varias de sus actividades esenciales.

A modo de ejemplo, se puede transcribir la historia oficial de la empresa de provisión de la energía eléctrica¹⁰¹². Allí se recuerda que en “el año 1911, San Juan era una ciudad fronteriza donde los adelantos y progresos prácticamente llegaban sólo desde Buenos Aires. En esa época, sólo algunos sectores contaban con energía eléctrica, pues se necesitaban grandes inversiones para conectarse a los generadores, dado que no existían instalaciones de distribución. Ugarte, Sabatié y Fernández, propietarios de los generadores que entonces existían, contaban con dos usinas, una en Zonda que generaba 225 kW y otra en Concepción con 160 kW.

Posteriormente en 1920, la Compañía Eléctrica de Los Andes (CELA) compró las usinas dando continuidad al servicio, hasta que el terremoto de enero de 1944 echó por tierra los incipientes tendidos urbanos que entonces se había logrado levantar y se dañaron los generadores, los que rápidamente debieron ser reparados.

En el año 1956 se crea el Instituto Provincial de la Energía (IPE), con el fin de impulsar la instalación de redes de distribución en las zonas alejadas de los principales asentamientos de la Provincia, continuando su tarea posteriormente la Empresa Provincial de Energía (EPE), la que en 1975 realizó importantes obras para la interconexión de zonas de frontera, cerró el anillo de 33 kV en el Valle de Tulúm, suministró electricidad a la zona industriales importantes en la Provincia como la de las caleras, electrificó zonas agrícolas para el riego y se construyó la línea de 132 kV de Usina Pie de Presa, en la Quebrada de Ullum.

En 1981 nace Servicios Eléctricos Sanjuaninos Sociedad del Estado (SES S.E.), a la que son transferidas las instalaciones de distribución pertenecientes a Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado. Estas instalaciones son transferidas del Gobierno Nacional al Gobierno Provincial.

La cobertura de servicios del SES alcanzaba a todo el Sistema Interconectado Provincial, Valle de Tulum (con excepción de la zona de Caucete), Ullum, Zonda y los Sistemas de Generación Aislados, ubicados en los departamentos de Jáchal, Iglesia, Valle Fértil y Calingasta.

A raíz del proceso de reestructuración y privatizaciones iniciado en Argentina hacia comienzos de la década de los `90, el Gobierno de la Provincia decide privatizar el servicio de distribución eléctrica que realizaba el antiguo SES a través de una Licitación Pública Internacional.¹⁰¹³

¹⁰¹² <http://www.energiasanjuan.com.ar/index.php?ver=historia>, 2019.

¹⁰¹³ Como consecuencia de ello en el año 1996, Agua Negra S.A., sociedad constituida por las empresas EMEC S.A. y GENER S.A. (a través de su filial argentina GENER ARGENTINA S.A.), ambas de la República de Chile, se adjudica el 90 % del paquete accionario de EDESSA, ex SES S.E. por un valor de U\$S 63,3 millones. El 10% restante de las acciones quedaron sujetas al Programa de Propiedad Participada.

De esta manera, el 9 de enero de 1996 el consorcio Agua Negra S.A. se adjudicó EDESSA, Empresa Distribuidora de Electricidad Sanjuanina S.A., dándose inicio a la administración privada de la misma el 22 de enero de 1996.

En los últimos tiempos, la generación y provisión de energía eléctrica abrió un nuevo capítulo en cuando se creó Energía Provincial Sociedad del Estado (EPSE)¹⁰¹⁴.

La información institucional oficial relata que nació en el año 2004 con un objetivo principal de redireccionar el proyecto "Complejo Los Caracoles - Punta Negra", que se encontraba paralizado desde el año 2000.

Otro de los desafíos es dar respuesta a diferentes necesidades relacionadas con la generación y administración de la energía eléctrica generadas por la provincia de San Juan.

Administrar todos los recursos energéticos provinciales según la política que establezca el Poder Ejecutivo a través de la Dirección de Recursos Energéticos se convirtió en el motor de esta Empresa.

Paralelamente comenzaron a crecer los proyectos energéticos a partir de la incorporación de diferentes profesionales especializados en energías no convencionales, como por ejemplo solar, eólica y geotérmica.

EPSE se transformó así en la empresa que estudia, administra y distribuye energías convencionales y no convencionales producidas en el territorio sanjuanino.

Su capital inicial fue de \$100.000 pesos argentinos, aportados por el presupuesto 2004 de la Provincia. Se emitieron 100 certificados nominativos por 1000 pesos cada uno.

El Tribunal de Cuentas de la Provincia ejerce la fiscalización externa. La fiscalización interna corre por cuenta de un síndico y de dos auditores: uno técnico y otro administrativo contable. El EPSE no es alcanzado por los delegados fiscales de la Contaduría General de la Provincia.

En septiembre de 1997, con el lanzamiento de una nueva imagen corporativa, comienza una nueva etapa en la vida de la distribuidora produciéndose el lanzamiento de un nuevo nombre para la misma, nace ENERGÍA SAN JUAN S.A. Este hecho marcó el hito del término de una etapa transición que comenzara el 22 de enero de 1996.

El nuevo nombre de la distribuidora simboliza el espíritu y compromiso de colaboración, servicio y trabajo para el desarrollo de la Provincia de San Juan. Su iso-logo, que refleja modernidad y dinamismo, representa el sol y las montañas tan característicos de esta tierra, y sus colores gris y naranja los contrastes propios de su paisaje.

El 30 de abril de 1999, el consorcio AGUA NEGRA S.A. adquirió el 10% de las acciones clase "C" (acciones del Programa de Propiedad Participada) de Energía San Juan S.A. y cedió una acción a manos del señor Uriel O'Farrell.

Posteriormente en diciembre del mismo año, GENER ARGENTINA S.A. vendió, cedió y transfirió a EMEC S.A. la totalidad de las acciones clase "B" de la Sociedad AGUA NEGRA S.A. de la cual era titular, quedándose con sus acciones clase "A". De esta manera EMEC S.A. pasó a ser accionista mayoritario con el 82,66% del capital accionario y GENER ARGENTINA S.A. quedó como accionista minoritario con el 17,34% de dicho capital.

Luego el 31 de enero del 2001, GENER ARGENTINA S.A. vendió a la Compañía General de Electricidad S.A. (CGE S.A) el total de las acciones clase "A" de AGUA NEGRA S.A de las cuales era titular (17,34%).

Sobre fines del 2001 (21 de diciembre), CGE S.A. compró a EMEC S.A. la totalidad de las acciones clase "A" y "B" de AGUA NEGRA S.A de las cuales esta última era titular. Al mismo tiempo, CGE S.A. vendió a International Financial Investments S.A (I.F.I.S.A) una acción clase "B". De esta manera CGE S.A quedó con el 99,99999% de las acciones de AGUA NEGRA S.A e I.F.I.S.A con el 0,00001% de las mismas.

¹⁰¹⁴ <https://www.epse.com.ar/>, 2019.

EPSE debe operar y mantener sus instalaciones y equipos, de manera que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir con los reglamentos y resoluciones del Ente Regulador pertinente o del Organismo de Control que corresponda.

El Gobierno de la Provincia de San Juan desde su posición estatal ha sabido convertirse en una herramienta estratégica para la gestión de los recursos energéticos de la provincia en materia de Aprovechamientos Hidroeléctricos. Energía Solar. Energía Eólica. Energía Geotérmica. Energía a partir de Biomasa. La cuestión estratégica de EPSE: más energía renovable y mayor eficiencia en el consumo energético.

Por su parte, Obras Sanitarias Sociedad del Estado (OSSE – San Juan) se estructuró como una Empresa del Estado Provincial dedicados a la administración, distribución y control de los servicios de Agua Potable y Cloacales en la Provincia de San Juan. La misma comenzó su accionar el 26 de febrero de 1982, ocasión en que Obras Sanitarias de la Nación transfirió definitivamente los servicios cuya aplicación, hasta ese momento, se encontraba a su cargo. En simultáneo, la Ley N° 4991 habilitó a la empresa a usar la sigla OSSE.¹⁰¹⁵

Finalmente, resaltar la última creación empresarial del Estado provincial como es la constitución de Cannabis Medicinal San Juan Sociedad del Estado (Ca.Me.SanJuan.S.E.), mediante la aprobación, por parte de la Cámara de Diputados del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo de adhesión a la Ley Nacional N° 27.350.¹⁰¹⁶

Esta empresa, estará orientada al cultivo y explotación de cannabis y sus derivados con fines científicos, medicinales y terapéuticos, en todas sus variedades, como su producción, industrialización y comercialización; la instalación y explotación de establecimientos, equipamientos y plantas industriales necesarias a tales fines.

Además, habilitaron la adquisición, elaboración, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, comercialización, importación y exportación de semillas, plantas, abonos, material vegetal, material fitosanitario, fertilizantes y demás recursos. También en lo relacionado con aceites y otros productos derivados del cannabis con fines científicos, medicinales y terapéuticos.

Como se colige, el Estado de la provincia de San Juan tiene un largo historial relacionado con la estructuración de sus servicios mediante la conformación de empresas.

3.3.3.2. El Estado como empleador directo en su estructura burocrática

¹⁰¹⁵

<http://www.ossesanjuan.com.ar/v3/>; <http://www.ossesanjuan.com.ar/v3/empresa/nuestro-compromiso>, 2019. Esta página oficial informa que “en la actualidad, más de 530 personas integramos esta gran familia sanitarista. Juntos, entre el personal de los servicios, de obras, de operaciones de las plantas potabilizadoras y depuradoras; de laboratorios, los grupos operativos que patrullan las calles y nuestros agentes instalados en las oficinas de atención comercial, OSSE está presente en casi toda la provincia lo más cerca posible de la comunidad”.

¹⁰¹⁶ <https://www.canal13sanjuan.com/politica/2019/9/5/es-ley-crearon-san-juan-cannabis-medicinal-sociedad-del-estado-123127.html>, 2019.

La segunda vinculación del Estado de San Juan, con el empleo, es la descripta como empleador directo en su estructura administrativa central para cumplir con sus fines.

En el presupuesto correspondiente al presente año 2019, Ley 1869-I, se prevé una cantidad global de 47.302 empleados públicos en su planta de personal que incluye a la Administración Gubernamental, Seguridad, Servicios sociales y Servicios económicos (art. 2, 31 y 32).

En una comparación formulada por organismo oficiales (Ministerio de Trabajo de la Nación) e informada periódicamente, se hace saber que en San Juan existen 84 empleados públicos por cada 100 privados registrados¹⁰¹⁷.

De igual modo se informó que “la evolución del empleo público provincial de la provincia de San Juan, ascendió un 7% en abril de 2018 en relación al mismo mes del año pasado, mientras que el empleo de jurisdicción municipal en la provincia tuvo una reducción interanual de 2,5%. A nivel nacional el empleo público mostró un descenso de 1% entre abril de 2018 y abril de 2017.

El empleo público en la provincia de San Juan ascendía, en el año 2017, a alrededor de 56 mil trabajadores. Esto representa el 2% del total del empleo público del país, considerando la jurisdicción nacional, provincial y municipal. Considerando el empleo público provincial y municipal, se contabilizan 85 trabajadores estatales por cada 1.000 habitantes. Con este valor, la provincia se ubica por encima del promedio nacional (78 empleados públicos cada 1.000 habitantes)”¹⁰¹⁸.

3.3.3.3. El Estado como promotor de la radicación de empresas privadas

En el presente estudio, no es central, examinar al Estado como promotor de la radicación de empresas privadas.

Sin perjuicio de ello esta actividad estatal se llevó a cabo, mediante la Ley 4.762 (221-J) de Promoción industrial, (B.O. 10 setiembre 1980), la cual tenía por objetivo general promover el desarrollo de la actividad industrial, a los efectos de contribuir a diversificar la estructura económica de la provincia, adoptando al mismo tiempo los objetivos generales de la Ley Nacional de Promoción Industrial, sus Decretos Reglamentarios y el Decreto Regional para la Provincia de San Juan.

Sin lugar a hesitación que más allá de los objetivos particulares previstos en el art. 3¹⁰¹⁹, se procura la toma de mano de obra, de empleos privados. Al respecto

¹⁰¹⁷

<https://www.diariolaprovinciasj.com/u/fotografias/fotosnoticias/2016/7/18/103121.jpg>, 2019.

¹⁰¹⁸

http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/informesprovinciales/InfDiagLab_201908AGO_SanJuan.pdf, 2019.

¹⁰¹⁹ Art. 3.- Los objetivos particulares de esta Ley son: a) Propiciar la instalación de nuevas industrias en la Provincia, especialmente en zonas de frontera procurando no afectar la industria eficiente ya instalada o en vías de instalación. b) Fomentar el aprovechamiento racional de los recursos e insumos de la Provincia. c) Fortalecer y apoyar el desarrollo y

se observó que muchas veces la promoción industrial era de importantes sumas de dinero en inversión pero de escaso reflejo en la cantidad de toma de obreros. Dentro de este marco de favorecer a la instalación de empresas privadas, se destaca nítidamente la radicación de grandes emprendimientos mineros de capitales internacionales. Ello fue favorecido por la suscripción en fecha 29 de diciembre de 1997 del “Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre integración y complementación minera”, siendo perfeccionado en fecha 20 de agosto de 1999 con un Protocolo complementario, constituyéndose finalmente la Comisión Administradora de dicho Tratado.

Específicamente, en la provincia se instalaron empresas para la explotación del proyecto Veladero (Iglesia), El Pachón (Calingasta) y binacional el Pascua-Lama (Iglesia), entre otras.

El detalle es el fomento de la minería en grandes escalas, con empresas multinacionales, dejándose de lado a los pequeños empresarios mineros, que están autorizados para explotar por el sistema de maquila. La influencia de la minería en estos niveles es palpable a simple vista, dado que toma mucho empleo, genera el crecimiento de la industria de servicios mineros, transportes de las más diversas clases, radicación de parques industriales para la concentración de las antes mencionadas empresas, etc.

En efecto, en el art. 2 del Tratado se especifica en el punto K) “Maquila o Transformación por Terceros: Actividad por la cual un producto minero es procesado en plantas de tratamiento pertenecientes a personas naturales o físicas y jurídicas distintas del propietario de dicho producto minero, el que paga con una porción de la producción o en dinero”.

La pregunta surge de inmediato para conocer las razones por las cuales se incorporó esta figura, conocida en nuestro país para la producción agrícola ganadera, al Tratado. La explicación surge desde el país trasandino dado que allí se fomenta la industrialización de las labores de los pequeños mineros a través de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI)¹⁰²⁰ y de la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO)¹⁰²¹, quienes industrializan la explotación minera primaria. Y, en algunos casos, hasta comercializan en forma unificada, el producto final.

3.3.3.4. El Estado asistencialista de los trabajadores en paro

Finalmente, cabe brevemente resaltar que el Estado no puede pasar sin responsabilidad cuando aparecen situaciones de paro laboral. Este tema de los

perfeccionamiento de las empresas nuevas y la expansión de las existentes. d) Fomentar la especialización integración, fusión de empresas, economía de escala y cambios de estructura, tendientes a lograr una mayor eficiencia de la industria, cuidando de no facilitar el establecimiento de en poder monopólico u oligopólico en los mercados de que se trate.

¹⁰²⁰

<https://www.enami.cl/api/Descarga?f=/Estados%20Financieros/ESTADOS%20FINANCIEROS%20AL%2030%20DE%20SEPTIEMBRE%202015.pdf>, 2019.

¹⁰²¹

https://www.codelco.com/memoria2018/site/docs/20190405/20190405152423/memoria_anual_codelco_2018.pdf, 2019.

planes paliativos, normalmente, está centralizado a nivel nacional quién formula la distribución entre la población de menores recursos o mayores necesidades.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las recetas socio económicas fundamentadas en puritanismos ideológicos en ningún contexto de la realidad han sido viable, siempre existe una fórmula, una alquimia particular para cada situación, para cada país, para cada provincia. Una prueba de ello es el capitalismo/comunista de China o el liberalismo/proteccionista de los Estados Unidos.

El sincretismo ideológico adecuado a cada escenario socio, económico, es el único camino para encontrar la receta más idónea, la más conveniente, para superar las dificultades que se presentan en el corto y largo plazo.

En este sentido, “la empresa” tiene la virtud de tener contornos flexibles que, si no se adecuan a las exigencias sociales y económicas imperantes, pueden perder capacidad competitiva y, en algunos casos, perecer.

Así, no existe impedimento alguno para que se constituyan empresas estatales, ni para que el Estado promueva, en paralelo, la conformación de otras de génesis privada. No se puede encontrar la solución para el bienestar de la sociedad con dogmatismos, sino con soluciones que realmente procuren resolver los problemas, en el marco de una sociedad globalizada y con nuevos paradigmas de vida.

Este sincretismo ideológico se encuentra avalado por la opinión de uno de los ideólogos de la economía que ha tenido mayor trascendencia en el siglo XX por sus postulados. En efecto, Keynes decía que “cada país necesita una política nacional meditada sobre qué tamaño de la población, mayor, igual o menor que el actual, es más conveniente. Y habiendo establecido esta política, debemos tomar las providencias para el desarrollarla. Puede llegar el tiempo, un poco más adelante, en que la comunidad como un todo deba prestar atención tanto a la cualidad innata como a las simples cifras de sus futuros miembros”¹⁰²². El autor completa su preocupación diciendo que “nuestro problema es construir una organización social que sea lo más eficiente posible sin contrariar nuestra idea de un modo de vida satisfactorio”¹⁰²³.

En otras palabras, el desafío actual, bien vislumbrado por la corporación académica, es repensar con seriedad futuro argentino, sin dogmatismos ideológicos que llevan inexorablemente a intolerancias de todo tipo. Esa es nuestra responsabilidad y debemos asumirla, porque el porvenir no depende de los otros sino de nuestras propias acciones que tiendan a concretar el sueño de una Argentina en pleno desarrollo.

¹⁰²² JOHN MAYNARD KEYNES, *Ensayo sobre intervención y liberalismos*, traducción del inglés, Jorge Pascual, Ediciones Folio, Biblioteca de Economía, Barcelona, España, 1996, p. 86.

¹⁰²³ KEYNES, *Ensayo sobre intervención...*, cit, p. 88. El autor completa la idea expresando “el siguiente paso adelante debe venir, no de la agitación política o de los experimentos prematuros, sino del pensamiento. Necesitamos aclarar nuestros propios sentimientos mediante un esfuerzo de la mente”.

RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA EMPRESA MINERA. IMPACTO ECONOMICO, SOCIAL Y AMBIENTAL EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN

Ricardo Coca

Sumario

- I. Introduccion*
- II. La Etica Empresaria y el Impacto Social*
- III. Responsabilidad Social Empresaria*
- IV. Las Empresas y los Derechos Humanos*
- V. Desarrollo Sostenible, Sustentabilidad y Sostenibilidad*
- VI. Impacto Economico de la gran Minería en San Juan*
- VII. Impacto Ambiental*
- VIII. Conclusiones*

I. INTRODUCCION

Es necesario tener en cuenta que el concepto de Responsabilidad Social Empresaria aún está en construcción y que cada vez que uno lo utiliza debe tratar de acordar que se entiende por él. Por ser la Responsabilidad Social Empresaria una construcción social, a lo que se debe aspirar es a aproximarse a ella a través de las distintas miradas, intereses y componentes que la conforman.

A falta de esa definición única de RS, se han elaborado muchas. Afortunadamente, en casi todas ellas aparecen unos cuantos componentes que nos ayudan a definir qué es la RS: una referencia a tres ámbitos de responsabilidad, económico, social y medioambiental (completada a veces, con una mención al carácter ético de esas responsabilidades); una alusión a los interlocutores o stakeholders ante los que la empresa se presenta como responsable; la identificación de esas responsabilidades como voluntarias; y, en algunos casos, alguna referencia al carácter integrado de la RS en la estrategia, las políticas y las operaciones. Al final, resulta una definición compleja, probablemente porque la realidad de la RS también lo es.

Debe entenderse por tanto a la RSE como la búsqueda de una cultura de excelencia propia de las prácticas de gestión de las empresas y no como una moda pasajera. La relación entre producción y consumo supone analizar cómo se implementan los sistemas de producción en cuanto al uso de recursos, el respeto por el ambiente y las relaciones interpersonales. El consumo

responsable será la contrapartida de la RSE apuntando a minimizar la presión sobre el uso de los recursos no renovables.

En el caso de la provincia de San Juan, se trata de analizar el impacto de la minería en las tres dimensiones mencionadas de la RSE, económico, social y ambiental. Los aspectos positivos y sus externalidades, como así mismo los desafíos de la actividad minera en el desarrollo de la Provincia en el mediano plazo.

II. LA ETICA EMPRESARIA Y EL IMPACTO SOCIAL

La ética es un saber normativo que pretende dirigir las acciones de los seres humanos, siendo la ética empresarial la aplicación de los valores morales y los principios al ámbito de la empresa.

Esos principios deben referirse fundamentalmente al compromiso con:

- La sustentabilidad.
- El cumplimiento de las regulaciones.
- La transparencia.
- El respeto a las comunidades donde se inserta, sus costumbres y tradiciones.
- La provisión de trabajo decente.
- Brindar productos y servicios acordes a los requerimientos de calidad.

Es importante que cada empresa desarrolle su escala axiológica y actúe conforme a ella.

Para Bernardo Kliskberg las grandes desigualdades tienen, además de sus conraindicaciones económicas, consecuencias muy directas sobre la vida de las personas que contrarían la ética básica. A mayor desigualdad más criminalidad, mayor mortalidad infantil, más obesidad, más embarazos adolescentes, mayor discriminación de género y menor esperanza de vida.¹⁰²⁴

Para el autor la demanda de ética en la economía está creciendo en el mundo. Se espera ética de los políticos y los responsables gubernamentales, pero también de los empresarios y las empresas. Esta demanda forma parte de un sentimiento más profundo. Existe la percepción que el debate ético en general ha sido marginado de la agenda colectiva.

Ante ello surge como imperativa la ética a nivel de Organismos Internacionales, Gobiernos, Empresa y Organizaciones de la Sociedad Civil. Lógicamente ello depende del ejercicio ético de las personas en su vida social.

La provincia de San Juan es una provincia rica en recursos cuya explotación paso de estar en manos de pequeñas empresas mineras a grandes corporaciones transnacionales. La primera pregunta que surge entonces es; ¿Cumplen estas empresas con sus códigos de ética o poseen un doble estándar?

Hablamos de ética empresarial considerando la moralidad en la empresa y de la empresa. La ética en la empresa se ocupa de las actividades de profesionales y directivos actuando en la empresa, mientras que ética de la empresa se refiere a

¹⁰²⁴KLIXBERG, BERNARDO (2012). *Un examen de las relaciones entre ética y economía*. En *Valores y ética para el siglo XXI*. España: BBVA.

las decisiones directivas que se realizan en nombre de la empresa o representando a la empresa y que, de algún modo, marcan el modo de actuar de otros para llevar a cabo la actividad corporativa de la empresa.

Domènec Melé, indica que existen tres maneras de entender la ética empresarial. La primera, se denomina economicismo limitado, tiene como criterio supremo maximizar beneficios pero acepta como restricción cumplir la legalidad vigente y, en algunos casos, las exigencias sociales del entorno. La segunda versión, el dualismo racionalista, introduce la necesidad de justificar cada decisión mediante juicios éticos que se hacen partiendo de alguna teoría ética de corte racionalista que define qué es correcto. La tercera versión es llamada realismo moderado al aceptar la capacidad humana de un conocimiento moderado de la realidad. Esta última entiende que la ética es parte integrante de toda acción en la medida en que ésta incide en quien la realiza y contribuye o dificulta el logro de la excelencia humana, a diferencia de otras teorías. Uno de los puntos básicos en la búsqueda de la excelencia humana es reconocer la dignidad de todo ser humano, portador de derechos, y abierto al desarrollo propio de quien es una persona. Esto exige respeto y una actitud de servicio y cooperación, que es justamente lo que da lugar a una mejora en la excelencia humana. Otro elemento importante de esta versión de la ética empresarial es la importancia capital de quien toma la decisión. Él es, en último término, quien deberá hacer el juicio moral acerca de su decisión. En esta versión hay una ética de “primera persona”.¹⁰²⁵

Se espera un comportamiento ético de la empresa acorde al que desarrollan en sus países de origen, independientemente de la eficacia de los organismos de contralor.

III. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA

Para el Banco Interamericano de Desarrollo la Responsabilidad Social Empresarial “Es una visión sobre la empresa que concibe el respeto a los valores éticos, a las personas, a las comunidades y al medio ambiente como una estrategia integral que incrementa el valor añadido y por lo tanto mejora la situación competitiva de la empresa”.

Para Justo Villafañe, la RSE “es el compromiso de una empresa de mantener un comportamiento corporativo autoexigente con todos sus stakeholders.”¹⁰²⁶

La Norma ISO 26000 la define como la “responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y en el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad, que toma en consideración las expectativas de las partes interesadas, que cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa

¹⁰²⁵MELÉ, DOMENEC (2002). *Tres versiones de la ética empresarial, una nota exploratoria*. Obtenido de <http://www.eticaed.org/10.mel%E901.pdf>

¹⁰²⁶VILLAFANE, JUSTO. (2004). *La buena reputación, claves del valor intangible de las empresas*. Pirámide.

internacional de comportamiento, y que está integrada en toda la organización y se lleva a la práctica en sus relaciones”.

En ella aparecen todos los elementos antes mencionados, menos el carácter voluntario que, de todos modos, está implícito.

La Comisión Europea (CE) brinda una definición muy sencilla, "la Responsabilidad Social es la responsabilidad de las empresas por sus impactos sobre la sociedad".¹⁰²⁷

Antonio Argandoña, profesor titular de la Cátedra 'la Caixa' de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo del IESE, al definir la RSE dice; "la empresa es responsable de todo ello. Cada minuto que pasa, la empresa adquiere o descarga responsabilidades de todo tipo: produce impactos en la sociedad, como dicen las definiciones de la CE y de la ISO 26000. Pues bien: la RS es eso, el conjunto de responsabilidades que la empresa adquiere ante la sociedad, representada por sus stakeholders, entendidos estos en un sentido muy amplio, porque también nuestros nietos y los nietos de los que ahora viven en el otro extremo del mundo se verán beneficiados o perjudicados por los impactos de esa empresa. Por eso, el añadido sobre el medioambiente de la definición de la ISO 26000 es redundante, a no ser que queramos dar a ese stakeholder una personalidad propia."¹⁰²⁸

Archie Carroll, sostiene que se pueden distinguir distintos tipos de responsabilidades en una empresa;

- Económica: que tiene que ver con el retorno a la inversión de los accionistas.
 - Legal: que tiene que ver con las obligaciones que deben respetar y que son exigidas en las sociedades en las que actúan.
 - Ética: que tiene que ver con lo que esperaría una sociedad aunque no se constituya en una exigencia legal.
 - Filantrópica: que tiene que ver con donaciones consideradas como deseables por la empresa, más allá de las responsabilidades legales y éticas.¹⁰²⁹
- Así permite apreciar a las empresas desde el punto de vista de la responsabilidad social empresarial. No se trata solo hacer utilidades y cumplir con las obligaciones legales. No basta con asumir responsabilidades filantrópicas. Lo que prima en una empresa socialmente responsable en su responsabilidad ética.

Bernardo Kliksberg se pregunta que demanda la gente cuando se habla de RSE, a lo que responde;

- Políticas de personal que respeten los derechos de los integrantes de las empresas y favorezcan su desarrollo.
- Transparencia y buen gobierno corporativo.

¹⁰²⁷COMISIÓN EUROPEA. (2011). *Comunicación a renewedstrategy 2011-2014 forcorporate social responsibility*. Bruselas

¹⁰²⁸ARGANDOÑA, ARMANDO (2007). *La responsabilidad social; ¿Qué modelo económico? ¿Qué modelo de empresa?* Navarra: IESE Business School.

¹⁰²⁹CARROLL, ARCHIE, & BUSCHHOLTZ, ANN (2006). *Business & Society: Ethics & Stakeholder Management*. EEUU: Thompson.

- Juego limpio con el consumidor.
- Políticas activas de protección del medio ambiente.
- Integración a los grandes temas que hacen al bien común.
- No practicar un doble código de ética.¹⁰³⁰

Podemos identificar distintas etapas de la RSE, dichas etapas implican una evolución del concepto, pero a su vez están todas presentes en la concepción de empresarios y sociedad. Por lo cual hay que hacer un esfuerzo para avanzar en la generación de acciones que atiendan al concepto más moderno de la RSE.

- RSE cosmética, asociada a la filantropía. Las empresas cuyo comportamiento es puesto en tela de juicio debido a malas prácticas, escándalos, etc. realizan acciones de filantropía con objetivos de marketing.
- RSE correctiva, las empresas dejan de hacer daño y buscan superar las externalidades que producen sus acciones. Planes de remediación ambiental, cierres de yacimientos y otras acciones se incluyen en esta etapa.
- RSE contributiva, se busca mejorar la sociedad y el entorno, no se trata de compensar sino de contribuir. Las tareas culturales, educativas, el apoyo a planes de desarrollo local son parte de la RSE contributiva.
- RSE identitaria, la RSE se constituye en parte de la estrategia de la empresa, se tiene en cuenta el papel de esta en la sociedad, su relación con todos los grupos de interés. La concepción del negocio parte desde los postulados de la RSE.
- RSE integral, basada en la transparencia y la trazabilidad de los ingresos y la aplicación de fondos. Está relacionada con el concepto de “accountability” cuyo significado podríamos traducir como rendición de cuentas. Esta etapa está vinculada a los mayores controles referidos a aportes a campañas políticas, controles de fondos, depósitos en paraísos fiscales y demás. Quienes desarrollan este nivel de RSE deben controlar minuciosamente todas sus operaciones.

Teniendo en cuenta que la RSE es voluntaria y responde a programas generados dentro de la propia empresa, solo será eficaz si atiende al cumplimiento de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y medio ambiente.

Las críticas descreen del autocontrol de las empresas respecto a su impacto social y al ambiental. Se verifican en distintos países que las empresas tienen políticas laborales, salariales, de seguridad ambiental y sociales, muy distintas a los estándares aplicados en sus sedes centrales.

Los enfoques limitados de RSE se centran en la obtención de la licencia social, esto es a través de la filantropía como donaciones o compensaciones. A través de estas acciones buscan el acuerdo de los grupos de interés.

En instancias más avanzadas de la RSE la búsqueda de procesos de desarrollo en las comunidades resulta de mayor interés. Es necesario que las actividades de RSE de las empresas se realicen en el marco de complementación con los organismos de gobierno y contralor. Ello por cuanto en comunidades donde el

¹⁰³⁰ KLIKSBERG, BERNARDO (2011). Obtenido de http://plataforma.responsable.net/sites/default/files/bernardo_kliksberg.pdf

poder de contralor del estado es laxo el contacto directo con las comunidades puede avanzar en modos de cooptación.

Las empresas toman medidas efectivas cuando perciben la pérdida del valor accionario por sus actividades que afectan social o ambientalmente. Por ello es que no basta con que las empresas apliquen sus códigos de ética y sus programas de RSE, la responsabilidad del Estado deberá enfocarse en que estas cumplan efectivamente los principios de la debida diligencia en materia de derechos humanos.

IV. LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien el tema de las empresas y el respeto a los Derechos Humanos es una preocupación universal, es cierto también que para Latinoamérica es un tema de especial interés. Los distintos grados de desarrollo y la abundancia de recursos naturales generaron el interés de las empresas transnacionales por su explotación. Los largos períodos de gobiernos de facto, o democráticos con escaso sentido de la protección de los recursos y su explotación racional, permitieron que la Inversión Extranjera Directa se desarrollara bajo estándares más laxos que los de sus países de origen.

Luego de distintas iniciativas el Consejo de Derechos Humanos de la ONU convoca a John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard para realizar un análisis y propuesta de la protección de los Derechos Humanos por parte de las empresas y los Estados donde estas desarrollan sus actividades. Así en el año 2011 se establece la primera plataforma sobre responsabilidad empresarial en cuanto al respeto de los derechos humanos.

«El Marco se basa en tres principios fundamentales. El primero es la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El segundo es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. El tercero es la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales. Cada uno de estos principios constituye un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.»¹⁰³¹

¹⁰³¹RUGGIE, JOHN. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. Washigton:

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar, en sus principios 18 a 21 definen los componentes esenciales de la debida diligencia. Esta está fundamentalmente vinculada a la evaluación de impacto, los mecanismos de reclamación y la reparación tanto estatal como no estatal. No obstante, la falta de establecimiento de mecanismos legales y obligatorios genera incertidumbre sobre la eficacia de estos principios rectores para evitar las violaciones de los derechos humanos y la conducta predatoria de algunas empresas transnacionales;

"En conclusión, el desbocado e imparable poder de las empresas transnacionales y la ausencia de instrumentos internacionales convencionales obligatorios no parecen presagiar un escenario optimista. Situación, que viene favorecida por la resistencia a imponer unas normas limitativas de los excesos promovidos por la nueva *lex mercatoria* y que pueda acudir en defensa de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. En parte, todo ello se explica por una reticencia de la mayoría de los Estados, que viene acompañada por la apática reacción o estado de complacencia de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, que no parecen poder superar con decidida solvencia este desafío. Ante la imposibilidad presente de una salida institucional a esta status de impunidad, la sociedad civil con sus víctimas se ven abocadas a exigir ante distintos tribunales de justicia, con más o menos éxito, la responsabilidad penal y civil de las empresas infractoras de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos. Mientras tanto queda por constatar si en un futuro próximo, el Grupo de Trabajo de los Principios Rectores, dota de contenido y eficacia a los mismos, y logra con determinación y solvencia despejar las dudas y lagunas de este nuevo Marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar".¹⁰³²

Así la fijación de estándares debe reflejar una equivalencia entre lo ofrecido y el impacto a las comunidades donde la actividad se centra.

Las empresas deberían;

- Especificar sus políticas de derechos humanos.
- Integrar esa política en todas las áreas de la empresa.
- Evaluar el impacto actual y potencial sobre sus actividades sobre los derechos humanos.
- Auditar sus impactos a través de reportes de sustentabilidad.

A/HRC/17/31. Obtenido de www.globalbusiness-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/Gps-Spanish.pdf

¹⁰³²ESTEVE MOLTÓ, J. E. (2011). *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? Anuario Español de Derecho Internacional Vol. 27*, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/viewFile/2559/2432>.

Es dable observar que en el caso que nos ocupa no está al alcance del ciudadano tener acceso a la información de reportes sobre la actividad de la empresa minera. Aún en casos de accidentes los informes tomaron estado público por mensajes de ciudadanos antes que por informes del Gobierno o de la empresa.

V. DESARROLLO SOSTENIBLE, SUSTENTABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD

La Comisión Sarkozy¹⁰³³, presidida por los premios Nobel Joseph Stiglitz y Amartya Sen, propone que hay que apuntar hacia una visión más amplia del desarrollo. El crecimiento económico es uno de los objetivos del mismo, pero no el único. Se requiere, entre otros aspectos, mejorar la inclusión social, la equidad, el acceso a la cultura, la ampliación de la libertad, la convivencia armónica con la naturaleza, la participación en todos los planos.

Con frecuencia hay una compensación latente que solo se explicita cuando el desarrollo no se mide únicamente con el producto bruto, sino con indicadores más amplios, como los que propone la comisión y anteriormente el paradigma de desarrollo humano de la ONU.

Así, la explotación sin control de la naturaleza puede incrementar el crecimiento a corto plazo, pero genera desequilibrios que llevan a dejar sin su hábitat histórico a millones de personas, y genera graves daños económicos a medio y largo plazo.

Es importante distinguir entonces entre crecimiento y desarrollo. El crecimiento es el aumento continuo de la producción agregada a través del tiempo, se mide por el crecimiento del Producto Bruto Interno en un país en el término de un año. Su objetivo es evaluar la efectividad de las políticas macroeconómicas de un país. En economía lo representamos como el desplazamiento hacia afuera de la Frontera de Posibilidades de Producción. El desarrollo podemos definirlo como el aumento persistente del bienestar de una población. Implica un proceso de cambio en los sistemas económicos que generan un aumento del bienestar social.

Confluyen en el análisis del crecimiento y del desarrollo los aspectos económicos, sociales y medio ambientales. Su medición se realiza mediante el análisis de diversos indicadores como la tasa de desempleo, acceso al sistema de salud, tasa de escolarización, acceso a la vivienda, servicios, infraestructura, etc. Ambos conceptos están muy vinculados, aunque no basta el crecimiento para generar desarrollo (teoría del derrame). En el corto plazo podemos tener incluso desarrollo sin crecimiento. En el largo plazo es necesario el crecimiento para generar un desarrollo sostenible.

El desarrollo debería permitir;

- La igualdad de oportunidades

¹⁰³³COMISIÓN SARKOZY. (2009). *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Obtenido de https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Biblio_adic5.pdf

- La reducción de la discriminación
- Disminuir la exclusión social
- Mejorar la distribución del ingreso (coeficiente de Gini)

En la práctica surgen caracterizaciones como las de países desarrollados, países subdesarrollados o el eufemismo de países en vías de desarrollo. Lo importante es discernir como se incrementa la brecha entre aquellos que tienen índices de bienestar creciente, mientras que otros sufren un deterioro permanente de sus posibilidades. Incluso países que destruidos por los conflictos internos o las guerras quedan marginados de los procesos de desarrollo y solo pueden esperar la ayuda humanitaria de los organismos internacionales.

El informe de la Comisión Brundtland (Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987) define el desarrollo sostenible como la posibilidad de "satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de generaciones futuras de satisfacer las suyas".¹⁰³⁴

El concepto de desarrollo sostenible trae de hecho la idea de sostener, para ello debe tenerse en cuenta el consumo de capital y las posibilidades de regeneración. El término desarrollo sustentable refiere a mantener el sistema en el tiempo, este tiene capacidad autónoma de sustentarse por sí solo.

"El concepto de sustentabilidad hace referencia a la interrelación de tres elementos: (1) La sustentabilidad ambiental, que se refiere a la necesidad de que el impacto del proceso de desarrollo no destruya de manera irreversible la capacidad de carga del ecosistema (2) La sustentabilidad social, cuyos aspectos esenciales son (a) el fortalecimiento de un estilo de desarrollo que no perpetúe ni profundice la pobreza ni, por tanto, la exclusión social, sino que tenga como uno de sus objetivos centrales la erradicación de aquélla y la justicia social; y (b) la participación social en la toma de decisiones -es decir, que las comunidades y la ciudadanía se apropien y sean parte fundamental del proceso de desarrollo. (3) La sostenibilidad económica, entendida como un crecimiento económico interrelacionado con los dos elementos anteriores. En síntesis, el logro del desarrollo sustentable será resultado de un nuevo tipo de crecimiento económico que promueva la equidad social y que establezca una relación no destructiva con la naturaleza."¹⁰³⁵

VI. IMPACTO ECONOMICO DE LA GRAN MINERIA EN SAN JUAN

El cambio en la estructura económica en la provincia de San Juan a partir de la llegada de la gran minería es fácilmente reconocible teniendo en cuenta que hasta el año 2005 no se producía oro. Hasta ese año el 50% de las exportaciones estaba representado por el complejo vitivinícola y el de hortalizas y legumbres que hoy representan el 14% de las mismas.

¹⁰³⁴ ONU. INFORME BRUNDTLAND. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Extraído de <https://es.scribd.com/doc/105305734/ONU-Informe-Brundtland-Ago-1987-Informe-de-la-Comision-Mundial-sobre-Medio-Ambiente-y-Desarrollo>

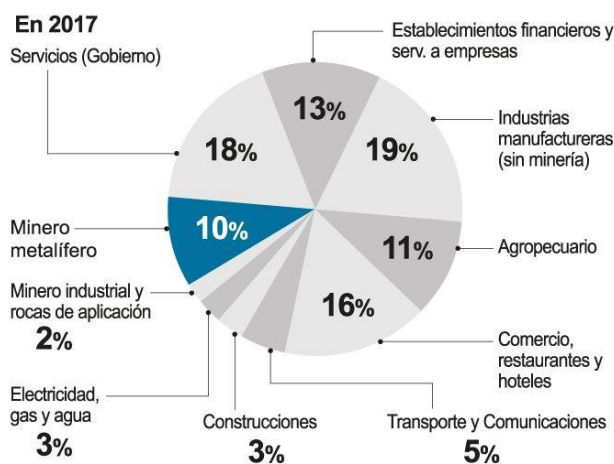
¹⁰³⁵FAJARDO, ARTURO (2006). *Desarrollo humano sustentable; concepto y naturaleza*. Obtenido de *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100220322001>

Dicho cambio de la estructura económica implica también cambios en el desarrollo de infraestructura, en los ejes de desarrollo territorial de la provincia y en la cantidad y los tipos de empleo. Hoy las exportaciones de metales preciosos equivalen al 74,8%.

Evolución de la estructura económica

Participación de cada actividad en el PGB de San Juan

Actividad	En 1993	En 2003	En 2013
Servicios (Gobierno)	26%	29%	16%
Establecimientos financieros y serv. a empresas	22%	22%	5%
Industrias manufactureras (sin minería)	19%	16%	18%
Agropecuario	11%	13%	11%
Comercio, restaurantes y hoteles	9%	7%	16%
Transporte y comunicaciones	5%	4%	5%
Construcciones	4%	4%	6%
Electricidad, gas y agua	3%	5%	2%
Minero industrial y rocas de aplicación	0%	0%	3%
Minero metalífero	0%	0%	11%



Ranking de provincias mineras, según producción en 2017

Distrito	Millones de U\$S	Distrito	Millones de U\$S
Santa Cruz	1.347	Córdoba	174
SAN JUAN	873	San Luis	126
Catamarca	706	Río Negro	47
Jujuy	258	Neuquén	18
Buenos Aires	206	Resto de provincias	168

Fuente: Cámara Minera de San Juan.

DIARIO DE CUYO 1036

De acuerdo al Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina el Producto Bruto Geográfico creció más del doble en el período 2005-2017, modificando en términos relativos y absolutos la estructura económica. Así por

¹⁰³⁶ Infografía Diario de Cuyo en base al *Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina*. Autor LR Consultora para Cámara Minera de San Juan (2019).

ejemplo, el sector Gobierno bajo su peso relativo en un 10 % con los efectos positivos que esto conlleva.¹⁰³⁷

Las exportaciones crecieron en un 336% pasando de 500 millones de dólares a 2400 por la incorporación del complejo minero metalífero. El informe estima a su vez que el 77% del valor de las exportaciones de oro y plata con origen en San Juan queda en el país en concepto de bienes y servicios adquiridos, sueldos y honorarios y la recaudación del Estado tributaria y no tributaria directa. Mientras que la generación de empleo es de 4,25 empleos indirectos por cada empleo directo.

Los proyectos principales en ejecución son;

- Proyecto Casposo a cargo de Troy Resources Argentina Ltda., localizado en el Dpto. de Calingasta en etapa de explotación desde el año 2011 consistente en pequeña minería de oro y plata con explotación a cielo abierto y subterránea.
- Proyecto Gualcamayo a cargo de Yamana Gold y como operador Minas Argentinas S.A., localizado en el Dpto. Jachal en etapa de explotación desde el año 2009 a cielo abierto y subterráneo.
- Proyecto Veladero a cargo de Barrick Gold y Shandong Gold Group y como operador Minera Andina del Sol, localizado en el Dpto. de Iglesia en etapa de explotación desde el año 2005 a cielo abierto.¹⁰³⁸

Podemos concluir que el aporte en términos económicos de la actividad a la estructura económica de la provincia se torna considerable y difícil de sustituir por otros sectores. Esto plantea la necesidad de desarrollar exploraciones y nuevos proyectos que sustituyan el aporte de los actuales para el momento en que culmine su etapa de explotación.

VII. IMPACTO AMBIENTAL

Si bien el análisis del impacto ambiental de la minería en San Juan tiene una gran cantidad de variables, extracción de recursos no renovables, transformación del paisaje, degradación de suelos, uso del agua, drenajes, vertederos, efluentes, etc., tomaremos para el análisis el elemento más crítico; los accidentes acaecidos en la explotación.

La cronología de los distintos accidentes mineros en la provincia de San Juan podría resumirse en la siguiente;

- 12 y 13 de Septiembre de 2015, millones de litros de solución con cianuro y otros metales cayó al Río Potrerillos, la sanción aplicada fue de 2,5 millones de dólares.
- 14 de septiembre de 2016, derrame de solución con cianuro.
- Enero de 2017, drenaje de agua pesada.

¹⁰³⁷Informe de impacto socioeconómico de la minería sanjuanina. Autor LR Consultora para Cámara Minera de San Juan (2019). Extraído de www.miningpress.com/nota/322830/como-impacto-el-boom-minero-en-san-juan-el-informe

¹⁰³⁸MINISTERIO DE MINERIA PROVINCIA DE SAN JUAN, extraído de <http://mineria.sanjuan.gov.ar/#minas>

- 29 de marzo de 2017, desacople de cañerías con solución rica de oro y plata. Por este caso y el del año 2016 se aplicó una multa de 1,8 millones de dólares.

Todos ellos se produjeron en la mina Veladero.

A ellos hay que sumar el conflicto generado por la Minera Pelambres de Chile por los pasivos ambientales que depositó en territorio de la provincia, por la cual se aplicó una multa de 715.000 dólares a Pachón S.A. de la empresa Glencore por negligencia al dejar instalar la escombrera ajena en el suelo de sus operaciones aún en etapa de exploración.

Otro de los aspectos a considerar es el proceso de cierre de minas en cuanto a las tareas que deben desarrollarse para preservar y recuperar el medio ambiente. La provincia carece de una ley aunque se ha anunciado su envío para tratamiento legislativo durante el corriente año.

El proyecto de ley exige que las empresas elaboren un plan de cierre, tanto para las explotaciones metalíferas como no metalíferas. El objetivo es el de preservar, recuperar y resguardar el medio ambiente, la salud y la seguridad. Establece un fondo de garantías constituido por la empresa para la etapa de cierre, del cual un 30% formará parte de un fondo de previsión ambiental.

El fondo deberá constituirse a la mitad de la vida útil de la mina para los proyectos que tengan una vida útil de hasta quince años, o a los 10 años cuando el plazo de explotación sea mayor. Se prevén sanciones de apercibimiento, multas, suspensión, ejecución de la garantía, clausura o inhabilitación.

VIII. CONCLUSIONES

Al crecimiento económico aportado por la gran minería en San Juan, es necesario orientarlo a un proceso de desarrollo fundamentalmente de las comunidades donde se desarrolla. Las mismas deben estar en óptimas condiciones de seguir sus procesos de desarrollo una vez terminadas las explotaciones.

Debe exigirse la aplicación y difusión de estándares de control social y ambiental como el GRI (Global Reporting Initiative). Una posibilidad es aplicar los estándares de desempeño social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional¹⁰³⁹. Los mismos deben estar al alcance de las organizaciones de la sociedad civil y del ciudadano que quiera conocerlos. Hoy es muy escasa la información al respecto y de difícil obtención.

Deberían aplicarse estándares mínimos de beneficios aplicados por el Estado no dejando al libre albedrío de las empresas la determinación de los mismos.

Las sanciones por accidentes deberán ser en el futuro más severas, fundamentalmente apuntando al cierre de las explotaciones y no solo multas dinerarias.

¹⁰³⁹ CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL, extraído de; <https://firstforsustainability.org/es/risk-management/implementing-ifc-environmental-and-social-requirements/establish-and-maintain-an-esms/ifc-environmental-and-social-performance-requirements/ifc-performance-standards/>

Es dable esperar el envío del proyecto de Ley de cierre de minas al Poder Legislativo para garantizar la preservación del medio ambiente con posterioridad a la finalización de la explotación.

En definitiva, toda acción de Gobierno debe estar dirigida a lograr que las empresas cumplan con la debida diligencia; proteger, respetar y reparar.

Solo es posible sostener la explotación minera si esta genera un auténtico desarrollo en la provincia minimizando su impacto ambiental y protegiendo a la sociedad en la cual se inserta.

LA SOCIEDAD COMO ROPAJE JURÍDICO DE LA EMPRESA. TENDENCIAS LEGISLATIVAS

Fernando Pérez Hualde

1.- INTROITO

La legislación societaria argentina ha sufrido importantes cambios en los años 2015 (Ley 26.994 mediante) y 2017¹⁰⁴⁰ (Ley 27.349 -LACE-). Esos cambios, en gran medida, han respondido a una nueva manera de realizar negocios y, con ello, a un nuevo modo de estructurarse y desempeñarse las Empresas en el mercado.

El nacimiento, desarrollo y desenvolvimiento de las Empresas en la actualidad (era de la digitalización y protección del planeta), se han constituido en fuertes condicionantes, entre otras, de la regulación societaria de las mismas. Han generado la necesidad de actualizar la legislación existente, y adecuarla a los nuevos requerimientos.

Incluso, han modificado el concepto mismo de sociedad, en tanto se han dejado de lado principios decimonónicos que parecían ser indiscutidos, para dar cabida a conceptos amplios, *aggiornados* a los requerimientos del hombre y sus tiempos, con fuerte aceptación de la autonomía de la voluntad.

En el contexto del análisis global de la Empresa que la Academia realiza en estos días, y considerando la relación que la misma tiene con la legislación societaria, creemos imperioso exponer el panorama actual de dicha relación

2.- EMPRESA Y SOCIEDAD.

El concepto de Empresa surge del campo de la economía política para, designar determinadas organizaciones de los factores de la producción¹⁰⁴¹.

Si bien el Código Civil Italiano no la define (si lo hace respecto del Empresario), doctrina calificada entiende a esta última como *la organización del trabajo y de los factores de la producción mediante la cual se desarrolla la actividad profesional del empresario*¹⁰⁴². Actividad económica con fines de producción o intercambio de bienes o servicios, con destino al mercado.

El derecho ha dado forma (jurídica) y regulado la actividad constitutiva de empresa desde distintas aristas.

¹⁰⁴⁰ Publicada en el Boletín Oficial el día 12 de abril de 2017, denominada de Apoyo al capital emprendedor.

¹⁰⁴¹ FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho comercial argentino*, Parte General, Ed. Zavalía, Bs.As., 1985, pág. 173.

¹⁰⁴² BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado del derecho de las sociedades*, Milano, Ed. Giuffrè, 1948-1950, Buenos Aires, Librería El Foro, 2003, (traducido por Felipe Solá Cañizares), T. I, pág. 78.

En el caso particular del derecho societario lo ha hecho respecto de aquellos supuestos en que la actividad aludida es desarrollada y/o imputada a más de una persona (*empresa colectiva*¹⁰⁴³). Situación por demás común que ha llevado a considerar desde antiguo a la Sociedad como la forma (jurídica) típica de la Empresa económica¹⁰⁴⁴. Ello no implica, como bien previene Fontanarrosa, confundir Empresa con Sociedad. Del mismo modo que *“una persona física (hoy humana) no puede ser nunca una empresa, sino un empresario, así ocurre también con las sociedades comerciales; la persona jurídica es simplemente empresario y, como tal, titular de la empresa, pero no la empresa misma”*¹⁰⁴⁵.

La confusión viene dada, muchas veces, por el hecho de que tanto la sociedad como la empresa descansan en el elemento de la *organización*. Pero en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la sociedad se organiza el empresario, el cual a su vez organiza la empresa como titular de ella.¹⁰⁴⁶

De modo que no toda empresa debe ser concebida bajo una forma societaria. Bien puede esa actividad de coordinación y dirección (atributiva de empresa y ejecutada por el empresario) ser desarrollada e imputada de manera individual a una persona humana.

Inclusive, otro rasgo diferencial entre Empresa y la Sociedad, ha estado dado por el hecho de que en la primera no necesariamente existe un fin de lucro (subjetivo). Como bien lo señala Galgano, *“una actividad empresarial puede ejercerse para obtener, además de fines de índole económica, también fines de naturaleza ideal, o, como se quiera, no económica, por ejemplo, de naturaleza cultural o recreativa, o asistencial o política, etc.”*¹⁰⁴⁷. En tanto que cuando hablamos de sociedad, necesariamente dicha actividad debe no solo estar apuntada a la producción de un lucro o provecho -lucro objetivo- (art. 2247 código civile italiano y art. 1 de nuestra Ley General de Sociedades -en adelante LGS), sino que además el mismo debe tener por destino su distribución entre los integrantes -lucro subjetivo-.

Así se desarrolló, con matices, la relación Sociedad - Empresa en el derecho argentino.

Hasta el año 2015 en nuestra legislación, no era posible utilizar la estructura societaria, cuando se presentaba el supuesto de unipersonalidad¹⁰⁴⁸. Nuestro legislador entendió a la sociedad comercial típica, como aquel supuesto en que *“dos o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*¹⁰⁴⁹¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ Al decir de GALGANO, FRANCESCO, *Derecho comercial, Sociedades*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ed. Temis S.A., 1999, Volumen II, pág. 3

¹⁰⁴⁴ BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado ...*, cit., T. I, pág. 67

¹⁰⁴⁵ FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho ...*, cit., pag. 175.

¹⁰⁴⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO - MUIÑO, ORLANDO M., *Derecho societario*, Bs.As., Ed. Astrea, 1997, pág. 28.

¹⁰⁴⁷ GALGANO, FRANCESCO, *Derecho comercial ...*, ob. cit., pág. 17.

¹⁰⁴⁸ Con excepción de las Sociedades del Estado (art. 2, Ley 20.705), o la situación temporal y extraordinaria de la sociedad unipersonal conforme tratamiento que tenía en el art. 94, inc. 8, LSC.

¹⁰⁴⁹ Texto del art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales, previo a su modificación por parte de la Ley 26.994.

Ese fue para nosotros el concepto legal de sociedad conforme a la concepción comprendida hasta el año 2015, plasmado en el artículo primero de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550. Se daba así cumplimiento a las palabras de Girón Tena, en el sentido de que *“el concepto es una abstracción definitoria del legislador”*¹⁰⁵¹

Lo dicho no implica la inexistencia de un concepto general de sociedad (no estrictamente legal o típico), extraído por la doctrina de aquellos elementos que podríamos calificar de elementales y comunes en las distintas regulaciones de la sociedad civil. Así se alude a aquellos casos en que existe un fondo común, aplicado a un fin común, a través de una gestión común, con ánimo de lucro, y con participación en los beneficios y en las pérdidas de todos sus componentes¹⁰⁵².

Conforme lo hasta aquí expuesto, vemos que el concepto del art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, destacaba un origen claramente *negocial* del ente, exigido desde el momento mismo de su nacimiento (constitución). El concepto en cuestión (tipicidad de primer grado) era comprensivo de la mayoría de los supuestos de estructura empresaria que se presentaban (repetimos, con la participación de dos o más personas).

Así entonces la Ley de Sociedades Comerciales contaba con el desarrollo de figuras representativas de las distintas estructuras empresarias posibles, mediante los múltiples y diferentes *tipos* societarios legislados (tipicidad de segundo grado). Bien podríamos afirmar que fue la Empresa (como actividad) la que determinó el diseño de los distintos tipos societarios.¹⁰⁵³

Como ha sido sostenido recientemente por el profesor Embid Irujo, el papel de la Empresa fue *“decisivo para la estructuración ordenada del material jurídico-mercantil.”*. Cumplió una función de *“centro organizador”* del Derecho Mercantil. *“Así ha sucedido ... con la vertiente relativa a la titularidad de la empresa o, si se prefiere, con las cuestiones propias de su organización jurídica, tradicionalmente integradas en el régimen de las sociedades”*¹⁰⁵⁴

Pero ello no impidió que la forma de legislar la sociedad y sus diferentes tipos, no produjera el efecto inverso, en particular, respecto de los límites que dichos tipos imponían a la autonomía de la voluntad de aquellos que quisieran organizarse bajo alguno de los tipos previstos en la legislación societaria.

¹⁰⁵⁰ Algo similar ocurría con la sociedad civil, caracterizada en el art. 1648 del Código Civil hoy derogado.

¹⁰⁵¹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976, T.I, pág. 24.

¹⁰⁵² Concepto abarcativo de aquellas figuras societarias no típicas, como lo es el caso de las sociedades de hecho.

¹⁰⁵³ Es de recomendable lectura el trabajo de CUERVO, RODRIGO, *El efecto SAS como el ACV de las máquinas jurídicas: ¿Hacia el viejo derecho societario?*, en *Hacia un nuevo derecho societario*, Rosario, Ed. Advocatus, 2019, T. II, pág. 1039 y ss., en el que realiza un detalle de la evolución del derecho societario, conforme a forma de realización de los negocios en común.

¹⁰⁵⁴ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *El derecho mercantil en Europa: perspectiva general*, en *La modernización del derecho mercantil*, ALCALDE SILVA, JAIME - EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, directores, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2019, pág. 158.

Fernández de la Gándara destaca cómo los tipos societarios son conceptualizados como un límite a la autonomía de la voluntad en materia asociativa¹⁰⁵⁵.

Richard - Muiño, en oportunidad de comparar la tipicidad penal con la societaria, sostiene respecto de la segunda que *“en materia societaria, se tipifica lo permitido, de manera que lo que no está permitido está prohibido: la ley sanciona con nulidad absoluta a la sociedad que se constituya con un tipo no autorizado por la ley (art. 17, LSC)”*¹⁰⁵⁶.

Como bien lo afirma Raspall, *“hemos estado en presencia de sociedades con limitación de la responsabilidad estructuradas y reguladas por una ley imperativa con principios indisponibles”*¹⁰⁵⁷. Así el tratamiento que la Ley General de Sociedades realiza hoy de las Sociedades Anónimas.

El límite que produce la tipicidad a la autonomía de la voluntad implica un corsé. *“La tipicidad de la ley 19.550 otorga una visión estrangulada de la autonomía negocial, particularmente en las sociedades cerradas. Ello a través de una interpretación excesivamente literal de la ley, entendiendo como indisponibles normas que pueden ser razonablemente interpretadas como dispositivas, como así también por medio de la construcción de un sistema conceptual cercado por dichas normas imperativas que asfixia cualquier espacio a la libertad que pueda existir en el entendimiento de que todo lo que no está expresamente autorizado, está prohibido”*¹⁰⁵⁸.

Una clara demostración de lo aquí sostenido, es el análisis y relato que realiza Fargosi, siguiendo un trabajo de Domingo Buonocore, relativo a la modificación del texto del art. 2381 del Código Civil Italiano en el año 2003¹⁰⁵⁹. Destaca el autor cómo *“Es necesario, para una correcta aprehensión, tener en cuenta que la incorporación del principio de adecuación a la normativa societaria (si bien limitada a la sociedad anónima) deviene como principio general de la organización de la empresa y, en consecuencia, no como una opción, sino como una obligación en cabeza del empresario”*.

La situación descripta produjo, sobre todo hasta el año 2017, la utilización de manera importante de las hoy denominadas sociedades de la Sección IV, del capítulo I de la LGS, hasta el año 2015 identificadas como sociedades irregulares y de hecho¹⁰⁶⁰.

Paralelamente con lo señalado, se presentó otra situación en el ámbito del comercio y la industria, que no era acompañada por la legislación societaria

¹⁰⁵⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, citado por Richard - Muiño, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁵⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO - MUIÑO, ORLANDO M., *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁵⁷ RASPALL, MIGUEL ANGEL, *Un sistema para emprendedores*, cuyo lugar de publicación desconocemos, habiendo llegado el trabajo a nuestras manos a través de la denominada “confradía concursal”.

¹⁰⁵⁸ CUERVO, RODRIGO, *¿Es trivial el derecho societario? Razones para la disolución por voluntad de una minoría*, RDCO, Nro. 290, 2018, p. 527.

¹⁰⁵⁹ HORACIO P. FARGOSI, “Sociedad Anónima - Empresa: Adecuación”, en Rev. LA LEY, Bs.As., Editorial la Ley, 3 de julio de 2012, pag. 2.

¹⁰⁶⁰ Las que por cierto contaban con un régimen sancionatorio que no solo las condenaba a una frágil estabilidad (atento la posibilidad de pedir su disolución sin justificación alguna), sino también a la inoponibilidad de sus cláusulas, incluso, entre los socios, además de condenar a estos a una responsabilidad solidaria, directa e ilimitada.

vigente. Nos referimos a aquellas actividades empresarias desarrolladas de manera unipersonal, por un solo titular, quien, con el fin de evitar la responsabilidad ilimitada y directa que ofrecía el ejecutar dicha actividad a nombre propio poniendo en riesgo todo su patrimonio, optaba por la simulación de constituir una sociedad con responsabilidad limitada (bien fuera SA o SRL).

Así proliferaron las sociedades con su capital distribuido en porcentajes del noventa y nueve y uno por ciento (99 - 1%), que gozaron de cierta tolerancia, hasta la sanción, por parte de la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJN), de la Resolución General 7/2005¹⁰⁶¹, a partir de la cual en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, se exigía la pluralidad sustancial de socios, arrogándose el organismo con la difícil tarea de determinar si los diferentes aportes realizados por los socios (en particular, los minoritarios), revestían relevancia económica mínima suficiente para conformar, con el de los restantes socios, un efectivo sustrato plurilateral. Planteo no solo contradictorio con los mínimos de capital que exigía el legislador en ese momento (de \$12.000 para una S.A. y sin mínimos para una SRL), sino además impracticable en los hechos, lo que terminó con la exigencia en la práctica de que el socio mayoritario no debía contar con una participación superior al 95% del capital.

3.- EL COMPORTAMIENTO DEL HOMBRE COMO GENERADOR DE LA COSTUMBRE.

Desde el nacimiento del derecho comercial, ha sido la costumbre su fuente principal. Fue su primera y exclusiva fuente histórica¹⁰⁶². Los primeros estatutos de las corporaciones en la edad media, estaban basados en ella. La observancia constante y uniforme de una regla de conducta generada por el artesano y hombre de comercio primero, y el industrial después, con la convicción de responder a un mandato legal, es la que ha sido determinante en la fisonomía de la legislación mercantil en general, y societaria en particular.

De este modo la autonomía de la voluntad ha jugado un papel preponderante, sustentador de la propia ley, obviamente con variados márgenes según la época, circunstancias, y sector concreto de la disciplina mercantil que se considere¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Res. Gral. 7/2005 IGJN: Artículo 55.- La Inspección General de Justicia no inscribirá la constitución de sociedades cuya pluralidad de socios sea meramente formal o nominal. Los alcances del ejercicio del control de legalidad comprenden la verificación de la existencia de pluralidad de socios en sentido sustancial, a cuyo fin se evaluará el aporte inicial de cada socio fundador, determinando para decidir sobre la procedencia de la inscripción, si el mismo reviste relevancia económica mínima suficiente para conformar, con el de los restantes, un efectivo sustrato plurilateral. En el supuesto del párrafo anterior, previo a pronunciarse contra la inscripción del acto constitutivo, se requerirá la presentación de instrumento complementario del cual resulte la configuración de la pluralidad sustancial requerida. Inaplicabilidad. La exigencia contenida en este artículo no se aplica si la sociedad que se constituye debe someterse a normas especiales que imponen o permiten participaciones cuasiintegrales.

¹⁰⁶² FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho Comercial ...*, ob. cit., pág. 53.

¹⁰⁶³ Confr. EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *El derecho mercantil ...*, ob. cit., pág. 161

Se ha navegado, tanto en el derecho argentino como en el ámbito internacional, entre el *soft law* y *hard law*, entre lo dispositivo y lo imperativo¹⁰⁶⁴. En palabras de Velasco San Pedro, así ha ocurrido en el derecho societario desde su existencia, una cierta circularidad, con alternativas más reguladoras o intervencionistas, seguidas o precedidas, según se mire, por otras más liberales o desreguladoras. De manera que no ha sido siempre igual el margen existente para dar cabida a la autonomía de la voluntad aludida. No obstante ello, fuere uno u otro el momento que se transitaba, está claro que el hombre de negocios (incluyendo aquí tanto a la industria como el comercio), es el que ha generado la necesidad de realizar cambios en la legislación.

Un ejemplo de ello, donde la ley tuvo que ceder a la conducta humana, enmarcada en principios de libertad y autonomía, es el caso de las sociedades unipersonales.

La indispensable asignación de capital para el desarrollo de una actividad empresaria, y el deseo de aquellos que lo aportan de limitar su responsabilidad, generó, primero en el orden internacional¹⁰⁶⁵¹⁰⁶⁶, y finalmente en nuestro sistema jurídico objetivo, la aceptación de la Sociedad Unipersonal. Bien podría decirse que llegó tarde y por sobre todo con mala técnica legislativa¹⁰⁶⁷. Pero lo cierto es que la Ley 26.994 inculcó el instituto en la, a partir de allí denominada, Ley General de Sociedades, permitiendo de manera explícita su uso en el tipo de la Sociedad Anónima (denominada SAU)¹⁰⁶⁸. Las exigencias primigenias con que fue legislada, redujeron su uso al de un vehículo útil solo para los grandes grupos de inversión¹⁰⁶⁹, pero lo cierto es que su incorporación permitió una nueva mirada, sobre todo, frente a la exigencia de la pluralidad sustancial que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires existía.

De manera tal que bien podemos afirmar que el régimen societario, de este modo, también tiene dada una solución estructural a la Empresa, cuando la misma fuere de titularidad de una sola persona. Algo que, como vimos en los

¹⁰⁶⁴ VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, *¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital*, en *Estudios de derecho mercantil, Libro homenaje al Prof. Dr. h. c. José Antonio Gomez Segade*, Ana M. Tobío Rivas, Coordinadora, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 324.

¹⁰⁶⁵ Claro ejemplo de ello es la 12ª Directiva de la Comunidad Económica Europea, que impuso a los países miembros la necesidad de prever en su legislación la posibilidad de que una sola persona, pudiera contar con responsabilidad limitada para ejercer una actividad empresaria. Si bien proponía la figura de la SRL, daba por cumplida la exigencia, incluso, con la regulación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (camino adoptado por ejemplo por Portugal).

¹⁰⁶⁶ Confrontar al respecto PEREZ HUALDE, FERNANDO, *El patrimonio independiente con personalidad jurídica*, en *Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, Tomo I, pág. 291 a 305.

¹⁰⁶⁷ Que de ningún modo puede ser imputable al redactor. Lamentablemente el texto proyectado sufrió importante recortes antisistémicos en su paso por el Ministerio de Justicia.

¹⁰⁶⁸ Decimos de manera explícita, porque la mala técnica legislativa del art. 94 bis LGS, ha permitido a la doctrina más seria sostener la posibilidad de que el instituto también pueda ser utilizado por otros tipos societarios, aunque no de manera originaria.

¹⁰⁶⁹ Ello determinado por la exigencia de contar con al menos tres directores e igual cantidad de síndicos, lo que fue corregido al poco tiempo por la Ley 27.290, que los limitó a uno en cada caso.

capítulos introductorios, no existía. Esto, entendemos, produce un acercamiento, y si se quiere hasta una superposición entre uno y otro concepto. Fue la conducta del hombre también, y el constante uso de las sociedades informales o no regularizadas por éste, lo que generó de algún modo la modificación de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedad, dejando atrás su claro régimen sancionatorio.

No obstante los ingentes esfuerzos del Ministerio de Justicia de la Nación por evitar la modificación de la Ley General de Sociedades conforme los proyectistas lo habían dispuesto en su texto original, lo cierto es que se modificó también esta Sección IV del Capítulo I de la Ley (denominado ahora “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”), de manera relevante, incorporando importantes cambios respecto de la responsabilidad de los socios (ahora mancomunada por cabeza, como principio general), la oponibilidad del instrumento constitutivo (cuando este existiera) y, como consecuencia de ello, otorgando mayor estabilidad en la duración de la entidad, en los casos en que dicho instrumento contara con un plazo de vigencia¹⁰⁷⁰. Ello sumado a que el régimen en cuestión, ahora “abrazo” y da cabida a los supuestos de sociedades atípicas, otrora sancionadas de nulidad por el art 17 de la LSC, le dio una categoría a esta Sección IV que no tenía, y por sobre todo permitió dar una mejor regulación a aquellos supuestos de organización informal propios del ejercicio de la libertad en su máxima expresión.

El permitir la oponibilidad interna (y también externa, con la debida puesta en conocimiento de los terceros) de las cláusulas del contrato, la autonomía de la voluntad de los socios tomó un vuelo impensado. Contaban ya con un régimen legal estable (si así lo hubieran dispuesto), que no debía ajustarse a las estrictas exigencias de los diferentes tipos de la LGS, tal como lo ordena el encabezado del art. 11 LGS.

4.- EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, COMO GENERADORA DE NUEVAS COSTUMBRES Y CONSECUENTEMENTE, DE UNA NUEVA EMPRESA

El hombre cambió. Se incorporaron nuevas generaciones con sus particularidades. Así es el caso de los Millenials (nacidos entre 1982 y 1994) y Centennials (1995 en adelante), caracterizados por su apego a la tecnología, emprendedores, creativos e idealistas. Son independientes y autónomos, lo que los lleva a no atarse a bienes materiales ni compromisos de largo aliento (laborales o sentimentales). Se trata de generaciones en las cuales el éxito no se mide por el acopio o la tenencia de bienes materiales, sino y en todo caso por “likes” y seguidores en una red social como twitter, instagram, u otras.

Cambiaron las prioridades. Se desmaterializó el deseo. Cambió el patrón de medida de los intereses de las personas.

¹⁰⁷⁰ Ello además de otras modificaciones de importancia como la de receptar a las sociedades atípicas (nulas hasta ese momento), o establecer un claro régimen de titularidad de bienes registrables por parte de la sociedad, entre otras cosas.

El cambio de la persona trajo aparejado el cambio en la forma de hacer negocios. Y con ello cambiaron las empresas, y por sobre todo la forma de constituir las o conformarlas. Tomaron relevancia prominente aquellas prestadoras de servicios por sobre las que producen bienes materiales. Ello explica por qué las empresas más importantes y valiosas del mundo tienen un origen o soporte tecnológico y, paradójicamente, no cuentan con importantes inversiones en bienes tangibles. Podemos nombrar Airbnb, Uber, Mercado Libre, por citar algunas.

El soporte tecnológico de las mismas trajo como inevitable consecuencia su internacionalización. Rompen las fronteras no solo de la jurisdicción, sino también de la imaginación. Una *idea* cuyo desarrollo empresario no sea escalable internacionalmente, es de corto aliento, dificultándosele procurar inversión para su impulso. Incluso las empresas previamente existentes, han debido *aggiornarse* incorporando tecnología e innovación. De lo contrario tienen firmado su certificado de defunción.

El protagonismo de la tecnología ha hecho de ella no solo una forma de facilitar la comercialización e inserción de la empresa en el mercado, sino que además ha tenido una influencia directa en su *organización* (elemento característico de la misma). Ha cambiado la forma de tomar decisiones y su comunicación.

Se ha sostenido, que “*la empresa, en los tiempos de la conectividad instantánea de diversos elementos portátiles multimedios, funciona más rápida y eficientemente que la estructura formal de la sociedad en términos jurídicos*”¹⁰⁷¹. Por ello el legislador, tal como veremos en el desarrollo de los puntos siguientes, no ha tenido otra alternativa que acompañar los cambios impulsados por esta generación de millenials.

Así, refiriéndonos a la estructura orgánica de las personas jurídicas nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 mediante, dio un paso fundamental en este sentido, por ejemplo, con la incorporación de la tecnología en la estructura de las personas jurídicas. En su art. 158 expresamente regula la posibilidad de realizar una reunión de socios (órgano de gobierno), utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos¹⁰⁷²¹⁰⁷³.

Este movimiento generacional, tanto en el contexto internacional como en el local, produjo con su poder de decisión, importantes cambios en la legislación societaria¹⁰⁷⁴, que han impactado no solo en las estructuras societarias (donde la

¹⁰⁷¹ Confr. CARLINO, BERNARDO, *Manual de reuniones multimedios. Personas jurídicas privadas*, Buenos Aires, Errepar, 2019, pag. 14.

¹⁰⁷² Art. 158 CCCN: “... En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse ...”;

¹⁰⁷³ De este modo seguía la línea comenzada por el Decreto 677/01, que en su art. 65 regulará las reuniones a distancia para los órganos de administración de las sociedades cotizadas (pudiendo hacerlo extensible al órgano de gobierno, con la debida autorización previa.

¹⁰⁷⁴ Es destacable al respecto el rol que ha tenido la Asociación Argentina de Emprendedores (ASEA), sobre todo en la redacción, tratamiento y aprobación de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, 27.349.

autonomía de la voluntad toma un papel relevante), sino también en el concepto mismo de sociedad.

En línea con el reconocimiento de esta mayor autonomía del hombre y, por sobre todo de la faz actitudinal, se produjeron también importantes cambios con la sanción de la Ley 26.994, en el campo del derecho sucesorio con un doble fin: reconocer la impronta de algún heredero en particular y, a través de ello, proteger la empresa.

No todos los herederos cuentan con las mismas herramientas en el proceso sucesorio. No son todos iguales frente a la ley (del mismo modo que no son iguales todos los hijos -aunque esto cueste aceptarlo-¹⁰⁷⁵).

Así el legislador, con el fin de proteger la empresa en todas sus expresiones (lo hace bien refiriéndose a ella o al establecimiento), ha reconocido derechos tales como la posibilidad de que un heredero pueda oponerse a la partición de la empresa por un plazo de diez años, cuando el mismo ha participado activamente en la explotación de la misma (art. 2333 CCCN)¹⁰⁷⁶. Clara muestra de reconocimiento de lo actitudinal.

Algo similar ocurre con el derecho de atribución preferencial del establecimiento, respecto del cónyuge o heredero que participaron en su formación (art. 2380 CCCN). Incluso dicho principio es aplicable cuando la explotación se realizare bajo alguna forma societaria¹⁰⁷⁷.

Entre los nuevos instrumentos protectorios de la empresa en el ámbito sucesorio, pero con base en un fuerte reconocimiento de la autonomía de la voluntad, debemos citar el art. 1010 CCCN, que permite, con el fin de conservar la unidad de gestión empresaria, o prevenir o solucionar conflictos, el pacto de herencia futura, cuando este se aplicare sobre una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo.

Este último instituto, permite la posibilidad de realización de un pacto, sin que del mismo participe necesariamente el futuro causante y su cónyuge.

¹⁰⁷⁵ Como siempre destacamos en oportunidad de exponer sobre la temática de la empresa familiar, es sostenible la tendencia natural que tenemos los padres de dejar implantada la semilla de un futuro conflicto entre los hermanos, como consecuencia de nuestras acciones (las de los padres) tendientes a "compensar" las diferencias que, con nuestro propio lente, percibimos en nuestros hijos, no logrando otro cometido que "profundizar y sumar" a las diferencias existentes, nuevas diferencias. Cuán difícil es sacar de la estructura mental de una madre o un padre la apreciación de "pobrecito", respecto de un hijo en particular. Más difícil aún es evitar el daño futuro que dicha actitud genera.

¹⁰⁷⁶ ARTICULO 2333.- Oposición de un heredero. En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa.

¹⁰⁷⁷ ARTICULO 2380.- Atribución preferencial de establecimiento. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario.

Como podemos observar ha existido una clara preferencia en el legislador por la empresa, incluso, por sobre la familia¹⁰⁷⁸.

Algo similar ha ocurrido en el ámbito del derecho societario respecto del reconocimiento de lo actitudinal y la generación de un mayor margen de acción a la autonomía de la voluntad.

Aquí han jugado un papel preponderante los Emprendedores, que a través de asociaciones que los nuclean, impulsaron el dictado de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor.

La misma, básicamente, ha permitido suministrar un marco jurídico adecuado a aquel que tiene una idea y pretende validarla en el mercado. Para ello, el legislador ha dotado a este emprendedor de un instrumento de fácil y rápida consecución, y por sobre todo de bajo costo. Nos referimos al tipo de la Sociedad por Acciones Simplificada regulada de los arts. 33 al 62 de la Ley 27.349.

Todas estas normas, tanto sucesorias como societarias, debemos enmarcarlas dentro de lo que hoy podemos denominar *derecho blando*. Esta tendencia, en palabras de Embid Irujo, responden en gran medida a la economización del derecho, donde “*se aspira a desplazar la metodología jurídica, cualquiera sea su forma u orientación ... y su aspiración, más o menos intensa, a la realización de la justicia. En su lugar se colocarán la eficiencia como objetivo y la autorregulación como método.*”¹⁰⁷⁹, es que como bien cita el autor, el derecho comercial, no puede marginar a la realidad económica sobre la que se proyectan sus instituciones y en la que adquieren su pleno sentido.¹⁰⁸⁰

5.- UN NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD - LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

El tipo de la SAS¹⁰⁸¹ no está comprendido entre los aludidos en el art. 1 LGS. Se trata de un nuevo tipo societario (así lo dice de manera expresa el art. 33,

¹⁰⁷⁸ De recomendable lectura al respecto resulta el trabajo de GUERRERO, LAURA C., *Protagonismo de la próxima generación de herederos en la planificación sucesoria*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, Tomo 2019-II, Sucesiones, pág. 189.

¹⁰⁷⁹ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *El derecho mercantil en Europa ...*, ob. cit., pág. 164.

¹⁰⁸⁰ HEDEMANN, JUSTUS W., *Deustches wirtschaftrrecht*, 1943, pág. 2, citado por EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *El derecho ...*, ob. cit. Pág. 165.

¹⁰⁸¹ QUE ha tenido un importante tratamiento por parte de la doctrina. Además de los recientes excelentes libros de BALBÍN, SEBASTIAN, *SAS. Sociedad por acciones simplificada*, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica, 2019; RAMIREZ, ALEJANDRO H., *SAS. Sociedad por acciones simplificada*, Buenos Aires, Astrea, 2019, encontramos trabajos de excelente factura como lo son RAGAZZI, GUILLERMO E., *La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)*, en RDCO Nro. 285, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, agosto 2017, pp. 757 y ss.; VITOLO, DANIEL R., *La Sociedad Anónima Simplificada (SAS), un desafío a la imaginación o una próxima realidad*, Ed. Errepar, Doct. Soc. y Conc., octubre/2016, p. 1002 y ss.; ROVIRA, ALFREDO L., *Necesaria reforma integral de la ley general de sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada*, La Ley 17/10/2016; ABDALA, MARTÍN E., *Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada*, Revista La Ley 8/2/2017; DUPRAT, DIEGO A. J., *Sociedad por acciones simplificada (SAS)*, Revista La Ley, Edición Especial, 21/4/2017; MOLINA SANDOVAL,

L.A.C.E.), que si bien está regulado en una ley *extraña* a la ley General de Sociedades 19.550, queda sometido al régimen tipológico de dicha ley¹⁰⁸². Consecuencia de ello es que su regulación no solo permite de manera expresa la transformación voluntaria de cualquiera de los tipos societarios regulados en la ley General de Sociedades en SAS (art. 61 LACE), sino que incluso prevé (a la inversa) la transformación obligatoria de una SAS en alguno de los tipos previstos en la ley General de Sociedades, cuando la primera se encontrare comprendida en algún supuesto del art. 39 LACE.

Lo dicho no quiere decir que estemos hablando de un tipo societario de estructura similar a los desarrollados por la LGS. La SAS incluso sale también del molde del concepto de sociedad que desarrolla el art. 1 LGS y sus márgenes (nos referimos al art. 13 de dicho ordenamiento).

Al analizar la SAS, la doctrina ha coincidido en destacar, entre otros aspectos, la facilitación que su regulación propone respecto de los trámites de constitución y puesta en marcha (arts. 38 y 60 LACE). Ello sin lugar a dudas se constituye en una impronta plausible pero, tal como lo hemos manifestado¹⁰⁸³, no creemos que sea (y mucho menos que “deba ser”), una característica tipificante, el menor tiempo que demande su inscripción en el Registro Público¹⁰⁸⁴, la obtención de una clave única tributaria (CUIT), o la apertura de una caja de ahorro en un banco oficial.

Dichas normas tienen un carácter declarativo o de mera expresión de deseos (deseos que hoy no se cumplen en la mayoría de las jurisdicciones argentinas). Tal como ha sido sostenido con certeza, no es el Congreso Nacional quien puede dictar normas de técnica registral administrativa provincial, en tanto son competencias no delegadas a la Nación¹⁰⁸⁵. Por ello, son las distintas jurisdicciones las que deben dictar las normas en cuestión¹⁰⁸⁶.

Prevé el tipo en cuestión también, bajos costos de constitución, considerando, entre otros aspectos, que el capital mínimo exigido, es el equivalente a dos salarios mínimos, vitales y móviles.

Pero lo novedoso del tipo en cuestión pasa por el amplio margen que el mismo otorga a la autonomía de la voluntad para su estructuración. Esa es, entendemos, su nota tipificante. ¿y por qué ello así ocurre?.

Porque, tal como dijimos en el presente, su regulación responde a la necesidad planteada por nuevas generaciones que tienen, a su vez, nuevas formas de

CARLOS A., *Sociedad por acciones simplificada (SAS)*, Revista la Ley Edición Especial, 21/4/2017.

¹⁰⁸²No es el único supuesto, así contamos por ejemplo con las Sociedades de Garantía Recíproca, reguladas en la ley 24.467, del año 1995, a las que se aplica supletoriamente la LGS (art. 32, LSGR).

¹⁰⁸³PÉREZ HUALDE, FERNANDO, “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas”, Revista La Ley, 03/11/17;

¹⁰⁸⁴Prueba de ello es que la IGJ, a esta altura de las circunstancias, ya tiene un trámite urgente o inscripción en 24 hs. de las S.R.L. o S.A.

¹⁰⁸⁵ Confr. DE LAS MORENAS, GABRIEL, *Análisis exegético de la nueva Ley de Sociedad por Acciones Simplificada. Especial referencia al ámbito de la provincia de Mendoza*, Revista La Ley, Gran Cuyo, Año 2018.

¹⁰⁸⁶ Son muchas las Jurisdicciones que, siguiendo el ejemplo de la Resolución General 6/17 de la IGJ, han dado regulación al trámite de la S.A.S.

generar los negocios, y que, en consecuencia, constituyen nuevas empresas (las ya aludidas de base tecnológica, en general de servicios e internacionales).

Han sido los Emprendedores los que necesitaban contar con un instrumento que les permitiera, básicamente, una forma fácil y ágil de conseguir inversión para poder validar una idea y, en su caso, desarrollarla.

De allí las características de velocidad, sencillez y bajo costo.

Con ese formato es que el legislador ha regulado la SAS en tan solo 30 artículos de la LACE, pero ojo, lo hace dentro de una ley que tiene por fin el Apoyo al Capital Emprendedor.

De manera tal que las características tipificantes de la SAS están dadas no solo por los aspectos antes destacados, o la división de su capital en acciones, sino también, y como elemento distintivo, por el amplio margen que la ley concede a la autonomía de la voluntad¹⁰⁸⁷.

Esa autonomía de la voluntad es absolutamente necesaria atendiendo a cuál es la génesis de la SAS y su ubicación dentro de un marco normativo que tiene por fin auspiciar y facilitar la tarea de los Emprendedores.

Esa libertad o mayor autonomía de la voluntad es necesaria para permitir la convivencia dentro de una misma sociedad, de dos categorías de socios totalmente diferentes¹⁰⁸⁸. El EMPRENDEDOR, que tiene una idea fuerza y tiempo disponible para desarrollarla, y el INVERSOR, que cuenta con los fondos necesarios para permitir el desarrollo de la idea (normalmente en alguna de sus etapas), y así lograr (o no), validar la misma.

En esa estructura societaria con dos claras categorías de socios adquiere sentido el especial régimen de prestaciones accesorias que la ley dispone (art. 42 LACE), debiendo preverse en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de su valuación (en cuanto conformen quizás el único aporte del socio Emprendedor).

De igual modo, la posibilidad de que acciones con idénticos derechos puedan contar con diferente precio de adquisición o venta (incluso en el acto fundacional previsto en el art. 41 LACE¹⁰⁸⁹), lo que permitirá al socio Emprendedor suscribir acciones integrándolas a su valor nominal (compensando la diferencia con la prestación accesorias asumida), en tanto que el socio inversor lo hará con un desembolso mayor, prima de emisión mediante. Esto es una herramienta fenomenal para que el Emprendedor no sea licuado en sucesivos y necesarios aumentos futuros de capital.

La estructura legal cierra, con la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por hasta diez años (art. 48 LACE) que seguramente se impondrá al Emprendedor a fin de que “cumpla” con el aporte por él comprometido (muchas veces *intuita personae*).

¹⁰⁸⁷ PÉREZ HUALDE, FERNANDO, *Sociedad por acciones simplificadas. Sus notas tipificantes*, en *Crowdfunding y sociedades por acciones simplificadas*, Dir. Martín Arecha y Laura Filippi, Ed. Didot, Bs.As., 2018, pág. 121 y ss.

¹⁰⁸⁸ PÉREZ HUALDE, FERNANDO, *La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas*, Rev. La Ley, 03/11/17.

¹⁰⁸⁹ Así lo sostuvimos en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrado en Rosario, Argentina, en el mes de septiembre de 2019.

Todas estas características de la SAS, responden justamente a esta relación Emprendedor - Inversor, al igual que lo hacen los primeros 32 artículos de la LACE.

Tanto los primeros treinta y dos artículos de la LACE como los últimos cuatro (Arts. 63 al 66) se encargan de crear instrumentos que tienen por fin generar y favorecer la inversión en Emprendedores¹⁰⁹⁰, como así también protegerlos¹⁰⁹¹.

La ley no solo busca incentivar la inversión en capital de riesgo, sino que además invita a realizarla de una determinada manera, es decir, fraccionada en varios emprendimientos (o emprendedores) y realizada por distintos inversores (con la posibilidad cierta de poder captar por medio de ella inversiones que bien puede ser de carácter micro¹⁰⁹²), e incluso en distintos momentos de la vida del emprendimiento. De allí por ejemplo el desarrollo que realiza de las plataformas de inversión (crowdfunding).

La "invitación" a invertir que realiza la ley tiene esa premisa. No olvidemos que, conforme las estadísticas, ocho de cada diez emprendimientos no sobrevivirán más allá de dieciocho meses¹⁰⁹³, implicando que ocho de ellos nunca llegarán a conformar una "Empresa". Por eso es recomendable invertir en forma indirecta a través de fondos manejados por especialistas, de manera que el monto dispuesto por el inversor tenga como destino _por ejemplo_ diez emprendimientos, y no solo uno. A su vez, esto permite incrementar el número de inversores.

Como consecuencia de esta forma de invertir cambia también el concepto de ganancia en el marco de una SAS, respecto de aquel que tenemos incorporado en los términos de la Ley General de Sociedades (mensurable en dividendos obtenidos). Aquí, la expectativa del Inversor, será la de lograr "dar valor" a la inversión a través del éxito del emprendimiento, de manera tal que le permita en un futuro poder "salir" del negocio (transferencia mediante de su participación), habiendo multiplicado varias veces los invertido¹⁰⁹⁴.

Esto que acabamos de describir, es lo que permite entender por qué el legislador en la SAS no habla de Estatuto (como en la SA) o Contrato (como en las SRL). Aquí se refiere a Instrumento Constitutivo. Y ello es así porque será justamente dicho instrumento (imaginemos una SAS con capital mínimo que cuenta con un único socio) el que le permitirá el intento de procurar los fondos necesarios para validar su idea y así llegar a conformar una Empresa.

¹⁰⁹⁰ Registro de Instituciones de capital Emprendedor; FONDCE; Tratamiento impositivo especial para los inversores; Sistemas de financiamiento colectivo -plataformas de crowdfunding-; y la creación del Programa de Capital Semilla.

¹⁰⁹¹ Prueba de ello es el requisito de que los Emprendedores tengan el control político de la persona jurídica, para ser categorizado como "Emprendimiento" (art. 2, segundo párrafo, LACE).

¹⁰⁹² El mega decreto de necesidad y urgencia 27/2018, de fecha 10-1-18, ratificado posteriormente por la Ley 27.444, vino a superar esta limitación, al suprimir del inc. 1° del art. 39 de la LACE, la mención del inc. 1° del art. 299 de la LGS, de forma que lo elimina como uno de los supuestos prohibidos para la SAS.

¹⁰⁹³ Plazo necesario estimado para poder validar o no un emprendimiento.

¹⁰⁹⁴ En el idioma de los emprendedores, lo que se meritúa es cuantas "X" logró uno darle al monto invertido.

Instrumento que, por otra parte, cambiará sus términos conforme fueren las exigencias de los inversores en las siguientes rondas de inversión.

De esta manera, con la LACE, queda despegado de forma definitiva la necesaria identidad del binomio "Sociedad - Empresa". Muchos serán los casos en que dichas estructuras societarias, no lleguen a calificar para ser denominadas empresa.

Las notas señaladas exigen analizar e interpretar de manera "integral" la Ley 27.349. No podemos conocer las características tipificantes de la SAS sin valorar la totalidad del marco normativo en que la misma está contenida. La posibilidad de que las acciones con idénticos derechos políticos y económicos tenga distinto precio (a través de la prima de emisión que en el caso de la SAS puede ser diferente para cada accionista aún tratándose del mismo aumento¹⁰⁹⁵), cobra sentido cuando comprendemos el modo en que los Emprendedores captarán fondos a través de una SAS¹⁰⁹⁶.

Cuando el art. 33 LACE habla de la aplicación supletoria sólo de las normas de la LGS que sean *conciliables* con las de la LACE, se está refiriendo a los 68 artículos de la LACE, y no exclusivamente a aquellos referidos a la SAS (del 33 al 62, Título III). De lo contrario hubiera dicho que la conciliación debía hacerse con las normas del "tipo" de la SAS, y no con "...las de esta ley."

Ignorar los Títulos I, II y IV de la Ley 27.349 nos llevaría a una visión sesgada e incompleta del tipo de la SAS y, en consecuencia, nos impediría siquiera saber que su régimen dista mucho de aquel de la LGS.

Incluso, debemos tener presente que la regulación de la temática no se agota en la Ley 27.349 (LACE) y sus reformas (Ley 27.444), sino que la misma está integrada por distintas regulaciones que la complementan (decreto reglamentario, resoluciones ministeriales, etc)¹⁰⁹⁷.

6.- COROLARIO

A través del desarrollo realizado en el presente informe, hemos tratado de destacar cómo ha evolucionado la relación Sociedad - Empresa, según los

¹⁰⁹⁵ En clara discrepancia con lo establecido por el art. 202 LGS.

¹⁰⁹⁶ No es lo mismo aportar diez mil dólares cuando la startup está en su sexto mes, que hacerlo dos años después cuando el proyecto ha sido validado y se encuentra facturando. A su vez, aquél que integró los diez mil dólares en el sexto mes, bien podría poner como condición para hacerlo, no ser licuado su porcentaje de participación en el futuro más o menos cercano, en una ronda de inversión en la que él no realice aporte alguno. En definitiva, es indispensable contar con un margen de libertad suficiente que permita negociar esas condiciones.

¹⁰⁹⁷ Decreto Reglamentario N° 711 de fecha 8 de septiembre de 2017, la Resolución N° 442 de fecha 11 de septiembre de 2017 del Ministerio de Producción, la Resolución N°416 de fecha 12 de septiembre de 2017 de la SEPYME, el Contrato de Fideicomiso firmado entre la SEPYME, como fiduciante y el Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima como fiduciario ("BICE" o el "Fiduciario"), cuyo texto fue aprobado mediante la citada resolución (el "Contrato de Fideicomiso"), así como la Resolución de la SEPYME mediante la cual se aprueban Bases y Condiciones de la convocatoria para Aceleradoras, y la Resolución 598-E/2017 de la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción de la Nación, entre otras.

cambios producidos en el hombre y en su forma de hacer negocios, donde, por cierto, el desarrollo tecnológico ha jugado un papel preponderante.

Los cambios en la manera de desarrollar la actividad empresarial, han generado novedades legislativas en materia societaria que han impuesto, incluso, una revisión del concepto mismo de sociedad. Ello se percibe en particular respecto de la SAS, en tanto sus características y la forma en que ha sido legislada, tornan difícil encorsetarla en las reglas de la LGS.

Así, observamos que no encuadra la realidad de la SAS en el concepto de sociedad del art. 1 LGS, en la mayoría de los pretendidos límites del art. 13 LGS (cláusulas leoninas), o incluso en el concepto de capital que desarrolla la Ley General de Sociedades (que persiste en la idea de utilizarlo como patrón de medida de solvencia alguna¹⁰⁹⁸).

La ruptura producida por el legislador de la SAS, no solo está contextualizada en el marco internacional, sino que además parece ser continuada por las nuevas tendencias legislativas en materia societaria, que evidencian la clara tendencia de dar un mayor margen y reconocimiento a la autonomía de la voluntad¹⁰⁹⁹, avizorando así que los cambios producidos, bien pueden sostenerse en el tiempo.

La tecnología, seguirá aportando lo suyo y nos someterá a nuevos desafíos. La Inteligencia Artificial¹¹⁰⁰, ya incorporada a muchos procesos empresarios en el mundo, nos someterá a nuevos desafíos a los que habrá que dar respuesta desde lo jurídico.

Incluso ya está en debate la posibilidad de crear un status jurídico especial para la Inteligencia Artificial, o de pensar su posible uso en la administración de empresas. Esto, no solo cambiará la forma de administrar las empresas o desarrollar la mentada “actividad” que las constituye, sino que además pondrá en duda incluso, el propio concepto de acto jurídico, conforme lo concibe nuestro derecho positivo (art. 259 CCC), excepto reconozcamos al acto así

¹⁰⁹⁸ Así por ejemplo siguen las reservas legales atadas al porcentaje de capital. Un verdadero rictus a la lógica empresarial.

¹⁰⁹⁹ Nos referimos al art. 1, segunda parte, del Proyecto presentado el 5 de junio de 2019 al Senado de la Nación Argentina (a los Dres. Federico Pinedo y Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, cuyo estado parlamentario desconocemos a la fecha), que permite dar cualquier destino a los beneficios obtenidos o su aprovechamiento, como así también el no reparto de utilidades entre socios. Lamentablemente esa línea no fue seguida de una derogación, al menos parcial, del art. 13 LGS y del concepto anticuado de capital, que se mantiene.

¹¹⁰⁰ Según describe Salvochea, dicha terminología fue utilizada por primera vez por el informático estadounidense John McCarthy en 1956, y se refiere a aquellas máquinas o algoritmos dotados de una inteligencia símil a la de los seres humanos. Si bien se asocia a la de los “robots”, estos usualmente se refieren a una maquinaria manejada por un elemento de inteligencia artificial en forma autónoma o semiautónoma. Las formas más comunes de inteligencia artificial son las “aplicaciones”, hoy tan presentes en nuestros teléfonos. SALVOCHEA, RAMIRO C., *Ciencia Ficción Societaria: La Admisión de una Persona Jurídica Sintética*, ponencia presentada y premiada en el reciente XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, Ed. Advocatus, 2019,

ejecutado, el discernimiento indispensable para estar frente a un acto voluntario (art. 260 CCCN)¹¹⁰¹.

Como vemos el futuro, no solo se presenta desafiante, sino también y en gran medida impredecible.

¹¹⁰¹ ARTICULO 260 CCCN: Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

PONENCIAS
INSTITUTO DE CIENCIAS
PENALES

EL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Carlos Julio Lascano
Director del Instituto de Ciencias Penales

Sumario

1. Introducción. 2. Criterios de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas en la ley 27.401. 3. Naturaleza jurídica del Programa de Integridad establecido por la nueva legislación. 4. Conclusiones provisionarias.

1. INTRODUCCIÓN

Con el cambio de siglo el Derecho Penal económico, pensado sobre la base de la capacidad de control del Derecho nacional sobre los actores económicos -empresas y trabajadores- y los factores de producción, mercancías y servicios, tiene serios problemas de adaptación. En el nuevo espacio de la economía globalizada las grandes empresas multinacionales gozan de libertad absoluta de movimientos, imponen sus puntos de vista en los procesos de armonización internacional del Derecho de los negocios y sus comportamientos ilícitos -contra el medioambiente, los trabajadores o de corrupción- rara vez son juzgados por sistemas de administración de justicia mucho más débiles. Esta situación contrasta con lo que ocurre con los trabajadores, cuya libertad de movimientos está seriamente criminalizada a través de los delitos de inmigración ilegal.

En lo que atañe a los factores de producción, los efectos de la globalización económica no han sido menores: la libertad de movimientos de capitales, unida al mantenimiento de los paraísos fiscales, ha posibilitado la comisión masiva de delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales; la libertad de movimientos de productos financieros ha creado una crisis económica mundial sin precedentes, cuyas raíces en algunos casos tienen que ver con comportamientos delictivos de falsedad en los balances, corrupción de auditores, conductas de administración desleal o grandes estafas colectivas; la libre circulación de productos ha llevado a que fármacos, pesticidas, productos transgénicos, abonos o alimentos infantiles que no pueden producirse o comercializarse en los países más ricos lo hagan en aquellos de economías más debilitadas.

A este conjunto de problemas el Derecho Penal estatal, que entiende el *ius puniendi* como ejercicio del poder soberano sobre un determinado territorio, no puede darle solución por sí solo. Por ello se buscan nuevas herramientas de regulación. En primer lugar, en materia de corrupción, blanqueo de capitales o

criminalidad organizada, existe un importante *corpus iuris internacional*, pero la comunidad internacional se expresa también hoy a través de un mecanismo regulador: el *soft law*. La importancia de las recomendaciones del GAFI en materia de blanqueo de capitales o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre corrupción, adoptan en ocasiones esta estrategia. Esta irrupción de nuevas fuentes del Derecho Penal requiere replantearse el sentido de la reserva de ley penal.

En segundo lugar, el Derecho Penal globalizado postula confiar en la autoregulación empresarial como instrumento normativo. El incremento del control social sobre la economía no puede soslayar la capacidad que toda corporación tiene para dictarse normas internas y controlar el comportamiento de sus miembros. El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas busca comprometer a las empresas para que cooperen con el Estado en la prevención y la investigación de los hechos delictivos que pueden surgir en el desarrollo de su actividad, conminando al mismo tiempo duras sanciones para esos entes.

En nuestros días asistimos a un proceso de “erosión” del antiguo aforismo “*societas delinquere non potest*” consagrado en el Derecho Penal de la Europa Continental y los países iberoamericanos que siguen ese modelo. Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y, a partir de 2010, España.

El 8 de noviembre de 2017 la Cámara de Diputados de la Nación sancionó la ley 27.401, que fue publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre del mismo año¹¹⁰². La Cámara Baja del Congreso convirtió así en ley el texto aprobado el 27 de septiembre del mismo año por el Senado teniendo en cuenta el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales que acepta responsabilizar penalmente a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional¹¹⁰³. En tal dictamen se habían introducido importantes modificaciones al texto que había logrado media sanción de la Cámara de Diputados en la sesión del 5 de julio de 2016, en base al proyecto remitido por el P.E. el 20 de octubre de 2015. El art. 39 de la ley 27.401 dispuso que dicha normativa entraría en vigencia a los noventa días de su publicación en el Boletín Oficial. En este órgano de difusión con fecha 6/4/2018 se dio a conocer el decreto reglamentario n° 277/2018.

En esta ocasión me limitaré a abordar dos de las cuestiones más relevantes que plantea dicha legislación: los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma y la naturaleza jurídica del Programa de Integridad que regula lo que se conoce como *compliance*.

¹¹⁰² B.O. n° 93803/17 del 01/12/2017.

¹¹⁰³ Dictamen de Comisión del 20/9/17 en Exptes. Números CD-16/17 y 17/17.

2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN SÍ MISMAS EN LA LEY 27.401

Pese a las profundas divergencias, las corrientes científicas del Derecho Penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a aptitudes psíquicas que sólo pueden darse en relación a la persona individual. En tal sentido, siguiendo las enseñanzas de su maestro don MARINO BARBERO SANTOS¹¹⁰⁴, JUAN TERRADILLOS BASOCO¹¹⁰⁵ -quien desde una perspectiva político-criminal no estaba seguro que la máxima *societas delinquere non potest* fuera la más aconsejable- sostenía que parecen innegables las dificultades para que una responsabilidad penal fundamentada en el comportamiento culpable pueda ser exigible a las personas jurídicas, dado que acción y culpabilidad son conceptos dogmáticamente contruidos con referencia exclusiva a la persona física.

De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo que se establezca un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías. Lo mismo ocurre con la pena pues -aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales- tiene un sustrato retributivo que la distingue de otras consecuencias jurídicas.

En el Derecho Penal cuando el hombre actúa por medio de corporaciones, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de dichos entes.

En tal sentido, BERND SCHÜNEMANN¹¹⁰⁶, efectuando un cálculo racional de ponderación de costos y beneficios, ha sostenido criteriosamente que «la infracción de la norma tiene que estar unida no sólo para el individuo integrado en la empresa, sino también para la empresa misma, a perjuicios que superen las ventajas que se puedan esperar de dicha infracción, incluso también la existencia de una baja tasa de sanción». El mismo autor agrega¹¹⁰⁷: «Si se debe afirmar la posibilidad de legitimación de las multas a las entidades colectivas no sólo como sanción anónima, sino como sanción cumulativa junto a la punición del miembro de la entidad que actúe, entonces en la configuración se debe tomar en consideración escrupulosamente en particular ... el beneficio

¹¹⁰⁴ BARBERO SANTOS, MARINO, *¿Responsabilidad penal de la empresa?*, en "Estudios de Derecho penal económico", directores L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 41.

¹¹⁰⁵ TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 44 y 45.

¹¹⁰⁶ SCHÜNEMANN, BERND, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Bernd Schünemann, Obras*, Tomo II, *Colección Autores de Derecho Penal*, dirigida por Edgardo Alfredo Donna, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 134 y 135.

¹¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, BERND, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", p. 131.

utilitarista, es decir, sobre todo, la idoneidad y la necesidad para la protección del bien jurídico»,

Concordamos con MERCEDES PÉREZ MANZANO¹¹⁰⁸ en que resulta preferible intentar la intervención jurídica frente a las personas colectivas al margen de los principios e instituciones del Derecho Penal clásico, pero sin olvidar la Constitución, que es del marco jurídico de cualquier sanción.

Por consiguiente no resulta viable imponer penas en sentido estricto, como tampoco medidas de seguridad, pues la imposibilidad de que los entes ideales realicen una conducta conlleva la inexistencia del hecho antijurídico y del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos, aunque se pueda hablar de una «peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales»¹¹⁰⁹.

Creemos que se debería prever otra clase de intervención jurídica estatal frente a los delitos socio-económicos que puedan cometerse a través de personas colectivas. En tal sentido, sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales consistente en un **tercer género de sanciones criminales (“*tertium genus*”¹¹¹⁰) similares a las medidas de seguridad.**

DE LA RÚA Y TARDITTI¹¹¹¹ sostienen que se las podría considerar una clase de medidas de seguridad especiales, basadas en la peligrosidad objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica; afirman que cuando se alude a delitos como atribuidos a una sociedad (como ocurre con la ley de monopolios), las denominadas penas que se les conminan no son tales, sino que son medidas de seguridad adoptadas por el Estado para que las sociedades no se constituyan en ámbitos fértiles de actividades ilícitas, aunque con la particularidad que además de la prevención especial para esos ámbitos, tiene una clara función de prevención general para la actividad societaria en general. De modo similar interpretan a las “sanciones” a la persona jurídica en los delitos contra el orden económico y financiero del art. 304 C.P.

Al igual que las denominadas *consecuencias accesorias* del art. 129 del Código Penal español de 1995, las sanciones conminadas a las personas colectivas por la ley 27.401 son de naturaleza jurídico-penal -no meramente administrativa-, «pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (...) en todo caso de carácter preventivo»¹¹¹². Distinta es la opinión de JOSÉ DANIEL CESANO, quien en su valioso trabajo “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el

¹¹⁰⁸ PÉREZ MANZANO, MERCEDES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Actualidad Penal*, Madrid, números 2-9, 15 de enero de 1995, pp. 26 y 27.

¹¹⁰⁹ TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., *Empresa y Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 123.

¹¹¹⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición ampliada y revisada, Montevideo - Buenos Aires, B de F, Julio César Faira editor, 2016, n° 25, p. 67.

¹¹¹¹ DE LA RÚA, JORGE y TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, tomo 1, p. 226.

¹¹¹² LUZÓN PEÑA, ob. cit., Cap. I, n° 27, pp. 69 y 70.

Anteproyecto de Código penal”¹¹¹³, entiende que se establece «una intervención accesoria con medidas sancionatorias de carácter **fundamentalmente administrativo** y sobre la base de una previa conducta individual – que puede encontrar su base en la comisión de un delito o en la falta de supervisión –; sin que esto signifique consagrar una directa responsabilidad penal corporativa».

Más allá de la incorrección de llamarlas “penas aplicables a las personas jurídicas” (como lo hace el art. 7° de la ley 27.401¹¹¹⁴), es plausible el texto de dicha normativa que prevé -cuando se cumplen los requisitos fijados por el art. 2°- determinadas sanciones enumeradas en aquel art. 7°, para “las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjeras, con o sin participación estatal”, las cuales resultan “responsables”, por los delitos enumerados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 1°, que “hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”, aunque “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla” (art. 2°, último párrafo).

Efectuando un análisis comparativo de la disposición contenida en la ley 27.401 con dos antecedentes relevantes, el art. 59 del Anteproyecto de Código Penal de 2014¹¹¹⁵ (en adelante AP 2014) y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, en lo relativo a los delitos comprendidos, podemos observar que el art. 1° del texto legal argentino tiene afinidad con aquéllos en cuanto prevén un sistema de responsabilidad penal de **carácter especial** porque la posibilidad de imputar a las corporaciones queda legalmente limitada a un determinado *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial.

Por consiguiente, la ley argentina no recepta las experiencias legislativas extranjeras como la holandesa que admite la responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en su legislación penal.

¹¹¹³ “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, director Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, Año V, n° 5, junio de 2015, pp. 155 a 163.

¹¹¹⁴ También lo hacen los arts. 39 y 41 del proyecto de reforma integral al Código Penal de la Nación, elaborado por la comisión creada por el decreto 103/2017 del Poder Ejecutivo Nacional, presidida por Mariano Hernán Borinsky, que ingresó al Senado el lunes 25 de marzo de este año. Véase *Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018*, Eudeba, Buenos Aires, 2018, pp. 38 a 41. Por el contrario, los arts. 39 y 41 bis del anteproyecto alternativo elaborado por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer en sus disidencias en el seno de la mencionada comisión las denominan “sanciones” según se lee en el “Anexo de notas”, en *Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp.188 y 189. Dicha denominación goza de nuestra preferencia.

¹¹¹⁵ *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, marzo de 2014, pp. 362 y 363. Dicho texto fue obra de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12), presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni, integrada por León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, en la que actuaron como Secretario Julián Álvarez y como Coordinador Roberto Manuel Carlés,

Este modelo fue seguido por el Anteproyecto de 2006¹¹¹⁶, cuyo art. 67 carece de limitación respecto de los delitos en los que se pueden aplicar sanciones a las personas jurídicas. Similar amplitud había adoptado el texto al que había dado media sanción la Cámara de Diputados el 5 de julio de 2017, pues en su art. 1° disponía: «*La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*». De tal modo, se apartaba del proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, cuyo art. 3° establecía: «*Las personas jurídicas son responsables por los delitos contra la administración pública y cohecho transnacional...*», con lo cual quedaban comprendidos todos los delitos del extenso título 11 del Código Penal.

El texto de la ley 27.401 es más acotado que el del proyecto original: «**ARTÍCULO 1°.- Objeto y alcance.** *La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal*».

Como se puede advertir, en la ley 27.401 sólo quedan comprendidos los tipos delictivos expresamente mencionados y no todos los enumerados en el título 11 de código sustantivo. Además, un tipo agravado de balances e informes falsos, que el art. 37 de la ley 24.701 incorpora al título 13 (“Delitos contra el orden económico y financiero”) del Código Penal como art. 300 bis¹¹¹⁷.

El proyecto elaborado por la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación¹¹¹⁸, que fuera designada por el Decreto n° 103 del Poder Ejecutivo Nacional en el año 2017¹¹¹⁹, amplía el catálogo de delitos por los que se puede responsabilizar penalmente a los entes colectivos, a los cuales remite el último párrafo de su artículo 38, ubicado en el título VII denominado “Responsabilidad de las personas jurídicas”¹¹²⁰: «*Las personas jurídicas podrán ser responsables por los delitos previstos en el artículo 145 y los Títulos XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVII del Libro Segundo de este Código*».

En los tipos delictivos mencionados en los incisos b), c) y d) del art. 1° de la ley 27.401, se exige en el autor la calidad de **funcionario público**, razón por la cual estamos en presencia de **delitos especiales propios**, porque requieren una

¹¹¹⁶ Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 135.

¹¹¹⁷ «*Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado*».

¹¹¹⁸ Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018, Buenos Aires, Eudeba, 2018.

¹¹¹⁹ B.O. 14/02/2017.

¹¹²⁰ Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018, Buenos Aires, Eudeba, 2018, p. 38.

especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo y no cuentan con una figura paralela de delito común. Por tal motivo nos parece conveniente incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro** – adecuadamente prevista en los Anteproyectos de 2006 (art. 43¹¹²¹), 2014 (art. 10¹¹²²) y 2018 (art. 37¹¹²³)- la cual permitiría cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal cuando no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores, tal como lo señala la doctrina de modo uniforme.

El art. 1° de la ley 27.401 expresamente alude a “*responsabilidad penal*” de las personas jurídicas y el art. 7° regula las “*penas aplicables*” a dichas corporaciones. De tal forma sigue el modelo del art. 31 bis C.P. de España que establece que las personas jurídicas serán “*penalmente responsables*” y alude a “*responsabilidad penal*”; por su parte, el art. 33.7 describe cuáles son las “*penas aplicables a las personas jurídicas*”, y el art. 66 bis, de modo explícito menciona las reglas para la “*aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas*”¹¹²⁴.

¹¹²¹ «ARTÍCULO 43. **Actuar en lugar de otro.** El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal, o voluntario de otro u otros, o el que asumiere funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare, responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurran en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare. Esta disposición se aplicará también a la persona que reviste la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o al responsable del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realiza el hecho en interés del titular. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aún cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz». *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 121.

¹¹²² «ARTÍCULO 10. **Actuación en lugar de otro.** 1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquél, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare. 2. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aún cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz». *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, marzo de 2014, p. 339.

¹¹²³ «ARTÍCULO 37.- Si la formulación legal de un delito requiere para su ejecución condiciones, calidades o relaciones especiales y aquéllas fueran reunidas por una persona jurídica privada de cualquier clase, la figura delictiva también será aplicable a los integrantes de sus órganos que hubieren intervenido en el hecho. Lo mismo procederá respecto de cualquier clase de representante de otro, sea persona física o jurídica, si las condiciones, calidades o relaciones especiales recayesen sobre el representado. En ambos supuestos, el presente artículo regirá aun si el acto jurídico determinante de la designación fuese ineficaz o, careciéndose de aquél, si la persona ostentase facultades de organización y control dentro de la persona jurídica o de la empresa, o la representación de otro», *Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp. 37 y 38.

¹¹²⁴ *Código Penal y legislación complementaria*, Códigos electrónicos, Madrid, Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), edición actualizada a 4 de marzo de 2019, pp. 10, 11, 13, 22 y 23.

La cuestión no es de menor importancia dado que un sector de la doctrina española, entre los cuales se destaca ADÁN NIETO MARTÍN¹¹²⁵, sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31 bis C.P. y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El mencionado autor sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis C.P. español permite advertir que este texto establece una **responsabilidad propia de la persona jurídica** por no haber adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Responde de este modo por un hecho propio, su propio **defecto de organización**, que no deriva de la actuación de una persona natural. Agrega que el punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada, preguntándose ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Contesta que este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materias tan importantes como la protección de la seguridad del trabajador, el medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, la tipificación del blanqueo de capitales, etc., a través de lo que se ha dado en llamar “autoregulación”, establece la obligación de las empresas de adoptar medidas cuyo fin es similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del Derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs*. Es más, cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos, etc.) cuya confección se basa en una metodología análoga a la que se utiliza para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos de los subordinados.

El criterio de la *autorresponsabilidad* de la persona jurídica sustentada sobre la base de un injusto y culpabilidad propios -que serían independientes de los mismos elementos de las personas físicas actuantes- ha sido defendido por el Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo español en la sentencia nº 154 del 29 de febrero de 2016, que confirma la condena a tres personas jurídicas que intervinieron en la importación desde Venezuela -junto a tres personas físicas, directivos de las sociedades- por un delito contra la salud pública agravado por tratarse de una cantidad importante de una sustancia que causa grave daño a la salud-, realizado a través de una organización y mediante la utilización de buque y simulación de operaciones de comercio internacional. Lo más relevante de esa sentencia es que sostiene que se trata de un régimen de autorresponsabilidad. En particular, se recuerda cómo forman parte del núcleo

¹¹²⁵ NIETO MARTÍN, ADÁN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010”, en *Revista Xurídica Galega*, año 2009, nº 63, viernes 11 de marzo de 2011, pp. 47-70: “La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Hay versión electrónica disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.html>. Citado por CESANO, JOSÉ DANIEL, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit. en nota 9.

del injusto la ausencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados, encaminados a la evitación de la comisión por éstos de los delitos en cuestión.

No obstante lo antes señalado, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA¹¹²⁶, basándose en la imposibilidad de apreciar en la persona jurídica culpabilidad, entendida como reprochabilidad individual, niega la capacidad de delinquir de las personas jurídicas en sí mismas, aunque admite que, tras la introducción en los arts. 31 bis, 33.7 y concordantes C.P., de responsabilidad penal y sanciones denominadas penas para personas jurídicas, «ha aumentado el sector que considera que la persona jurídica sí puede delinquir».

La incapacidad de culpabilidad que afecta a las personas de existencia ideal ya había sido puesta de relieve por BERND SCHÜNEMANN cuando expresó¹¹²⁷: «...no hay que pasar por alto que a una entidad colectiva siempre se la hace responsable por la culpa de otra persona, lo que se puede demostrar de forma especialmente clara de los accionistas como sustentadores de una sociedad anónima, quienes ... soportan la multa a costa de sus dividendos, sin que hayan podido evitar la infracción del órgano».

El renombrado catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, Luzón Peña¹¹²⁸ enseña con claridad que, pese a la reforma de la LO 5/2012 de “responsabilidad penal” para las personas jurídicas y de “penas” para las mismas, «realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, que como reconocen los párrafos 1º y 2º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello tampoco pueden ser “sujeto activo” del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31 que regula la actuación en lugar de otro».

Tales reflexiones son aplicables a la ley 27.401 sancionada por el Congreso argentino que en varias disposiciones expresamente se refiere a la “persona humana que cometió el delito” (art. 2º, último párrafo), a las “personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo” (art. 4º), a la “persona humana que hubiere intervenido” (art. 6º).

Agregamos que el art. 6º del texto legal que estamos analizando –bajo el rótulo “Independencia de las acciones”- expresa: «La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”. Esta disposición tiene semejanza con el art. 59.3 del AP 2014, para el cual también será “responsable” la persona colectiva, aunque el hecho

¹¹²⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, Cap. 11, n° 36, p. 151.

¹¹²⁷ SCHÜNEMANN, BERND, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, p. 145.

¹¹²⁸ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *ob. cit.*, n° 55, p. 514.

no redunde en su beneficio o interés, “si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión»¹¹²⁹.

Ello no significa que tales deberes –cuya inobservancia puede configurar culpa “in vigilando”- incumban a la persona de existencia ideal y, por ende, pueda existir un hecho propio de ella, atribuible a su “defecto de organización”. Lo sostenía con firmeza SCHÜNEMANN¹¹³⁰ del siguiente modo: «El intento de Klaus Tiedemann de imputar la infracción del deber de vigilancia del órgano de la persona jurídica como culpa por la organización no puede, ..., cambiar nada de esta imputación a extraños, pues en la misma medida en que la persona jurídica como tal no puede cometer ningún delito, tampoco se puede organizar como tal». Explica que la persona colectiva siempre depende de las personas naturales que actúan por ella y cuya culpa se imputaría exclusivamente de la misma manera, tanto si se tratase de la imputación directa de un delito cometido por un órgano como de la imputación de una culpa por la organización cometida por un órgano.

El destacado autor concluye¹¹³¹: «Por ello la interpolación de la culpa por la organización no puede cambiar nada del principio de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma culpablemente. En ello reside la diferencia con la *actio libera in causa* y con el acto de embriagarse, pues en ellas se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero». Sostiene que ello es igualmente válido si se renuncia en estos casos a la simultaneidad entre acción y culpabilidad o se aplican las reglas de la autoría mediata¹¹³².

En consecuencia, resulta claro que aquellas obligaciones de vigilancia o supervisión sólo pueden corresponder a las personas físicas que –por su función de órganos del ente corporativo- tienen que controlar la conducta de sus subordinados para evitar la comisión de delitos. Por ello el “defecto de organización” no debe serle personalmente imputable a la propia persona jurídica, que no toma ni puede tomar decisiones por sí misma, sino a las personas físicas, órganos individuales o miembros del órgano colegiado, que son las que toman las decisiones que dan lugar a esa defectuosa organización. En este punto no compartimos el criterio de quienes piensan que la responsabilidad penal de las corporaciones establecida por el régimen de la ley 27.401 pueda ser encuadrada en el modelo de *responsabilidad autónoma u originaria*, al exigir su art. 2° que los delitos previstos en el artículo precedente hayan sido realizados con la “intervención” de la persona jurídica.

¹¹²⁹ Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Buenos Aires, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, marzo de 2014, p. 362.

¹¹³⁰ SCHÜNEMANN, BERND, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, p. 145.

¹¹³¹ SCHÜNEMANN, BERND, ob. y lug. cit.

¹¹³² SCHÜNEMANN, BERND, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, pp. 145 y 146, nota 59.

También, sin desconocer respetables opiniones de la doctrina nacional entre las cuales se destaca JOSÉ DANIEL CESANO¹¹³³ que entienden que el texto legal argentino adopta un *modelo mixto* –en el que se integran elementos de las dos fórmulas antes comentadas– pensamos que la ley 27.401 en realidad ha establecido un **modelo de heterorresponsabilidad, también denominado de responsabilidad vicarial de la persona colectiva por el hecho ajeno**, por los delitos expresamente establecidos en el art. 1º, cometidos por sus órganos y empleados. Nuestra conclusión es coincidente con lo expresado por FERNANDO CÓRDOBA y PATRICIA ZIFFER¹¹³⁴: «En el acápite referente a la responsabilidad de las personas jurídicas, consideramos insuficiente la regulación de corte vicarial que se adoptó...».

Para describir el modelo de *transferencia o vicarial* acudiremos a la clara explicación de NIETO MARTÍN¹¹³⁵: «La forma más sencilla de resolver este problema es utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. ...Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o –para otros– es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama “*modelo vicarial*” e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROGRAMA DE INTEGRIDAD ESTABLECIDO POR LA NUEVA LEGISLACIÓN

No obstante que hemos afirmado que el modelo adoptado por la legislación argentina no se basa en el defecto de organización de la persona jurídica, sino en el de las personas físicas que actúan como directivos y representantes de la corporación, se advierte que el art. 9 dispone que ésta

¹¹³³ La responsabilidad penal de las personas en la ley 27.401, *Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales*, exposición efectuada en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en la sesión ordinaria del día 9 de mayo de 2018. Véase, en similar sentido, CESANO, JOSÉ DANIEL, “La responsabilidad penal de las personas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales de la ley 27.401”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, ISSN: 2531-1565, REEPS 2 /2018), consultado en www.ejc-reeps.com el 19.8.2018; en este trabajo afirma que su posición es compartida, aunque con matices interpretativos por un significativo sector de la doctrina argentina, entre los cuales ubica a Francisco Castex y Andrés M. Dubinski, Guillermo J. Yacobucci y Diego Zysman Quirós.

¹¹³⁴ CÓRDOBA, FERNANDO – ZIFFER, PATRICIA S., disidencias, *Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, p. 171.

¹¹³⁵ NIETO MARTÍN, ADÁN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010”, en *Revista Xurídica Galega*, año 2009, n° 63, viernes 11 de marzo de 2011, pp. 47-70.

quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: «a) *Esponáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiere exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido*».

Los mencionados artículos de la ley en estudio regulan el denominado “Programa de Integridad”, cuyos lineamientos y guías serán establecidos por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, según lo dispone el art. 1° del decreto 277/2018, reglamentario de la ley 27.401.

Más allá de que la autorregulación establecida por dicha ley encierra la paradoja de que quien elabora la norma es también su destinatario -lo que tensiona el principio de reserva de ley- evidentemente se ha consagrado una verdadera **excusa absolutoria** que se podría fundar en la doctrina de la *actio libera in causa* (a.l.i.c.). Ello es así toda vez que si bien en el momento de la comisión de alguna de las conductas delictivas previstas taxativamente por el art. 1° de la ley 27.401, por parte de las personas físicas que representan al ente corporativo, éste carece de capacidad de acción y de culpabilidad, la persona de existencia ideal podría ser sancionada penalmente cuando -en un momento anterior al hecho delictivo- los que actúan “en su nombre, interés o beneficio” hayan aportado dolosa o culposamente una causa del resultado típico por haber incurrido en un defecto de organización al no haber implementado un sistema de control y supervisión adecuado para prevenir la comisión de tales delitos. Los “programas de integridad” (arts. 22 y 23 de la ley 27.401) que podrán regular las personas jurídicas y que se prevén como “condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional” (art. 24) deberían obligar a respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, del Derecho Penal nacional.

No nos parece correcto considerarlos *ab initio* -cuando concurren de manera simultánea con la denuncia espontánea del delito y la devolución del beneficio indebidamente obtenido, según lo dispone el art. 9° del mencionado texto legal- como una causal de exención de pena de la persona jurídica y menos de las personas físicas que las representan y administran, por cuanto las reglas de incriminación penal no pueden depender de normas internas de las empresas para prevenir delitos, pues ello significaría consagrar una suerte de privatización de la justicia penal¹¹³⁶; en todo caso, creemos que deberían valorarse para la atenuación de las sanciones aplicables. Frente a la designación de oficiales de control de cumplimiento de esos programas, sean externos o internos de las sociedades, cabe preguntarse: ¿quién controla a los

¹¹³⁶ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, en el evento científico ya mencionado organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

controladores? La respuesta correcta –según el dicho popular– sería que “el zorro no puede ser dejado al cuidado del gallinero”. Por ello, es irrenunciable el control judicial para evaluar si la empresa ha implementado un “sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso” (art. 9º inc. b), para lo cual el órgano jurisdiccional debería contar con el auxilio técnico de un equipo interdisciplinario de especialistas.

Son interesantes las reflexiones de JUAN PABLO MONTIEL¹¹³⁷ quien describe de una manera divertida algunos problemas que todavía hoy se aprecian en las prácticas empresariales respecto a las exigencias de *compliance*. Al mismo tiempo plantea la necesidad de reformar la ley para agravar la pena de las empresas que pretenden engañar al Estado con “fachadas” de *compliance*.

Dicho autor¹¹³⁸ sostiene criteriosamente que en el caso de la persona jurídica que omita cualquier tipo de medida destinada a organizarse e impedir la comisión de delitos de corrupción, es razonable negar cualquier tipo de atenuación de sanción, dado que la lógica de las rebajas punitivas aparece asociada en las legislaciones comparadas con la existencia de algún esfuerzo organizacional por impedir la comisión de delitos. En el caso de la persona jurídica que omita cualquier tipo de medida destinada a organizarse e impedir la comisión de delitos de corrupción, es razonable negar cualquier tipo de atenuación, dado que la lógica de las rebajas punitivas aparece asociada en las legislaciones comparadas con la existencia de algún esfuerzo organizacional por impedir la comisión de delitos.

MONTIEL agrega¹¹³⁹: «... al final las medidas auto-organizativas son en verdad una farsa y, por ende, puede considerarse que en realidad no existe ninguna medida de *compliance*. Sin embargo, adicionalmente se aprecia que esos esfuerzos por mostrar un aparente cumplimiento están destinados a engañar a la autoridad de contralor, lo cual debería cualificar la gravedad de los hechos. Con ello, la organización no ha hecho ningún esfuerzo por contar con un modelo de prevención eficaz, pero además sí ha “trabajado” para mostrar una realidad ficticia hacia terceros. Considero que el motivo de esta agravación no descansa exclusivamente en que el engaño de la persona jurídica perjudica a las autoridades de contralor y de persecución penal, en cuanto deberían hacer una inversión adicional de recursos públicos para dismantelar la farsa, dado que con ese argumento también cabría exigir una agravación de la pena en todos los casos en que un imputado se da a la fuga o realiza maniobras para ocultar un delito precedente. También hay que considerar que gracias a esta farsa, además de eludirse el castigo, se pueden obtener beneficios ilícitamente. Así, por ejemplo, ciertas legislaciones exigen contar con un programa de integridad para poder contratar con el Estado o bien ciertas empresas con elevados niveles de *compliance* únicamente contratan con proveedores que tienen modelos de prevención de delitos. Por ello, soy de la opinión que la maniobra fraudulenta

¹¹³⁷ MONTIEL, JUAN PABLO, “El *Compliance* y la fábula de los tres cerditos”, en *Enfoques Penales – CRIMINT – Revista en Letra de Derecho Penal*, enero 2019, pp. 1 a 6.

¹¹³⁸ MONTIEL, JUAN PABLO, ob. cit., p. 4.

¹¹³⁹ MONTIEL, JUAN PABLO, ob. cit., pp. 4 y 5.

de la empresa constituye una circunstancia que incrementa el injusto de la persona jurídica y, en este caso, debería recibir un tratamiento sancionatorio más severo. Así, la cualificación de la sanción en supuestos de montajes de una fachada para engañar podría reflejarse en la legislación de dos maneras diferentes: o bien reconociendo una agravante de responsabilidad penal de la persona jurídica o bien estableciendo que para esos casos únicamente quedan reservadas las sanciones más graves (v. gr. extinción de la personería jurídica)». Por último, no resulta plausible que la ley 27.401 carezca de toda referencia a la situación de las pequeñas y medianas empresas (PYME), las cuales son un importante motor de la economía argentina y difícilmente podrían absorber los mayores costos para la adopción e implementación de los programas de integridad. El art. 2° del texto que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación –aunque de modo incompleto– aludía a tales empresas al disponer que no sería aplicable la responsabilidad penal a las personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa (o aquella que la reemplace) por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes en contratos asociativos, de agencia, concesión, o fideicomiso en los términos de los capítulos XVI, XVII, XVIII y XXX del título IV, de libro tercero del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 41.1. del Anteproyecto de 2018 elaborado por la comisión de reformas designada por el decreto n° 103/17 del P.E.N. dispone: «*Las penas aplicables a las personas jurídicas, así como su graduación, se determinarán teniendo en cuenta: ...5°) El tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica*»¹¹⁴⁰.

Nos parece preferible el texto del art. 41 bis del anteproyecto alternativo de FERNANDO CÓRDOBA y PATRICIA ZIFFER¹¹⁴¹ (miembros de la referida comisión de reformas), que expresa: «*Para regular la cuantía y naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas, el tribunal deberá atenderse a los siguientes criterios: ...Si la persona jurídica fuere una de las contempladas en la ley n° 25.300 de Fomento para la Pequeña y Mediana Empresa o aquella que la reemplace, y las personas físicas que cometieron el delito hubieren sido penadas, el tribunal podrá prescindir de aplicar sanciones a la entidad siempre que se realicen las acciones necesarias para reparar el daño causado, se proceda a las restituciones que correspondan y se decomisen las cosas o los bienes que hayan servido de instrumento o medio en la comisión del hecho y de los que constituyan el producto, el provecho o la ganancia, directos o indirectos, del delito*».

Es que, como expresa atinadamente CESANO¹¹⁴² «por regla, las PyMEs se caracterizan por manejarse con cierta informalidad y sus capacidades de administración se encuentran limitadas. Laura Lavia ha señalado, al respecto, que “la implantación y desarrollo de una cultura de cumplimiento es mucho más difícil para las PyMEs que para las grandes empresas, dado que no tienen

¹¹⁴⁰ Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp. 40 y 41.

¹¹⁴¹ “Anexo de notas”, en Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp. 188 y 189.

¹¹⁴² CESANO, JOSÉ DANIEL, *La responsabilidad penal de las personas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales de la ley 27.401*, p. 5.

personal capacitado y cuentan con fondos limitados para contratar especialistas o profesionales que los asistan en estos procesos. Por otra parte, las normas que establecen el cumplimiento de requisitos u obligaciones son de compleja interpretación y, adicionalmente, muchos reguladores imponen exigencias formales que encarecen y hacen engorroso el cumplimiento”¹¹⁴³. En tal sentido, no puede perderse de vista que las PyMEs son empresas pequeñas, con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo y organización burocrática simple¹¹⁴⁴. Esto, necesariamente, debe ser atendido; sobre todo frente a las exigencias que representan los programas de cumplimiento que diseña la propia ley que analizamos».

Adherimos a lo expresado en las disidencias de FERNANDO CÓRDOBA y PATRICIA ZIFFER¹¹⁴⁵ que para poder conciliar el interés en la aplicación de la sanción al ente corporativo con la necesidad de preservar fuentes de trabajo, la actividad empresarial y la seguridad jurídica en una materia novedosa respecto de la cual carecemos de precedentes propios «...una regulación de esta naturaleza debía fijar, ya a nivel legal [no mediante una cuestionable delegación a favor de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, según lo dispone el art. 1° del decreto 277/2018, reglamentario de la ley 27.401, decimos nosotros], a favor algunos contenidos mínimos para los programas de *compliance*, que aseguren una cierta uniformidad pero dejando que sean luego las reglamentaciones administrativas y técnicas las que definan los detalles. Y también se incluyó la exigencia expresa de que esos programas hubiesen sido implementados con eficacia antes de la comisión del delito».

4. CONCLUSIONES PROVISORIAS

Podemos arribar a las siguientes conclusiones provisorias respecto del texto de la flamante ley 27.401:

a) El aludido texto legal es un producto precipitado pero no resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que culminó con la sanción de una ley complementaria del Código Penal que tuvo el propósito de introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encontraba trabajando desde varios meses atrás la Comisión designada por el decreto n° 103/2017 del P.E., integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le había fijado el plazo de un año desde que quedó formalmente

¹¹⁴³ LAVIA, LAURA, “Desafíos en materia de **compliance**: Diseño e implementación de un programa de **compliance** eficaz”, en Francisco Castex (Director) – Andrés M. Dubinski – Sebastián Martínez (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Buenos Aires, Ad – Hoc, 2018, p. 180.

¹¹⁴⁴ Cfr. RASPALL, MIGUEL ÁNGEL – RASPALL, MARÍA LAURA – RUBIOLO, MIGUEL RUBÉN, *Transferencia de empresas*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 26.

¹¹⁴⁵ CÓRDOBA, FERNANDO – ZIFFER, PATRICIA S., disidencias, *Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina – 2018*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp. 171 y 172.

constituida, para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que -según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017¹¹⁴⁶- había consensuado la necesidad de la recodificación mediante la incorporación al Código Penal de las normas de contenido punitivo dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales. Finalmente, el proyecto elaborado por esa comisión fue elevado por el Poder Ejecutivo al Senado de la Nación en el mes de marzo del corriente año.

b) La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso de la ley 27.401, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (B.O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...”. En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: «...Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ...-de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...». Concluyó diciendo que ello es «lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional».

c) Concuero con la opinión de JAVIER AUGUSTO DE LUCA en su ponencia¹¹⁴⁷ presentada en el evento científico que tuvo lugar en Córdoba durante el mes de septiembre de 2017, cuando expresó: «La situación de control mundial es aceptada por los representantes políticos y gobernantes sin tamices y así se genera un incremento de la normativa en un sinfín de actividades económicas y financieras. El resultado es que los Estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales».

d) A pesar de los razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de las

¹¹⁴⁶ En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

¹¹⁴⁷ *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ya citada.

personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos.

e) El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal¹¹⁴⁸. Por nuestra parte, creemos que sería preferible pensar que -en realidad- se trata de un “*modelo vicarial*” de transferencia de responsabilidad, según el cual el comportamiento del agente individual -actuando dentro del marco de sus funciones en provecho de la empresa- se imputa a ésta sin posibilidad que pueda alegar que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción.

f) Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica y se le imponga una sanción por el hecho individualmente cometido -en el marco de la organización del ente corporativo y en beneficio de éste- por las personas físicas que como órganos suyos la administran y adoptan decisiones, tal circunstancia no debería impedir la punición de estas últimas -pese a que puedan no estar identificadas- toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma y podría ser acumulada.

g) Por ello -en consonancia con el texto del art. 37 del proyecto de Código Penal elevado por el Poder Ejecutivo al Senado en marzo de este año, elaborado por los miembros de la Comisión de Reforma Penal designada en el año 2017 - postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

h) De tal modo, junto a la previsión de dicha cláusula y la adopción de criterios de imputación de responsabilidad penal individual de los directivos de las personas colectivas fundada en la omisión impropia por su posición de garante, se podría evitar la “organizada irresponsabilidad” a la que aludía TIEDEMANN, la cual genera importantes espacios de impunidad en materia de *criminalidad de la empresa* y de corrupción pública y privada. Para ello es importante establecer cuál ha sido la contribución de cada una de esas personas físicas intervinientes en el delito y el posible incumplimiento de sus deberes específicos, porque el solo hecho de ocupar un cargo de jerarquía en la estructura empresarial no significa que, automáticamente, se le deba atribuir responsabilidad penal; de lo contrario, podríamos acercarnos a un Derecho Penal de autor, en contraposición al Derecho Penal de hecho, propio del Estado constitucional de Derecho.

j) En la hipótesis que las personas físicas que administran la empresa organizada bajo la forma de una persona de existencia ideal, con anterioridad al

¹¹⁴⁸ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ponencia citada.

hecho del proceso hubiesen implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, no resulta plausible que –si concurren simultáneamente las otras circunstancias exigidas por el art. 9 de dicho texto legal- la empresa pueda verse beneficiada con la exención de pena. Lo apropiado sería que tales comportamientos –debida y eficazmente controlados judicialmente- deberían valorarse positivamente para la atenuación de las sanciones aplicables a los entes corporativos.

k) Debería establecerse legalmente que si la persona jurídica fuera una de las contempladas en la ley n° 25.300 de fomento para la pequeña y mediana empresa y las personas físicas que cometieron el delito hubieran sido penadas, el tribunal tenga la facultad de no imponer sanciones a la entidad, a condición de que previamente se haya reparado el daño causado y se decomisen los bienes que hayan servido de instrumento del delito o constituyan efectos del mismo, sin exigirles a las PyMEs la implementación de “programas de integridad”.

Todo ello permitiría evitar que algunos titulares de grandes empresas del “capitalismo prebendarlo”, también llamado “patria contratista” -al ser imputados por asociación ilícita, cohecho, defraudación en perjuicio de una administración pública y otros delitos cometidos en hechos de corrupción funcional mediante cartelización y sobrepuestos en la obra pública o aprovechando indebidamente subsidios estatales a concesionarios de transporte, peajes u otros servicios públicos- no sólo puedan acogerse a la ley 27.304 en calidad de lo que eufemísticamente se denomina “arrepentidos” o “imputados colaboradores”, cuando en realidad se trata de “delatores premiados” con una importante reducción de la escala penal que les correspondería (art. 41 ter C.P.), sino que además, logren la exención de sanciones a la persona jurídica que dirigen, con el cumplimiento de los requisitos del art. 9 de la ley 27.401, entre ellos, la implementación de “programas de integridad”, con contenidos mínimos exigidos por la ley y sus detalles especificados por reglamentaciones administrativas y técnicas, que hubiesen sido implementados con eficacia con anterioridad a la comisión del delito. Además, es un imperativo de justicia que sean obligados a reparar el daño causado.

l) En coincidencia con la opinión de MONTIEL¹¹⁴⁹, deberíamos repensar las políticas públicas respecto al diseño de los marcos legales de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no sólo fortalecer las estrategias de *enforcement*. Sin lugar a dudas, una de las principales fallas que se observa en los sistemas actuales de lucha contra la corrupción corporativa está en la escasa persecución penal y las pocas sentencias que todavía existen, al igual que en los escasos controles estatales respecto a la existencia de programas de integridad en la empresa. Sin embargo, ello no debe hacernos perder de vista que todavía necesitamos seguir ajustando las “clavijas” del sistema sancionatorio de las empresas por hechos de corrupción.

¹¹⁴⁹ MONTIEL, JUAN PABLO, “El *Compliance* y la fábula de los tres cerditos”, p. 6.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PROGRAMA DE INTEGRIDAD O *COMPLIANCE*

Enrique Nicolás Baronetto.

Sumario

Introducción. 1. Responsabilidad de la persona jurídica, criterio sui generis de autorregulación. 2. Concepto y caracteres del Criminal Compliance. 3. Programa de cumplimiento legal en la empresa. 4. Objetivos del criminal compliance. 5. Contenido del Compliance. 6. Etapas en los programas de cumplimiento normativo. 7. El oficial de cumplimiento. Reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

Con el dictado de la ley 27.401 ha quedado zanjada la discusión sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica. El 8 de noviembre de 2017, el Congreso Nacional convirtió en ley el "Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por Delitos contra la Administración Pública y por Cohecho Transnacional".

Lo novedoso de esta norma es una suerte de traspaso de la potestad Estatal hacia entes jurídicos para regular la actividad de la empresa-persona jurídica, de forma autónoma posibilitando el dictado de un conjunto de normas no penales y herramientas de prevención, control y sanción (*compliance program*).

Las discusiones actuales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas versan en torno a la teoría analítica del delito, y al cambio de paradigma en los delitos económicos, donde se agrega el nuevo sujeto de imputación en sentido formal, la persona jurídica.

Así, en cuanto a la atribución de responsabilidad, se desarrolla un doble sistema de imputación: en primer lugar el ya conocido sistema relacionado a la persona física: atribución de responsabilidad tradicional por medio de la teoría del delito. Y en segundo lugar, sobre la persona jurídica: en forma independiente del órgano de administración, mediante criterios diferentes de atribución de responsabilidad: 1) Responsabilidad vicarial: (imputación objetiva, por ejemplo art. 13 del Régimen Penal Tributario -Ley 27430, art. 279-) en el cual se transfiere la responsabilidad de la persona física a la jurídica, por el hecho del otro. Se imputa a la corporación el injusto y la culpabilidad del agente o representante. 2) Culpa in vigilando o por defecto de organización (infracción de deber

especial de cuidado, art. 44, Ley 23737): aquí es el órgano quien debe cumplir con deberes de vigilancia de acuerdo a su posición de garantía. Y para que aquellos puedan confiar en los inferiores jerárquicos (operando así un principio de confianza vertical) es que se deben llevar adelante programas de integridad o *compliance programs* como control de riesgos (a través del *Chief Compliance Officer*).

Esta última forma es a la que se hace referencia en los arts. 22 y ss. de la citada norma. Sin embargo no resultan claras y completas las disposiciones, por ello se considera esencial delimitar los caracteres esenciales y contenido del programa de integridad - *compliance*, en lo que respecta a la faz penal, ya que como se verá el término es también aplicable en cuestiones genéricas relacionadas a las buenas prácticas empresarias.

Cabe resaltar que los programas de *compliance* no se limitan a sólo medidas de vigilancia, sino también a la adopción de medidas positivas de formación de fidelidad al derecho (en una relación género-especie). De esto surge como consecuencia que la no adopción de estos programas, o su no actualización conllevan a la infracción del deber de vigilancia que sirve de fundamento de imputación, como fuera referido previamente. Por su parte, la implementación de adecuados programas da lugar al principio de confianza vertical. Un ejemplo del contenido de un programa nos lo acerca Ignacio Pascual quien indica que puede estar formado, no taxativamente, por: "a) código de ética; b) protocolos de procedimientos; c) análisis de riesgos; d) canales internos de denuncias y protección de testigos; e) capacitaciones; f) auditoría interna y externa; g) póliza de seguro".¹¹⁵⁰

En lugar del control retrospectivo de las conductas individuales, como sucede en el Derecho penal clásico, hoy se trata cada vez más del control de las disfunciones sociales. Esto implica al menos el referido cambio de paradigma, que surge como necesidad ante el cambio de criterios sobre la criminalidad, donde toman mayor relevancia modelos orientados a la conducta colectiva, y donde toman mayor auge temas como la criminalidad económica, el lavado de dinero y la protección penal del medio ambiente. Por la complejidad de las conductas delictivas derivadas de estos temas, aparece importante delimitar el contenido de los programas de cumplimiento normativo desarrollados en el seno de las personas jurídicas que en la actualidad asumen importantes roles en la economía y desarrollo de la sociedad en su conjunto.

1. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA, CRITERIO SUI GENERIS DE AUTORREGULACIÓN.

Indica Nieto Martín que la responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca dentro de un nuevo pacto entre el Estado y el poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de

¹¹⁵⁰ PASCUAL, Juan Ignacio; *Responsabilidad de las personas jurídicas*, Cita online: RC D 915/2018

determinados fines públicos¹¹⁵¹. Según Pascual, se adopta un **criterio de imputación sui generis** por no constituir en puridad un sistema vicarial o uno por defectos de organización¹¹⁵². Ello se puede advertir ya que, de una parte, la redacción del art. 2 de la norma referida establece un criterio que recorta la responsabilidad objetiva, resguardando a la vez el principio de culpabilidad, al exigir en esa asignación de demérito, que los delitos hubieran sido realizados directa o indirectamente -autoría material o dominio por otro/comisión por omisión- con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.¹¹⁵³

La palabra **intervención** es sustancial a los efectos de la culpabilidad. Esto es responsabilidad por las consecuencias, que implica un criterio de imputación que tiene como fundamento la intervención en el delito como sinalagma de ejercicio y expresión de sentido de auto organización y ejercicio de libertad defectuosa y, responsabilidad por las consecuencias. Esta intervención puede darse, de acuerdo el delito sea especial o especial propio, circunstancia que podrá resolverse de acuerdo a las reglas del actuar en lugar del otro¹¹⁵⁴.

Afirma el mismo autor que también en el art. 6 de la Ley, al referir a la independencia de las acciones, se prevé la posibilidad de que la persona jurídica sea condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. En este caso si bien no se verifica una intervención de la persona jurídica, la omisión en la adecuación de sus conductas, si se quiere preventiva para evitar o disuadir la comisión de delitos, puede operar como comisión por omisión, y el fundamento del conocimiento puede establecerse a partir de la doctrina de la ignorancia deliberada -que en su caso podría verificar el dolo eventual o el dolo directo-, con su origen en la doctrina angloamericana de la *willfulblindness*, según la cual la ignorancia buscada merece el mismo tratamiento que el conocimiento actual. Indica Pascual que la nueva redacción que vino a poner fin con la discusión dogmática abordada, no se traduce en una vulneración al principio de culpabilidad, por cuanto no se trata, entiendo, de una responsabilidad vicarial en el sentido puro objetivo, pues bien exige intervención de la persona jurídica para así poder fundamentar responsabilidad: ya sea, una intervención delictiva en comisión que la beneficie, o por medio de una comisión por omisión por no prever los mecanismos necesarios que eviten la producción de una conducta prohibida. Este segundo fundamento se sostiene, si consideramos a los delitos que comete como delitos de infracción de deber, y ese deber que a las personas

¹¹⁵¹ ADÁN Nieto Martín "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal", en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Vol. 2008-A, pág. 127, citado por Pascual, Juan Op. Cit.

¹¹⁵² Indica Pascual que: Originalmente el proyecto enviado al Congreso preveía este sistema de imputación, pero en oportunidad de tratamiento en la Cámara de Diputados, se consideró que permitir la eximición de responsabilidad por el solo hecho de contar con un Programa de Integridad adecuado era equivalente a la irresponsabilidad de la persona jurídica.

¹¹⁵³ PASCUAL, Juan Op. Cit.

¹¹⁵⁴ PASCUAL, Juan; Op. Cit.

jurídicas se le reclama, se completa con las expectativas que las normas extrapenales le imponen (*compliance programs*).¹¹⁵⁵

Por otra parte, aparece como un sistema de atribución de responsabilidad sui generis, al que podemos denominar de auto responsabilidad, ya que tampoco es un sistema puro de defectos de organización, por cuanto el cumplimiento de los programas de integridad no la exime de responsabilidad, pero si, tal vez, la exime de pena. Específicamente el art. 9 de la Ley referida, establece que "*quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa*" -no penal- cuando se cumplan simultáneamente determinadas condiciones. Y antes, el art. 8 de la misma ley refiere que como criterio de graduación de pena el sentenciante debe tener en cuenta la omisión de vigilancia de las reglas de procedimiento. En este punto el grado de reprochabilidad a la persona jurídica va a estar dada de acuerdo a como se manifieste su culpabilidad: esto es, si se organizaron ex ante con programas de integridad adecuados y si denunciaron ex post el momento en que verifican que esos programas fallaron y se cometió un riesgo prohibido.¹¹⁵⁶

Esta solución denominada sui generis, brinda una solución favorable al planteo de la falta de culpabilidad de las personas de existencia ideal, al contrario de lo que implicaría adoptar un criterio de atribución de responsabilidad vicarial en puridad (desde la nota de Vélez Sarsfield en el CCCN hasta el fallo en disidencia de Zaffaroni en *Fly Machine*¹¹⁵⁷) de una parte, y de la otra, resguarda la irresponsabilidad de las persona jurídica, que tal vez, conllevaría la adopción de un sistema de atribución en donde la simple verificación normativa de los programas de integridad, operen como eximentes de responsabilidad penal.¹¹⁵⁸ Afirma Díaz Gómez que en un modelo de imputación basado en la auténtica culpabilidad de la persona jurídica, en su autorresponsabilidad, la autorregulación es cardinal...¹¹⁵⁹

2. CONCEPTO Y CARACTERES DEL CRIMINAL COMPLIANCE.

El término *compliance*, en el derecho anglosajón, implica que una determinada actividad se desarrolla dentro del marco de las normas jurídicas que la regulan interpretativamente, se trataría de "realizar lo que es jurídicamente debido". Aquí, y usando el sentido común, "*to comply whit*" nos indica que es el cumplimiento debido a la norma, de cualquier clase, no sólo penal.

Sin embargo, en materia penal el *compliance* se presenta como algo mucho más complejo que la mera exigencia de adecuarse a la ley o de observar la legalidad, dice Arocena que "es más bien, una estrategia mucho más compleja de prevención de las conductas desviadas dentro de las corporaciones, que toma en consideración las particularidades de las dinámicas de grupos y de la

¹¹⁵⁵ PASCUAL, Juan; Op. Cit.

¹¹⁵⁶ PASCUAL, Juan; Op. Cit.

¹¹⁵⁷ CSJN, F. 572. XL, "*Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario*"

¹¹⁵⁸ PASCUAL, Juan; Op. Cit.

¹¹⁵⁹ DÍAZ GÓMEZ, A.; "El modelo de responsabilidad de las personas jurídicas tras la LO 5/10", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-08 2011, disponible online: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-08.pdf> (acceso: 15 de junio de 2017)., p 24.

gestación de las conductas delictivas”¹¹⁶⁰. Indica el autor que “el *criminal compliance* consiste en el establecimiento, por parte de las personas jurídicas (empresas), de mecanismos internos orientados a prevenir que determinadas personas físicas que ocupan puestos de relevancia dentro de ellas, en su afán de alcanzar objetivos, por ejemplo, cometan un delito en beneficio de la empresa. En principio, el Estado no exige una regulación de este tipo, dejándolo a la discreción de sus directivos, quienes son responsables de los riesgos no cubiertos derivados de la actividad empresarial. No obstante, en algunos sectores el Estado interviene previendo la forma del *compliance* y su regulación por la persona jurídica (v. gr., lavado de activos, smurfing)”¹¹⁶¹. Implica una herramienta que le permite a las empresas protegerse frente a la eventualidad de que puedan ser objeto de una sanción penal.

En el derecho penal es obligación de la persona jurídica establecer mecanismos internos para evitar que sus dependientes cometan delitos penales. Indica el Arocena, que la expresión se emplea para designar la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que ciertas y delimitadas personas físicas relacionadas a ella cometan un delito en beneficio de la misma. Cita a Silva Sánchez, quien afirma que el vocablo *compliance* significa - en buena medida-, auto vigilancia (Selbstüberwachung).¹¹⁶²

La característica esencial es la **autorregulación**, pudiendo en el caso concreto asumir múltiples formas ya que no existe un modelo único, que dependerá de la cantidad de empleados, la comunidad en la que se inserta la persona jurídica, ubicación geográfica, entre otros. Ésta auto vigilancia se implementa mediante un programa, que debe dirigirse e instalar la idea que los negocios buenos son importantes pero no de cualquier manera. Y debe lograr que los dilemas éticos sean discutidos y a su vez, que la discusión no se centre en la simplificación entre cosas buenas o malas, sino cosas buenas que pueden incluir cosas malas, allí se estará ante un dilema a resolver según protocolos establecidos por el *compliance program*; de lo contrario probablemente se incurra en actividades ilícitas. Se debe efectuar un diagnóstico previo, entrevistas para entender el clima ético de la persona jurídica. Efectuar luego un Análisis de riesgos que permitan ver el rol del funcionamiento público y elaborar un plan de *compliance* propio, no copiar el del vecino, ya que probablemente no se adecúe perfectamente.

Resulta novedoso el traslado de ciertas funciones de prevención que tradicionalmente había asumido monopólicamente el Estado hacia asociaciones, confiando en que éstas disponen no sólo de mayores posibilidades estratégicas y operacionales que los individuos, sino que además de esta manera son capaces de controlar las fuentes de los riesgos de punibilidad¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ AROCENA, Gustavo; *Acerca del denominado “criminal compliance”*, disponible online en <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320/23300> [consultado 3/08/2019]

¹¹⁶¹ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶² AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶³ Montiel, J. P. (2017): “Cuestiones teóricas fundamentales del criminal compliance”, en *En Letra*, año IV, número 7, p 28. Citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit. P.

Esta autorregulación se da por intermedio del establecimiento de normas internas de prevención de delitos en la empresa. El Estado ha entrado en crisis en sus funciones básicas de control, por ello el propio sector privado viene a ocupar parte de sus obligaciones originarias. Entonces, partiendo desde la eficiencia es que se designa como agente co-responsable de la prevención, normalmente reservada al Estado. Se da una relación novedosa, por una parte, el Estado designa como co-responsable a la empresa, quien posee los medios y está en mejor posición de prevenir e investigar (y probar) delitos complejos generalmente de orden económico. Por el otro, la empresa evita, prestando esta colaboración de auto regulación, ser pasible en cierta medida de sanciones penales por hechos cometidos por sus dependientes o directivos.¹¹⁶⁴

Afirma Arocena que “los programas de *compliance* deben ser idóneos para impedir delitos y para ello es necesario gestionar eficientemente los riesgos jurídico-penales”. Y esto se logra, dice el autor, mediante la elaboración de un mapa de riesgos¹¹⁶⁵. Este último no es otra cosa que un análisis de las posibles situaciones que derivan de los procesos concretos que lleva adelante la persona jurídica, elaborando para ello luego un protocolo de actuación.

El resultado de una correcta aplicación del instituto posibilita que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal, y de verificarse responsabilidad penal, es probable una atenuación de ésta si antes del delito se habían adoptado todas las medidas preventivas que razonablemente se presentan como las indicadas para evitar la comisión del hecho delictivo¹¹⁶⁶.

3. PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO LEGAL EN LA EMPRESA

Indica Arocena que el deber de impedir la elevación del riesgo por encima de lo tolerado o la expansión de los peligros permitidos puede ser transferida al sector privado, requiriéndoles a las empresas la satisfacción de determinados comportamientos, dentro de ciertas reglas regulatorias, y al instante de desarrollar comportamientos peligrosos o que podrían generar o aumentar un riesgo. Para ello se efectúa un programa de cumplimiento legal.

Con esta denominación se aborda otro de los sentidos que se da al término *compliance*. En este caso concreto se alude al documento mismo en el que se materializa ese programa normativo (denominado en la empresa: *corporate compliance program*).

Es el documento interno que las empresas implementan para cumplir con la normativa vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que puedan producirse dentro de las mismas o como parte de las actividades que éstas realizan¹¹⁶⁷. El programa se concreta en protocolos específicos diseñados a fin y efecto de mitigar o expulsar las conductas delictivas.

¹¹⁶⁴ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶⁵ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶⁶ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶⁷ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

En el orden jurídico penal se observa la que la incidencia de haber asumido un programa de *compliance* se da, primordialmente, en la parte negativa de la teoría analítica del delito, esto es, la irresponsabilidad criminal.

El incentivo respecto de su aplicación, es la evitación de sanciones, esforzándose las empresas en reforzar su *compliance*, aun cuando ello implique gastos considerables¹¹⁶⁸

4. OBJETIVOS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Existen dos claros objetivos en relación a los programas de cumplimiento normativo.

El Primero consiste en evitar la realización de conductas infractoras de la ley. En este marco se busca es impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y también aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa. Indica Arocena que se busca una actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa. Esto se logra mediante la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes¹¹⁶⁹

La posibilidad de un cambio moral a través del *compliance* es una idea rebuscada, aunque a largo pueda lograrse los objetivos, pero por otros motivos. Principalmente, evitar la responsabilidad penal, contravencional o de otro tinte para la empresa o sus directivos. En ese sentido, se aconseja la creación de códigos de buen gobierno de la empresa. La importancia no es la dimensión ab intra (orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa) sino la ab extra (orientada a los resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa¹¹⁷⁰

El programa de cumplimiento de la ley constituye, cuando por las características de la empresa, un deber jurídico penalmente reforzado dirigido a personas físicas. El principio de desconfianza rige las relaciones verticales en la empresa. La aplicación del *compliance program* da vuelta la regla, pasando a regir el principio de confianza, salvo revocación expresa.¹¹⁷¹ Afirma Arocena que el *criminal compliance program* se presenta como un plan de ejecución cuyo Norte es satisfacer los requisitos legales internos y externos relacionados a las regulaciones contravencionales y penales de un cumplir con la normativa penal

¹¹⁶⁸ KUHLEN, L.: "Compliance y Derecho penal en Alemania", en AA.VV., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Santiago Mir Puig - Mirentxu Corcoy Bidasolo - Víctor Gómez Martín (directores), Buenos Aires, Edisofer - B de f., 2014, p 101 y ss. citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁶⁹ GARCÍA CAVERO, P.: "Compliance y lavado de activos", en *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (C.I.I.D.P.E.)*, (2015) disponible online: <http://www.ciidpe.com.ar/?p=537> (acceso: 15 de junio de 2017) citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013): "Deberes de vigilancia y compliance empresarial", en AA.VV., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar Kuhlen - Juan Pablo Montiel - Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), traducción de Alberto Nanzer, Buenos Aires, p. 79, citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁷¹ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

nacional o internacional (adoptada por el Estado), previniendo incurrir en la comisión de delitos y revelar los que se hayan cometido para ponerlos en conocimiento de la autoridad competente o, en su caso, cuando se trata de regulación exclusivamente interna, imponerles la consecuencia jurídica pertinente. Ha de quedar claro que el programa de cumplimiento normativo vincula la actividad empresarial concreta de que se trate, no sólo con las disposiciones penales, sino con todo el ordenamiento jurídico, para poder así identificar en qué aspectos de la gestión empresarial hay riesgos de vulneración de alguna norma, de cualquier norma, cualquiera que sea su naturaleza.¹¹⁷²

El segundo objetivo se logra mediante la aplicación del instituto, dándose la posibilidad de pre constituir elementos de prueba de cargo a los efectos de la investigación, esclarecimiento y sanción del hecho de carácter delictuoso. Es sabida la dificultad y el enorme costo económico que conlleva la investigación y prueba de estos delitos, tanto por su complejidad, como por la necesidad de que el instructor esté especialmente calificado para lograr elementos de prueba esenciales¹¹⁷³.

5. ETAPAS EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Afirma Arocena¹¹⁷⁴ que los programas de cumplimiento normativo atraviesan distintas etapas: a) Formulación, b) Implementación, c) Asimilación por los involucrados, d) Consolidación, e) Balance de su aplicación, y f) Mejoramiento de la reglamentación.

a) indica el citado autor que el procedimiento elemental en el diseño del sistema de self control comprende todo lo relacionado con el risk assessment (determinación del riesgo), actividad mediante la cual la empresa debe evaluar los sectores de su actividad que son más proclives a generar riesgos no permitidos para la lesión de determinados bienes jurídicos o de infracciones normativas. De tal modo, el programa recepta una cantidad importante de reglas de cuidado.

b) La etapa de implementación es una de las más costosas, puesto que implica un período de instrucción de los operarios de los distintos sectores que componen la empresa. Mientras mayor cantidad de reglas que establezcan los deberes de cuidado, se reduce la indeterminación de las reglas penales.

c) La asimilación de la normativa, los cursos y actividades destinados a su conocimiento impiden la excusación en la ignorancia de la regulación extranormativa. Ante esto, la empresa ha de recurrir a dos vías, a saber: un bottom up, para recibir información “de abajo hacia arriba”, y un top down, para enviar directivas “de arriba hacia abajo”.

Agrega el autor los sistemas de whistleblowing (sopladores de silbato) son una subespecie en la organización de la información desde el plano operativo hasta la dirección empresarial. Una suerte de control “celular” de las posibles

¹¹⁷² AROCENA, Gustavo; *Op. Cit.*

¹¹⁷³ Arocena G *Op. Cit.* P.

¹¹⁷⁴ AROCENA, Gustavo; *Op. Cit.*

infracciones producidas en la entidad. Es un informante interno o delator. En la Argentina rigen preceptos que apuntan al denominado arrepentido, de reciente auge en su aplicación luego de la reforma legislativa del año 2016 al ámbito empresarial formal y las relaciones de este con el Estado. En virtud de la creciente complejidad de la empresa y la administración se torna cada vez más difícil la actividad de prevención de ilícitos en sus senos. Ante este problema un eficiente medio disuasorio podría ser en que el Estado ponga énfasis a posibles informaciones de individuos predispuestos a delatar los entuertos producidos dentro de la organización.

d) La consolidación se persigue a través de incentivos y premios para los que cumplen a fin de lograr una adhesión a los perfiles de aquéllos.

e) La normativa administrativa suele obligar además a una evaluación constante de los sistemas preventivos con el fin de detectar posibles deficiencias o nuevos riesgos. La externalización del control que garantice la independencia del órgano de supervisión ha de sustentarse en la stakeholder democracy: el *compliance* program sólo es creíble cuando es controlado por personas ajenas a la empresa que representa y de los intereses sociales que la misma pone en peligro. El control externo es el que analiza la idoneidad abstracta del programa para evitar la comisión de entuertos. La posibilidad de aplicación de la teoría negativa del delito (causas de justificación o de inculpabilidad) en relación a la persona jurídica habrá de tener en cuenta las características de la empresa, para determinar las exigencias de organización en dicho sector del tráfico jurídico, establecer los riesgos relevantes en ese espacio.

f) En lo que se refiere al mejoramiento del programa resulta una consecuencia necesaria de la política empresarial. Ante la flexibilidad de la regulación privada, no sólo pueden ágilmente cubrirse las lagunas que se observen, adelantar la prohibición para lograr menos conductas riesgosas y saturar las nuevas irregularidades que nacen del giro comercial, industrial o técnico. Ante elementos probatorios que demuestren la ineficacia del programa resulta indispensable gestionarlo y corregirlo¹¹⁷⁵.

6. EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Es quien tiene a su cargo el control del cumplimiento del programa respectivo (prevención) y la denuncia de las irregularidades que se cometan en la empresa (represión). Actualmente, uno de los puntos más discutidos del Derecho penal económico se encuentra en la responsabilidad penal del denominado *compliance officer* (responsable u oficial de cumplimiento). Puede tener acotada su responsabilidad a determinados sectores, como el de las contravenciones y delitos (*Criminal Compliance Officer*). Puede tratarse también de un departamento del cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un *chief compliance officer*.¹¹⁷⁶

El *compliance officer* es incorporado por la dirección de la persona jurídica imponiéndosele diversas obligaciones, las cuales son acordadas dentro de un

¹¹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. Op. Cit. p. 103, citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁷⁶ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

ámbito común de libre determinación. Su vital importancia obedece a la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos. Su actividad, tiene por fin impedir la responsabilidad penal. La empresa, en este sentido, puede descargarse a través de la delegación y una organización diligente.

Afirma Arocena¹¹⁷⁷ que el problema en torno a este sujeto consiste en determinar si al responsable de cumplimiento le incumbe por regla general un deber de garante jurídico penal en el contexto de la actividad de impedir delitos que surjan de la empresa por parte de sus miembros. Luego, indica el autor que, desde la teoría material de las funciones la posición de garante no se deriva de meras fuentes jurídicas, sino de la posición fáctica en que se encuentra el sujeto efectivamente (v. gr., nadie responde por haber firmado un contrato de hacerse cargo de una persona, sino quien –a pesar de no haber firmado el contrato- ha asumido esa posición en la realidad).

En efecto, se ha estimado que, en principio, no existe una posición de garante de este sujeto por los delitos que cometa la organización. Sus deberes prístinos se limitan a justipreciar los riesgos e instaurar un plan y controlar su satisfacción, a formar a los operarios y dar a conocer a la directiva de la empresa de la evolución, circunstancias y probables riesgos advertidos en el giro.¹¹⁷⁸

Cabe resaltar que si bien es independiente, desde los puntos de vista organizativos, económicos y materiales, carece de facultades ejecutivas.¹¹⁷⁹ Habrá que estar, si fuera el caso, a la descripción concreta del contrato laboral del *compliance officer* y la descripción de su puesto de trabajo contenida en tal convenio. No obstante, la delegación correctamente efectuada modifica la posición jurídica del delegante (directivo), liberándolo parcialmente de los deberes al ámbito competencial de que se trate. A contrario, indica Robles Planas que para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones propias del oficial de cumplimiento, la mayoría de la doctrina alemana llega a la conclusión de que estamos ante un supuesto de participación y, más concretamente, de complicidad de comisión por omisión. Y se fundamenta en la tradicional distinción entre posiciones de garantía basadas en una función de control de fuentes de peligro y posiciones de garantía basadas en una función de protección de un bien jurídico. Como es sabido, las primeras darían lugar a su responsabilidad a título de participación, caso de que lo impedido fuera un delito cometido por otro, mientras que las segundas darían lugar, de todo caso, a responsabilidad a título de autoría¹¹⁸⁰

7. CONCLUSIONES FINALES

¹¹⁷⁷ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁷⁸ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, R. (2015): “El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho penal”, en Robles Planas, Ricardo, Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires - Montevideo, B de f., p. 274 citado por AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

¹¹⁸⁰ ROBLES PLANAS, R. Op. Cit. P. 283 citado por Arocena G, Op. Cit.

Se llega a la conclusión de que el *compliance* es una cuestión de comportamiento, no de leyes o de implementar herramientas. Se propone la base de un cambio cultural ético y un constante sistema de capacitación. Se establece un sistema que no para nunca, porque si lo hace se relajan los controles y reanudan comportamientos indebidos.

Sin lugar a dudas, es un verdadero cambio de paradigma en la gestión de ciertos conflictos sociales “En lugar del control retrospectivo de las conductas individuales, como sucede en el Derecho penal clásico, se trata cada vez más del control de las disfunciones sociales. Los temas actuales de la política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente¹¹⁸¹. Estos ámbitos están básicamente impregnados de modelos de conducta colectiva, siendo las empresas, en tanto elementos propios de la sociedad industrial moderna, los agentes del desarrollo social.

Sin embargo cabe destacar que es tan importante el camino a recorrer como la meta. El *compliance* es una estrategia primaria de disuasión de la criminalidad, lo hace valiéndose de recursos normativos de muy diversa naturaleza: jurídico penales, jurídico no-penales y de otra especie, como los estándares de calidad. Estos instrumentos, en resumidas cuentas, procuran obstaculizar la posible comisión de hechos delictuosos (prevención) y descubrir, investigar y esclarecer los que se puedan haber cometido (para su represión).

Por último se entiende como esencial la tarea del oficial de cumplimiento, como persona encargada de desarrollar y controlar la ejecución del programa. Su rol fundamental sin embargo acarrea ciertas responsabilidades y habrá que estar al caso concreto al momento de dilucidar la responsabilidad penal del mismo.

¹¹⁸¹ AROCENA, Gustavo; Op. Cit.

"RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS"

Martín Tores

Sumario

I- Introducción. II- Formas de atribución de responsabilidad penal a los directivos de las empresas por los hechos cometidos por los dependientes. 1- Atribución de responsabilidad por acción. 2- Atribución de responsabilidad por comisión por omisión. A- Posición de garante. B- Posibilidad material de evitar el daño. C- Nexo de causalidad. III- Conclusiones. IV- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos cometidos desde la empresa generan grandes dificultades para desentrañar quién debe responder penalmente por ellos. Tradicionalmente, se buscó atribuir responsabilidad a aquella persona que ejecuta materialmente el hecho delictivo. Este método puede ser útil para delitos comunes como un homicidio, mas no para la delincuencia empresarial. Por ello, estas formas tradicionales de imputación no logran satisfacer las exigencias político criminales actuales, dado que la sola imputación al empleado, aunque ejecute materialmente el hecho, genera cierta sensación de impunidad. Así, la doctrina ha trabajado en buscar mecanismos de atribución a los directivos de las empresas con el objeto de evitar los vacíos de impunidad, debido a que se entiende que, aun cuando puedan no ejecutar el verbo típico del tipo penal, deben ser igualmente responsables debido a que planifican, organizan, deciden y acopian la información en la empresa.

Estos problemas de atribución de responsabilidad se deben, principalmente, a lo dificultoso que es determinar quién debe responder por el hecho delictivo. Ello, debido a que las empresas son "estructuras organizadas en las que, en el plano horizontal, rige en mayor o menor medida el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior".¹¹⁸² Así, estas estructuras suelen descentralizarse en áreas cada vez más especializadas.

¹¹⁸² JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ - RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ (colab.). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Euros Editores. 2016. p.94.

Todo esto genera la posibilidad de que se pueda diluir la responsabilidad penal en la estructura, ya que es sumamente dificultoso encontrar al responsable.

Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema sumamente actual, no será objeto de análisis. Solo me limitaré a desarrollar la responsabilidad de los directivos. En ese contexto, primeramente, buscaré presentar las distintas formas por las que se puede atribuir responsabilidad penal a los directivos de las empresas por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados. En segundo lugar, debido a que, por las razones que oportunamente se expondrán, la forma de atribución más adecuada sería la comisión por omisión, explicaré cuales son los requisitos que deben cumplirse para que el directivo responda penalmente por no evitar el hecho ilícito del empleado. Para realizar esto, asumiré que en el derecho penal argentino la falta de regulación específica de una cláusula general que reglamente la comisión por omisión, no vulnera el principio de legalidad. Así también, daré por asumido que las empresas son fuente de riesgo y que los delitos omisivos son igual de graves que los delitos comisivos.

Por último, debo advertir al lector que se utilizarán las denominaciones: administrador, directivo y jerárquico como sinónimos. Ello debido a que, en la actualidad, es común que, en las empresas, haya, por un lado, personas que solo aporten el capital para su funcionamiento –socios–, y por otro, personas que dirigen y toman decisiones en la empresa. En este trabajo, se hará referencia únicamente a estos últimos.

II) FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS POR LOS HECHOS DE LOS DEPENDIENTES

En la actividad diaria llevada a cabo por una empresa, puede suceder que los empleados cometan delitos que afectan bienes jurídicos. Es sumamente dificultoso atribuir responsabilidad a los directivos de las empresas por los delitos cometidos por los subordinados, pues, generalmente, quien ejecuta la acción típica es el empleado. En ese contexto, existen dos formas de atribución de responsabilidad a los directivos de las empresas por los hechos cometidos por los subordinados: por acción o por omisión. El supuesto activo puede subdividirse en tres: por autoría mediata, por instigación y por coautoría. A su vez, el supuesto omisivo, se realiza a través de comisión por omisión.

II. 1. Atribución de responsabilidad por acción

El supuesto de autoría mediata “requiere un déficit de responsabilidad del autor inmediato que permita afirmar que este actuó en manos o como instrumento del autor mediato”,¹¹⁸³ y puede darse cuando el autor inmediato

¹¹⁸³ ENRIQUE BACIGALUPO. *Compliance y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi. 2012. p. 55.

haya obrado a) sin capacidad de culpabilidad (inimputables), b) con error de prohibición invencible o c) coaccionado para ejecutar el delito.¹¹⁸⁴

En el ámbito de la empresa, podría darse que el directivo ordene hacer algo al empleado, y este, creyendo que es algo lícito, cometa un delito incurso en error, o que el directivo ejerza su poder de mando y de alguna manera coaccione al empleado para que delinca. No obstante, estos supuestos son excepcionales, ya que, en la mayoría de los casos, son plenamente responsables los empleados que cometen un delito en la ejecución de órdenes de los directivos, por lo que no se configuran los presupuestos de la autoría mediata.¹¹⁸⁵

Cierto es que parte de la doctrina ha tratado de justificar que el directivo pueda responder penalmente aun cuando el subordinado que ejecutó la orden sea autoresponsable. Para ello, se recurrió al supuesto de autoría mediata mediante las teorías del dominio de la voluntad a través de un aparato de poder y del autor detrás del autor. Estas teorías, entiendo, no pueden ser aplicadas en el ámbito empresarial, pues, generalmente, los empleados no están dispuestos a cometer ilícitos, por lo que, si uno de ellos se niega, es difícil encontrar otro que quiera hacerlo que lo reemplace. Así, estos no suelen ser fungibles.

El supuesto de coautoría puede darse cuando, los directivos y empleados, se asocian para cometer delitos. Suele suceder que, de común acuerdo, estos decidan montar una estructura empresarial para delinquir o en el marco de una ya preexistente, decidan aprovechar su solvencia o imagen con fines ilícitos. Así, los directivos y empleados asumen distintos roles dentro de una organización criminal. Esto los convierte a todos en coautores responsables.

Otro de los supuestos de atribución de responsabilidad al directivo por acción, puede ser el de instigación: cuando el empresario determina al empleado a delinquir, principalmente por la posición de dominio que tiene sobre este. Si bien este caso es sumamente raro en el ámbito empresarial, pues los empresarios actúan, generalmente, con fines lícitos, puede darse algún supuesto en el que el directivo se aproveche de su poder sobre el empleado y lo instigue a delinquir en su beneficio.

II. 2. Atribución de responsabilidad por comisión por omisión

A los directivos se les puede atribuir responsabilidad por comisión por omisión. Atento a las dificultades que presentan las formas de atribución a través de acción, la doctrina mayoritaria, a la cual adhiero, se inclina considerablemente por este supuesto.¹¹⁸⁶ Lo general en el ámbito empresarial, es que los delitos sean cometidos materialmente por los empleados. Ello debido a que los directivos, que se encuentran en posición de garante, no evitaron que ello sucediera. Así, no solo el empleado responde penalmente –por comisión–, sino también, el directivo que no evitó que el empleado lo hiciera –por omisión–.

¹¹⁸⁴ BACIGALUPO. *Compliance y derecho penal...* (cit.). p 56.

¹¹⁸⁵ BACIGALUPO. *Compliance y derecho penal...* (cit.). p. 56.

¹¹⁸⁶ “En el ámbito de la criminalidad de la empresa, la estructura de la comisión por omisión se revela como un medio especialmente apto para superar las dificultades que, con frecuencia, ofrece la imputación de un delito de comisión activa.” (SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* [cit.] p. 117).

Acudir a la comisión por omisión trae beneficios procesales, pues, muchas veces, es muy difícil demostrar, probatoriamente, que el directivo haya tenido intervención por acción en el delito cometido por el empleado. “En cambio, sí se podrá acreditar más fácilmente que el hecho delictivo realizado por un inferior jerárquico tuvo lugar en la esfera de competencia del superior (administrador, alto directivo), quien, pudiendo, no lo evitó”.¹¹⁸⁷

Atribuir responsabilidad a los directivos de las empresas por comisión por omisión, es sumamente plausible. En el ámbito empresarial, tal como se dijo, por lo general, los delitos son cometidos materialmente por los empleados. Estos pueden ser responsables penalmente por lo que hicieron; y los superiores jerárquicos, en cuanto sean garantes de evitar un resultado lesivo, también deben responder por no evitarlo pudiendo hacerlo. Lograr esto, requiere de una construcción dogmática bastante difícil. En la Argentina no se encuentran legislados este tipo de delitos omisivos. Por ello, intentaré desarrollar los requisitos que, en general, la doctrina entiende que deben cumplirse para que un empresario deba responder penalmente en comisión por omisión.

La doctrina minoritaria argentina, entre los que se encuentra Zaffaroni, entiende que no se puede recurrir a la comisión por omisión debido a que su falta de regulación en el CP vulnera el principio de legalidad. Al respecto, adhiero a la doctrina mayoritaria en cuanto sostiene que no es necesario contar con una cláusula general que los regule, sino que, solo es necesario hacer una correcta lectura de los tipos penales ya tipificados, pues el verbo típico, generalmente, tiene cierta flexibilidad que permite que pueda cometerse tanto por acción como por omisión. Claro ejemplo es el homicidio. Voy a asumir que la falta de regulación en el CP no afecta el principio de legalidad, sin dar mayores fundamentos, pues excedería el objeto del trabajo. De igual manera, entiendo que hay buenas razones para hacerlo, dado que la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia argentina comparte esta postura.

Para atribuir responsabilidad penal, por comisión por omisión, a un directivo de la empresa por el hecho cometido por el subordinado, deben darse, al menos, los siguientes requisitos: a) posición de garante, b) posibilidad material de evitar el resultado y c) nexo de causalidad.

II. 2. A. Posición de garante

Este primer requisito es esencial, dado que es el que permite determinar quién es la persona que debe responder. Es garante aquel que tiene una relación específica con el bien jurídico protegido, que tiene la obligación de evitar que sea lesionado. No se puede atribuir responsabilidad penal a cualquier persona que omita realizar algo que hubiera evitado el resultado lesivo, ni aun cuando esta tenga la posibilidad material de hacerlo. De esta manera, *solo* aquel que tenía la obligación de hacerlo es garante.

Un tema fundamental es determinar cuándo alguien es garante. Para ello, hay que analizar sus fuentes. Tradicionalmente, la doctrina acudía a las fuentes formales. Estas son la ley, el contrato y la conducta precedente (injerencia). Si

¹¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 116.

bien permitían establecer, con base en fundamentos jurídicos, cuándo nacía la posición de garante, pecaban de formales, pues al ser tan rígidas, dejaban de lado muchas situaciones que también generaban la posición de garante e incluían otras que no debían incluir. Un ejemplo es el de la niñera que cuida a un bebé y nace su obligación de protegerlo en virtud de un contrato firmado con los padres, si este era nulo por algún motivo, pese a efectivamente cuidarlo, no era garante. Por ello, la doctrina se inclinó por ir abandonando las fuentes formales y empezó a recurrir a la teoría de las funciones de Kaufmann. Ello, dado que tiene la virtud de “fundamenta[r] la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico”.¹¹⁸⁸ Según esta teoría, la posición de garante nace cuando al sujeto le corresponde una específica función de protección de un bien jurídico o una función personal de vigilancia (y control) de una fuente de peligro. Estas fuentes funcionales deben “complementarse con las formales a fin de evitar que estos deberes de protección o de vigilancia que caracterizan materialmente a quien es garante, se extiendan ilimitadamente y tampoco ingresen a fundarlos meros deberes morales o sociales”.¹¹⁸⁹

Lo anteriormente dicho se postula para los delitos de comisión por omisión en general. Ahora bien, en el ámbito empresarial, en particular, la doctrina se ha ocupado de intentar explicar cuál es la fuente de la posición de garante del empresario.¹¹⁹⁰ Ha habido mucha discusión al respecto y se han elaborado distintas posturas.¹¹⁹¹ Sin embargo, tres teorías han sido las más dominantes: “una que se asienta en el poder de dirección sobre los empleados, otra que se basa en la injerencia y otra que se funda en el [deber de] control de los directivos sobre la fuente de peligro representada por la empresa”.¹¹⁹² Ahora bien, Silva Sánchez dice que “para que estas formulaciones genéricas [las distintas teorías esbozadas por la doctrina] acerca del fundamento de la posición de garantía del administrador pueda derivarse su responsabilidad por

¹¹⁸⁸ SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Euros Editores. 2011. p. 324.

¹¹⁸⁹ JORGE DE LA RUA - AÍDA TARDITTI. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi. 2014. p. 348.

¹¹⁹⁰ “Para algunos, la posición de garantía del administrador existe en relación con los procesos de riesgo que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que procedan de los objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran o que actúan en su empresa. Para otros, es necesario distinguir entre la posición de garantía que deriva de la vigilancia de determinadas fuentes de peligro y aquella que deriva de la defensa de determinados bienes jurídicos. Por último, autores como Schunemann entienden que la posición de garante del titular de la empresa o bien se fundamenta en el dominio de este sobre cosas y tareas peligrosas, o bien en el dominio o poder de mando sobre sus trabajadores, incluyéndose aquí la función de vigilancia frente a sus subordinados” (SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* [cit.] p. 149).

¹¹⁹¹ EDUARDO DEMETRIO CRESPO. “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, en *Revista Penal México*. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha. n.º 3, enero-junio 2012. pp. 77-94.

¹¹⁹² HELOISA ESTELLITA. “Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración”, en *En Letra: Derecho Penal*. Año IV, n.º 7. Noviembre 2018. p. 82.

omisión, es preciso constatar, además, situaciones concretas de garantía a partir del ámbito de responsabilidad asumido por el garante".¹¹⁹³

Las empresas son fuentes de riesgo para los bienes jurídicos protegidos.¹¹⁹⁴ Con base en esto, entiendo que nace la posición de garante en los directivos de las empresas, por la obligación que tienen de vigilar una fuente de riesgo. De esta manera, me inclino por la tercera teoría más dominante; aunque, como se verá, esta no es suficiente.

Entonces, la empresa y, por ende, sus directivos, son garantes de evitar que la actividad que desarrollan, habida cuenta los peligros que genera, no lesione bienes jurídicos. Por ello, los directivos deben tomar la decisión política, en el marco de la compañía, de tomar todos los recaudos necesarios para que su actividad no exceda los riesgos permitidos. Ahora bien, como se dijo, esto no es suficiente, pues, el solo incumplimiento de no vigilar una fuente de peligro no alcanza para atribuir responsabilidad penal a un directivo. Por lo tanto, es necesario contar con algo más, esto es, la asunción. Los directivos de las empresas, al aceptar su cargo, *asumen* voluntariamente una serie de obligaciones. Por lo tanto, su incumplimiento los vuelve responsables. Indudablemente, entre las obligaciones asumidas, está la de controlar que no se lesionen bienes jurídicos, pues la actividad que desarrolla es riesgosa para estos. Por ello, se les podrá atribuir responsabilidad, siempre y cuando, la lesión al bien jurídico provenga de una falla dentro de *su* ámbito de competencia y por un defecto propio de la actividad empresarial desarrollada. Todo esto hace que ellos tengan un deber especial de evitar que la actividad que tienen a cargo genere algún daño. Es decir, el mero deber formal de velar por la seguridad de la empresa no es suficientes para fundamentar la posición de garante, debe haber además una asunción real de esa función a través de la aceptación voluntaria del cargo.

Es necesario determinar, dentro del organigrama –que muchas veces suele ser complejo–, quién es la persona que *específicamente* se encuentra en posición de garante. O, dicho de otra manera, quién es el directivo que debe responder penalmente por no evitar el resultado lesivo cometido por el subordinado. Para ello hay que analizar y descubrir dentro del organigrama, dónde se dio la no evitación del hecho cometido por el empleado. Para lograrlo, debemos acudir a la distribución de competencias.

Las empresas suelen tener organigramas complejos. Es muy común que haya división de trabajo y se establezcan distintas áreas especializadas. Ahora bien, dentro de cada área hay un responsable de su correcto funcionamiento, esto es, entre otras cosas, que, si la actividad realizada en esa área es susceptible de generar riesgos a bienes jurídicos, sean especialmente controlados por este. De esta manera, omitir efectuar un adecuado control sobre la actividad riesgosa que se lleva a cabo en su área, cuando se genera la lesión a un bien jurídico, lo vuelve responsable, pues él asumió esa obligación específica al aceptar el cargo.

¹¹⁹³ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión*. Buenos Aires: Euros Editores. 2006. En SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 149.

¹¹⁹⁴ En la doctrina hay un consenso muy generalizado al respecto.

Entonces, cuando se ha lesionado un bien jurídico por la actividad riesgosa de una empresa, ya sea por acción de las personas o cosas, es necesario identificar, dentro del organigrama -que implica distribución de competencias-, dónde fue la falla, o dicho de otra manera, dónde fue el foco de peligro no controlado. Un ejemplo sencillo es el siguiente: el organigrama de una empresa de transporte público de pasajeros de larga distancia tiene un área de ventas, un área contable, un área de compras y un área de recursos humanos. Si durante un viaje sufren un accidente por culpa del chofer, será necesario identificar dentro del organigrama cuál es el área que falló y quién es su responsable. En este caso, es fácilmente identificable que el director de RRHH no controló a los choferes.¹¹⁹⁵

Entonces, dijimos que un administrador es responsable por omisión si la falla se dio dentro de su área o ámbito de competencia. Esto es así, debido a que este tiene la obligación de controlar que los subordinados realicen su actividad riesgosa dentro de lo permitido, dado que es su superior jerárquico y asumió ese rol. Esto es posible, siempre y cuando, haya una clara división de competencias.

Ahora bien, en el marco de un organigrama empresarial, también puede haber responsabilidad horizontal. Así, hay que analizar si un directivo es responsable por la falla que habría cometido otro de igual jerarquía. En principio, al haber división del trabajo y separación de competencias, rige el principio de confianza, pues cada uno se hace cargo de su específica competencia sin inmiscuirse en la del otro ya que confía que actuará correctamente. En virtud de esto, no tiene la obligación de controlar al otro directivo. Ahora bien, esto cede, y, por lo tanto, nace su obligación de intervenir, si tiene indicios serios de que su par no actuará correctamente, pues ya no puede confiar en él. Al respecto, dice Silva Sánchez, que “esta cuestión tendrá que ver con la mayor o menor delimitación de tales esferas [de competencia]. En la medida en que en muchas compañías no puede hablarse de tal separación, sí cabría fundamentar la competencia del administrador para evitar hechos surgidos de actuaciones de otro”.¹¹⁹⁶ En su caso, agregó “si la separación funcional es clara, no podrá fundamentarse la responsabilidad de uno por lo ejecutado en el ámbito de competencia de otro administrador o directivo”.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁵ En esto sigo a Silva Sánchez, quien con gran claridad dijo: “la posición de garantía aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencia en el seno de la empresa las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la comisión activa. El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo y con la puesta en práctica de éste en una concreta actividad, traslada al sujeto la competencia, que conlleva el dominio de organización y, a la vez, la responsabilidad sobre referida actividad. Solo tal compromiso “adquirido con la aceptación del cargo y concretado a través de cierta actividad”, en virtud del cual se asume la correspondiente competencia, tiene la virtualidad de producir en el hecho una identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa” (SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* [cit.] p. 124).

¹¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) pp. 126/127.

¹¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 128.

Por último, es importante reiterar que en las empresas es muy común que, con el objeto de una mejor organización, se distribuyan el trabajo en áreas especializadas cada una en su competencia. Dentro de cada área, también es muy usual que se deleguen funciones en otra persona. De esta forma, un directivo puede transferir a un subordinado, una porción de sus funciones o competencias. Nunca podrá ser la totalidad, debido a que siempre hay facultades indelegables que debe mantener el superior, propias de su cargo. De esta manera “la delegación de funciones conlleva la transformación de las esferas de responsabilidad de los sujetos que en ella intervienen”.¹¹⁹⁸

Ahora es necesario dilucidar en qué consiste esta transformación de responsabilidades. Dijimos que, en la empresa, por lo general, los directivos asumen ciertas responsabilidades propias de su función. Sin embargo, por la imposibilidad de realizar todas las tareas, puede delegar en otro parte de ellas. Entonces, por un lado, esto genera que, cuando el delegado acepta la delegación de competencias, asume una nueva posición de garantía, en la medida de su asunción. “De hecho, tras una delegación de funciones, el delegado se convierte en el principal responsable sobre el ámbito de competencia delegado”.¹¹⁹⁹ Por otro lado, esta transformación, no elimina la posición de garantía que ostentaba el delegante, toda vez que conserva ciertas competencias residuales. Silva Sánchez dice que “los deberes residuales que retiene el delegante se refieren a la selección del delegado, a la vigilancia y supervisión de su actuación, a la información y formación del delegado, a la dotación de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad del delegado, facultades de paralización de la actividad peligrosa y, en general, a la organización y coordinación de la actuación del delegado”.¹²⁰⁰ De este modo, tanto delegante como delegado son responsables, cada uno por lo que le corresponde.

II. 2. B. Posibilidad material de evitar el daño.

Una vez que identificamos, dentro del organigrama, quién se encuentra en posición de garante, y por lo tanto, quién debe responder por el resultado lesivo cometido por su subordinado, debemos poner el foco en otro de los requisitos necesarios para atribuir responsabilidad al directivo en comisión por omisión, esto es, la posibilidad fáctica de evitar el resultado lesivo.

Meini Mendez dice que “en los comportamientos omisivos, el sujeto tiene que haber tenido la capacidad y posibilidad psico-física de realizar la conducta prescrita, caso contrario, se sostiene unánimemente que no ha tenido la capacidad de evitar el resultado por lo que se niega la tipicidad del comportamiento”.¹²⁰¹

¹¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 131.

¹¹⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 138.

¹²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de...* (cit.) p. 139.

¹²⁰¹ IVAN FABIO MEINI MENDEZ. “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, en *Derecho PUCP*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. N.º 52. 1999. pp. 883/914.

Como dijimos anteriormente, únicamente puede responder por omisión aquella persona que se encuentra en posición de garante, y solo si tenía la posibilidad material de evitar el resultado lesivo. En virtud de esto, tener la posibilidad fáctica de evitar la lesión al bien jurídico es una condición necesaria mas no suficiente para atribuir responsabilidad. Un ejemplo clásico es el siguiente: se encuentran en una habitación una madre, su hijo bebé y la vecina. Mientras los dos mayores entablan una charla, el bebé mete sus dedos en el enchufe, se electrocuta y muere. Tanto la madre como la vecina tenían la posibilidad fáctica de haber evitado el resultado ya que tenían el bebé a la vista y ninguna lo hizo. En este caso, solo es responsable penalmente por el homicidio la madre, dado que ella es garante de su hijo, mientras que la vecina no.

II. 2. C. Nexos de causalidad

Es presupuesto necesario para que haya imputación en comisión por omisión, que se haya lesionado un bien jurídico y que el garante no lo haya evitado, cuando podía hacerlo. Como la lesión proviene de una acción producida por otra persona que no es el garante, se ha discutido en la doctrina si hay un nexo que vincule el resultado lesivo con la omisión del garante. El problema radica, en que en la omisión nos encontramos con una acción que no existió y un resultado que sí.¹²⁰² No obstante, la doctrina mayoritaria acepta la posibilidad de establecer un nexo normativo entre la omisión y el resultado.

Un sector de la doctrina “rechaza que pueda existir una causalidad material o real entre la omisión y el resultado, ya que al carecer aquella de fuerza activa carece de aptitud para producirlo materialmente como secuela causal, ya que de la nada, nada puede surgir”.¹²⁰³ Otro sector, entiende que no hay una conexión real, sino hipotética. Esta consiste en que, “una omisión será causa de un resultado si, de haberse realizado la acción, el resultado desaparece”.¹²⁰⁴

Al no existir una acción material no se puede hablar de relación causal real, sino de una relación causal hipotética, pues, para determinar si un resultado fue producido por una omisión, se debe suponer, hipotéticamente, si realizada la conducta esperada, no hubiera sucedido la lesión al bien jurídico. En general, esto es aceptado.

La doctrina discute, entonces, sobre qué grado de probabilidad, o en su caso, certeza, se requiere para poder establecer si un garante hubiera actuado, la lesión al bien jurídico no se hubiera producido. Así, hay principalmente tres teorías: una exige certeza, otra probabilidad rayana a la certeza y la última, disminución del riesgo.

La primera, como se dijo, exige que se determine con certeza, tal como se hace cuando hay una acción. Esta teoría fue superada debido a que, al no existir un hecho material, nunca podrá saberse con certeza si una omisión causa un resultado. Por este déficit surgió la segunda teoría. Esta exige que haya un

¹²⁰² FEDERICO PAGLIACUA. “Comisión por omisión e imputación del resultado”. p. 9. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/doctrina47509.pdf>.

¹²⁰³ JORGE DE LA RUA - AÍDA TARDITTI. *Derecho Penal...* (cit.) p. 359.

¹²⁰⁴ IVAN FABIO MEINI MENDEZ. “Responsabilidad penal...” (cit.) p. 903.

grado de probabilidad rayana a la certeza y es la que más adeptos tiene. Dice que, debido a que no hay una acción anterior, sino que, por el contrario, hay una omisión, se debe efectuar un análisis hipotético. De esta manera, cuando realizado este análisis hipotético, se puede llegar a una probabilidad muy próxima a la certeza de que de haberse realizado la conducta, no hubiera habido lesión; el resultado puede atribuirse al garante. Por último, la tercera teoría entiende que habría nexo entre la omisión y el resultado, cuando se acredite que la acción omitida hubiese disminuido el riesgo de que se produzca el resultado.

Entiendo que llegar a la certeza no es posible, y que la teoría de la disminución del riesgo no es suficiente, dado que no superaría las críticas de que afecta el principio *in dubio pro reo*. Por ello, creo que es plausible, para poder acreditar el nexo de causalidad, que sea suficiente con llegar a una especie de probabilidad calificada, esto es, casi certeza.

III. CONCLUSIONES

El presente trabajo tuvo por objetivo desarrollar, brevemente, las distintas formas en las que se puede atribuir responsabilidad penal a los directivos de las empresas, por los hechos cometidos por los dependientes. Se explicó, principalmente, el supuesto de comisión por omisión, dado que es la más adecuada. Mi intención fue aclarar el panorama y que el lector pueda conocer rápidamente cual es la discusión que hay en la doctrina al respecto.

También se desarrollaron los requisitos que deben satisfacerse para poder atribuir responsabilidad penal en comisión por omisión a los directivos por los hechos de los empleados. Se ha dado especial atención a la posición de garante, dado que, entiendo, es un requisito fundamental que genera ciertas dificultades que se han ido intentando explicar.

Debido a los límites del presente trabajo, no se han podido abordar temas muy discutidos, los cuales he tenido que dar por asumido, tal como la discusión relativa al principio de legalidad y algunas cuestiones sobre el nexo de causalidad, pues hay autores que entienden que debe aplicarse la teoría de la imputación objetiva. De igual manera, tuve que asumir que la actividad que desarrollan las empresas es riesgosa, pues justificarlo acabadamente no me hubiera permitido cumplir con la extensión permitida. Estas cuestiones ameritan un mayor tratamiento que serán producto de un trabajo más extenso que profundizará lo aquí esbozado.

Además, intenté desarrollar este problema de tipicidad bastante complejo, de la forma más sencilla posible. Mi idea es poder contribuir con un trabajo de lectura rápida y simple, tanto para el ámbito académico como para el judicial. Principalmente para este último, debido a que he notado que, prácticamente, no se ha atribuido responsabilidad penal en comisión por omisión a los directivos de las empresas en las causas judiciales cordobesas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Compliance y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi. 2012.

DE LA RUA, JORGE - TARDITTI, AÍDA. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi. 2014.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. "Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas", en *Revista Penal México*. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha. n.º 3, enero-junio 2012. pp. 77-94.

ESTELLITA, HELOISA. "Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración", en *Letra: Derecho Penal*. Año IV, n.º 7. Noviembre 2018. p. 82.

MEINI MENDEZ, IVAN FABIO. "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", en *Derecho PUCP*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. N.º 52. 1999. pp. 883/914.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Euros Editores. 2011.

PAGLIACUA, FEDERICO. *Comisión por omisión e imputación del resultado*. p. 9. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/doctrina47509.pdf>

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Euros Editores. 2016.

COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN LA ARGENTINA

Débora Ruth Ferrari
Gerard Gramática Bosch

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se origina con motivo de la consulta personal que nos hizo en nuestro estudio jurídico un Oficial de Cumplimiento (sólo OC en adelante, también llamado *compliance officer*) de una prestigiosa empresa. En concreto, y entre otras dudas planteadas, se nos preguntó si, debido al cargo que recientemente había *asumido*, podía tener algún tipo de responsabilidad penal y, en su caso, cuáles serían sus alcances y consecuencias.

Nuestra respuesta, dejando en claro previamente que no era posible emitir conclusiones generales, fue la siguiente: sí podría tener responsabilidad penal dependiendo de las circunstancias del caso pero ello necesariamente requería un análisis mucho más pormenorizado de su situación personal en la empresa.

En lo personal, consideramos que el OC *asume* hoy importantes riesgos jurídicos penales y su posible responsabilidad penal dependerá de múltiples factores que deberán ser examinados en forma conjunta.¹²⁰⁵ Algunos de estos factores serán desarrollados a continuación.

2. COMPLIANCE

En los últimos años, la discusión jurídico-penal y, especialmente, la referida al derecho penal económico, ha estado dominada por el tema del *compliance* corporativo.¹²⁰⁶

¹²⁰⁵ Prittwitz reconoce los riesgos que asume el OC. Al referirse al potencial de la regulación mediante autoregulación o autoregulación regulada refiere que, sin embargo, no parece ser el caso porque el mismo Estado que ha coaccionado amablemente a las empresas a contratar un OC para investigar y evitar delitos en el seno de la empresa, extiende ahora su mano punitiva precisamente hacia tales oficiales. Si estos no cumplen sus tareas como se desea, no solamente perderán su fuente de trabajo sino que, eventualmente, se harán merecedores de un castigo penal. Más adelante sostiene el autor que se trata de un OC que no solamente tiene la función de organizar el *compliance* sino quizás, también, la de servir como responsables identificables del *non-compliance*. Concluye dicho artículo, afirmando que los OC son los que cargan con los riesgos de la punibilidad. Prittwitz, Cornelius, 2013, ps. 211-212 y 217-218. Bermejo y Palermo también afirman que los riesgos jurídicos a los que se encuentra el OC son importantes. Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 188.

¹²⁰⁶ Así, García Caveró, Percy, 2019, p. 963.

Se considera que el *compliance* se conecta con una cultura de cumplimiento normativo como expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos propias del Estado. Y, por su parte, las empresas han ido asumiendo dicha delegación mediante la adopción de medidas de autoregulación (generalmente denominados programas de cumplimiento) que no sólo atañen a medidas de vigilancia sino también a medidas positivas como p. ej., formación, capacitación, actualización del programa. Estas medidas buscan, por un lado, neutralizar factores culturales o dinámicas favorecedoras de hechos ilícitos y, por otro lado, incentivar culturas de grupo de fidelidad al Derecho.¹²⁰⁷

Para Silva Sánchez, y en la medida de lo anterior, la cultura del *compliance* se enmarca en la tradición de la variante de prevención general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de valores ético-sociales de la acción como vía de protección indirecta de bienes jurídicos.¹²⁰⁸

La ciencia del *criminal compliance* se ocupa de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas necesarias que la dirección de una empresa, en el marco de su *deber de vigilancia*, debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídicos-penales por parte de sus empleados,¹²⁰⁹ en el marco de una reglamentación en permanente ascenso y de una globalización creciente. Además, se procura a menudo fortalecer la integridad de la empresa y su percepción pública.¹²¹⁰ De igual modo, puede contribuir a una mejor reputación en el mercado, una mayor integridad y transparencia interna, mejores herramientas para controlar el fraude interno y desarrollar estrategias de sostenibilidad, un compromiso más fuerte de los trabajadores con los intereses de la compañía, una mayor atracción de recurso humano de calidad y una mayor competitividad y eficiencia.¹²¹¹

A modo de contexto previo e ilustrativo, resulta interesante el análisis que hace Kuhlen del que considera el ejemplo alemán más instructivo, en muchos aspectos, para la interacción entre Derecho Penal y *compliance*. Es decir, el caso Siemens.¹²¹² Allí, se pone de manifiesto, en primer lugar, las distintas disposiciones normativas que fueron incumplidas por la empresa (penales y no

¹²⁰⁷ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 100. Bock, Dennis, 2013, p. 107, se refiere al *compliance* como a la fidelidad al Derecho en lo que se refiere ha mandatos y prohibiciones. Según una comprensión restrictiva del concepto, aludiría al deber de lograr una estructura de implementación tendente a garantizar esa fidelidad al Derecho. Y, en concreto, sostiene que se refiere a la evitación de riesgos de responsabilidad penal. Por su parte, Prittwitz se pregunta cómo impone el Estado la fidelidad a la norma en un subsistema específico de la sociedad; se trataría por tanto del potencial de la regulación mediante autoregulación o autoregulación regulada. Prittwitz, Cornelius, 2013, p. 211.

¹²⁰⁸ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 100.

¹²⁰⁹ Bock, Dennis, 2013, p. 108.

¹²¹⁰ Kuhlen, Lothar, 2013, p. 62.

¹²¹¹ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²¹² El autor también destaca otros casos en Alemania: Deutsche Bank, Deutsche Telekom, empresa de construcción de máquinas MAN y consorcio comercial Ferrostaal-AG. Kuhlen, Lothar, 2013, p. 61.

penales, nacionales e internacionales). Y, en segundo lugar, describe brevemente algunas de las medidas que Siemens adoptó, en conexión con el *compliance*, en razón de los reproches por corrupción y que se tuvieron en cuenta a la hora de imponerle una menor sanción (p. ej., cambios estructurales de personal, despidos, sanciones u ofrecimientos de amnistías, investigaciones internas encomendadas a un bufete externo auxiliados por una empresa de auditoría, se creó una comisión de *compliance*, así como distintos cambios organizativos).¹²¹³

En el ámbito de Estados Unidos, son reconocidos los casos de Enron y WorldCom que motivaron el estudio de la ineficacia de las medidas hasta allí previstas de control y, asimismo, motorizaron la aplicación de los programas de cumplimiento.

Todo lo anterior ha sido caldo de cultivo de una tendencia actual y global tendiente a atribuir responsabilidad penal a las empresas como consecuencia de los delitos cometidos por las personas físicas que ostenten, entre otros cargos, la calidad de administradores, representantes legales, directores, presidentes y no sólo a sus empleados. Y más específicamente, la omisión del debido control o vigilancia que estas personas deberían tener en su respectivo ámbito de actuación.

Se considera que no puede soslayarse el contexto general de la economía mundial caracterizado en los últimos años por numerosos escándalos mundiales de fraude, corrupción y blanqueo de capitales tanto en Europa como en los Estados Unidos, y su conjunción con la crisis de las tesis puras de la autorregulación de la economía dominantes en los años noventa, críticas de toda intervención estatal en la economía, el cual ha provisto de un clima cultural adecuado para avanzar en la cuestión de la vida interna de las organizaciones empresariales.¹²¹⁴

En Argentina, entre otros, encontramos como antecedente del *criminal compliance* al funcionamiento del organismo administrativo de la UIF (Unidad de Información Financiera), encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Aquí, se advierten ciertas similitudes con la imposición de determinadas obligaciones por parte de ciertas personas -sujetos obligados-. De igual modo, el art. 304 del Código Penal, en relación el delito de lavado de activos prevé que, a los fines de graduar las penas, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Es más, en Córdoba, el reconocido autor Gabriel Perez Barberá en un fallo sobre contaminación ambiental del año 2015, ya introducía este concepto reprochándole a una empresa el no contar con un departamento legal interno para asesorarse antes llevar a cabo sus actividades.¹²¹⁵

¹²¹³ Kuhlen, Lothar, 2013, ps. 52 y ss.

¹²¹⁴ Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 172.

¹²¹⁵ Cámara de Acusación de Cba., AI 267, 05/06/2015: "...es contrario a la lógica no figurarse que si supuestamente Tecnocampo S.A. era una empresa de envergadura y con trayectoria, no tuviera un departamento de asuntos legales en donde evacuar las dudas, antes de llevar a cabo sus actividades. Y si no lo tenía, ello les sería reprochable, tal como enfatizan los recientes estudios sobre "compliance" y

En definitiva, estos avances, si bien fragmentados (p. ej., UIF o en el ámbito de la graduación de una eventual sanción para la empresa en el delito de lavado de activos), no son más que meros anticipos y avisos de lo que posteriormente se legisló en nuestro país. Esto es, y por medio de la ley 27.401 (BO 1/12/2017), se instauró la responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas y, a partir de allí, se introducen menciones específicas al *compliance*.

3. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Antes de avanzar sobre la posible responsabilidad penal del OC nos parece prioritario poder realizar algunas precisiones sobre los denominados programas de cumplimiento ya que, en base a ello, podremos tomar algunos puntos de partida de interés.

A modo de síntesis, estos son gráficamente los elementos previstos para un programa de cumplimiento en la Argentina, según las disposiciones normativas de la Ley 27.401.¹²¹⁶

Elementos de un Programa de Integridad Ley N° 27.401



3.1. Una derivación directa de la instauración del *compliance* en las empresas es la *posibilidad* que aquellas establezcan determinados programas de cumplimiento (conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos) tendientes a eliminar o reducir la creación de riesgos que pudieran derivar en infracciones penales y, en su caso, actuar diligentemente para la prevención, detección, contención y/o neutralización de dichos riesgos. Se trata de un

derecho penal (véase al respecto, por todos, BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y derecho penal, Hammurabi*, Buenos Aires, 2012)...”

¹²¹⁶ Fuente: Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

programa que busca anticipar y detectar riesgos para la empresa tanto de la actuación derivada de sus mandos jerárquicos y medios, como de los trabajadores de esta.¹²¹⁷

Si bien ninguna organización puede eliminar de forma total la posibilidad de que se cometan -en contra de la voluntad corporativa adecuadamente expresada y transmitida- actos de corrupción en su nombre, interés o beneficio, un programa puede ayudar a reducir sensiblemente las chances de que eso ocurra, disminuir el impacto negativo de tales comportamientos, aumentar las posibilidades de detección temprana y oportuna, facilitar la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades y contribuir a su correcta y clara comunicación y explicación.¹²¹⁸

Esto implica un *compromiso previo* por parte de la alta dirección empresarial, asentado en dos principios básicos: tolerancia cero con la corrupción e implementación de un programa de cumplimiento.¹²¹⁹ Los Lineamientos le exigen, en esta primera etapa, al Directorio¹²²⁰ (o quien sea que ejerza de manera pública y visible la conducción de la organización) definir abiertamente su compromiso de anticorrupción a partir de una breve declaración pública de intenciones que clarifique frente a los integrantes y la comunidad en general los valores éticos de la organización.¹²²¹

Al respecto se ha dicho que, desde el prisma lógico antes que legal, el apoyo del alto nivel al programa constituye -al igual que sucede con la evaluación inicial de riesgos- un *presupuesto básico y fundamental del carácter adecuado del programa*. Es casi imposible concebir que un programa posea tal condición sin un compromiso del máximo nivel orientado a un comportamiento ético en los negocios y a la adopción de una organización interna consistente con ese compromiso. Incluso, la decisión del Directorio de implementar un programa y comprometerse con la integridad podría ser tenida en cuenta a la hora de *evaluar el obrar prudente y diligente de los directores que deben velar por el interés de la persona jurídica*.¹²²²

¹²¹⁷ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²¹⁸ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²¹⁹ Esto se conecta también con el art. 23.II de la Ley 27.401 que establece, entre los elementos de un programa de cumplimiento, el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.

¹²²⁰ *Tone from the top* (tono de la alta gerencia) y probablemente extensible, debido al uso del término Directorio, al *tone from the middle* (tono de los mandos medios). El tono que demuestren los líderes es lo que determinará la manera en que la empresa toma decisiones y resuelve problemas y será determinante para la generación de la cultura de una organización. Así, Regner, Gustavo G., 2018, ps. 211-216.

¹²²¹ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²²² [Para mayores precisiones sobre el compromiso, cómo asumirlo y cuál podría ser su contenido](#) cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

Todo programa de cumplimiento es personal, dinámico y total o parcialmente distinto al resto de los implementados por otras personas jurídicas. Lo primero, ya que debe diseñarse acorde a las características propias de la organización y competencia de cada empresa y según su capacidad productiva, dimensiones, cantidad de personal y direcciones, sucursales en la misma provincia y/o fuera de la misma, recursos económicos disponibles para afrontarlo sin que con ello se ponga en serio riesgo del devenir último de la compañía o le haga perder rentabilidad o capacidad de competencia. Por otro lado, no es lo mismo una empresa que cotiza en bolsa que una PYME o fundación. Lo segundo, se conecta con la valuación y seguimiento permanente del programa a los fines de realizar las correcciones que sean necesarias y/o actualizar el programa a los nuevos y potenciales riesgos que pudieran activarse en su seno.

En Argentina, el diseño, implantación y seguimiento del programa de cumplimiento tiene una reglamentación específica prevista por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción.¹²²³

En esta reglamentación se precisa el objetivo de la ley 27.401, así como el objetivo que se pretende con el desarrollo y seguimiento de los Lineamientos. En cuanto a lo primero, sería dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de programas de integridad, y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

A la Ley 27.401 le subyace otro objetivo principal, no dicho de manera expresa en su texto pero sí en varios pasajes de su Reglamentación (Lineamientos), a saber: *tolerancia cero* con la corrupción e implementación de un programa.¹²²⁴

¹²²³ Por medio del Decreto 277/2018, Reglamentación. Ley N° 27.401, de fecha 05/04/2018 se resolvió: Artículo 1°.- La OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 (cfr. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/308488/norma.htm>).

Asimismo, se complementa con la resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Resolución 27/2018, RESOL-2018-27-APN-OA#MJ, Ciudad de Buenos Aires, 01/10/2018. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>). En adelante, sólo Lineamientos para la implementación de programas de integración. En la misma línea, el Plan de Acción 2018 - 2022 de la Oficina Anticorrupción contempla entre sus objetivos el de fomentar la colaboración entre el sector privado y el sector público en la prevención e investigación de la corrupción.

¹²²⁴ Frente a la corrupción hay escaso margen para algo distinto a una *tolerancia cero* si existe un verdadero compromiso desde la alta Dirección.

Los altos mandos deben tendrán la responsabilidad de procurar que todos los integrantes compartan los valores de la compañía, comprendan la política de *tolerancia cero* a la corrupción y estén convencidos de que ante la detección de una infracción ética se actuará con justicia, rigor y rapidez

Expresión de *tolerancia cero* al soborno o pagos indebidos realizados en nombre o interés de la persona jurídica.

En relación a lo segundo, los lineamientos tienen como objetivo brindar una guía técnica a empresas, organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia, a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción, así como para implementar programas de integridad adecuados y evaluarlos de acuerdo a pautas técnicas objetivas.

No es un detalle menor destacar que, de acuerdo a los Lineamientos, la existencia de un programa y su carácter *adecuado* son, dentro del proceso penal, cuestiones de hecho y prueba. En tal sentido, estas pautas sólo están llamadas a jugar un papel dentro del cumplimiento riguroso de los principios de libertad probatoria, mandato de certeza y amplio e irrestricto respeto al derecho de defensa.¹²²⁵ Por lo tanto, y más allá que la mayoría de las pautas previstas en los Lineamientos no son “obligatorias”, sí tienen un rol fundamental el día de mañana a la hora de investigar la posible comisión de un delito de corrupción y de poder demostrar acabadamente el cumplimiento adecuado y efectivo del programa implementado (eximición de responsabilidad penal o graduación menor del monto de la pena). Ello exigirá tomar recaudos por parte del empresario a la hora de documentar acabadamente todo lo realizado, el material consultado y generado así como debidamente encauzado por los respectivos canales de comunicación.

En nuestro país, y no obstante que la normativa especial pudiera tener algún tipo de consecuencia jurídica,¹²²⁶ la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas está limitada a un catálogo bastante reducido de delitos que pretenden sólo prevenir y penalizar hechos de corrupción (cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados).

Como se habrá advertido, hemos resaltado con anterioridad la palabra *posibilidad*. Y ello se debe a que en este ámbito es discutible concluir si es *obligatorio* o no contar con un programa de cumplimiento porque la redacción de la ley 27.401 es poco clara al respecto. Por un lado, queda claro que no se establece en forma expresa un deber concreto de instaurar un programa de cumplimiento.¹²²⁷ Sin ir más lejos, el art. 22 de la Ley 27.401 refiere que las

Finalmente, incluso *prescindiendo de toda consideración sobre el marco regulatorio, es de esperar que la mayor parte de las organizaciones elijan simplemente ejercitar la tolerancia cero a la corrupción por propia preferencia moral*. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²²⁵ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²²⁶ P. ej. el art. 304 del Código Penal, en relación el delito de lavado de activos prevé que, a los fines de graduar las penas, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes.

¹²²⁷ Esto es ratificado en los Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>) al decir que es importante aclarar, *sin embargo*, la adopción de tales Programa *no es legalmente obligatoria*.

personas jurídicas *podrán* implementar programas de integridad. Aunque paradójicamente después –segundo párrafo– refiere que el programa *exigido deberá* guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.¹²²⁸

Por otro lado, y en otros dispositivos de la ley, se deduce que la instauración del programa no es facultativa como refiere el art. 22, sino que resulta obligatorio (p. ej., art. 24) o, bien, útilmente necesario si la empresa pretende *eximirse de responsabilidad penal* (arts. 8 y 9) o para celebrar un acuerdo eficaz de colaboración (art. 18).¹²²⁹

En definitiva, y en el contexto de esta ley en particular, la instauración del programa de cumplimiento parece, más que una obligación concreta y clara impuesta por el legislador, una *condición necesaria* para el empresario y su compañía, si es que eventualmente pretende quedar eximido de toda responsabilidad penal.

En los Lineamientos se expresó que la ley N° 27.401 *asigna una importancia determinante* a los programas de integridad (en adelante, programas) como *elemento de ponderación* de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción.¹²³⁰

Por fuera de dicho ámbito, el *compliance* no resulta obligatorio para las empresas, más allá que pueda ser de utilidad como desarrollo de un *auto control voluntario* (en complemento, entre otras, con las disposiciones derivadas de las normas ISO y DIN) a través de las cuales se intentan minimizar riesgos de responsabilidad y evitar así cualquier interpretación judicial posterior ante la comisión de un hecho delictivo en el seno de la empresa que pueda ser reprochado a título omisivo aun cuando, reiteramos, no sea una obligación contar con dicho programa.

La configuración del programa de cumplimiento trae aparejado la *posible*¹²³¹ designación del denominado OC o de un Departamento de

¹²²⁸ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²²⁹ El art. 22 de la Ley 27.401 se refiere a que la existencia del programa de cumplimiento es *condición necesaria* para poder contratar con el Estado nacional.

El art. 8 de la Ley 27.401 prevé que la graduación de la pena tendrá en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos así como la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Mientras que el art. 9 exime de pena y responsabilidad administrativa a quien hubiera implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de la Ley, *con anterioridad al hecho del proceso* y cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

Por su parte, el art. 18 también cobra relevancia como condición para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz.

¹²³⁰ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²³¹ Aquí la normativa es distinta a lo que sucede con la Ley 25.246 (Lavado de activos y UIF) en donde se establece la *obligación* de la persona jurídica regularmente constituida de designar un OC (cfr. art. 20 bis). Asimismo, la normativa derivada de la UIF establece que el OC debe ser miembro del órgano de administración de la sociedad. Esto último tampoco es exigido por la Ley 27.401.

Compliance, es decir, aquella persona encargada de controlar que la empresa se comporte de acuerdo a las leyes vigentes y, en concreto, respete y haga respetar el programa de cumplimiento de su empresa.¹²³²

Además de ello, y a modo de ejemplo, el programa prevé el establecimiento de un código de conducta con pautas claras del organigrama de la empresa y de las reglas internas que se deben respetar, los valores y fines que se pretenden y las posibles sanciones para los casos de incumplimiento; proveer del debido flujo documentado de información entre los distintos mandos de la compañía; la posibilidad que los trabajadores realicen denuncias -incluso anónimas- que deberían ser canalizadas en forma interna por la empresa o, bien, tercerizando el servicio (esta última opción fue la utilizada en el caso Siemens mediante la contratación de un bufete externo con soporte de una compañía de auditoría); una política de protección de denunciantes contra represalias; se realicen investigaciones internas y se apliquen las sanciones correspondientes; se prevean programas de amnistía¹²³³; se releven todos los potenciales riesgos que la actividad de la empresa podría generar en menoscabo de bienes jurídicos de terceros; y formar y capacitar periódicamente a los directores, administradores y empleados; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios (p. ej., un proveedor); debida diligencia durante procesos de transformación societaria y adquisiciones; monitoreo y evaluación constante de la efectividad del programa; y cumplimiento de las exigencias reglamentarias que impongan las autoridades de control.¹²³⁴

3.2. Los programas de cumplimiento en Argentina deben ser *adecuados* si se pretenden satisfacer las exigencias de la Ley 27.401 y los Lineamientos para su implementación y así gozar de los beneficios allí previstos.

Es importante recordar que la Ley 27.401 *sólo prevé como obligatorio* en todo programa de cumplimiento la implementación de un código de ética o de conducta, reglas específicas para prevenir delitos y la realización de capacitaciones periódicas (art. 23). Aunque paradójicamente, luego, se incorporen múltiples exigencias derivadas del análisis conjunto de dicho art. 23 con las pautas establecidas en los Lineamientos.

Pongamos de manifiesto el siguiente contexto figurativo. Si una empresa mediana o grande sólo cumple con los tres requisitos obligatorios referidos previamente y se comete un delito de corrupción en el seno de su compañía, pero no hay un canal de denuncias aun previsto, no se habían actualizado los riesgos, no se realizó una investigación interna y no se llevó adelante un *due diligence* en relación con terceros, ¿podría la empresa responder penalmente a

¹²³² Ni en la Ley 27.401 ni en los Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>), se prevé como una obligación la designación de un OC. Sin perjuicio de lo cual, se torna prácticamente necesario e insustituible en los casos de medianas y grandes empresas.

¹²³³ Los arts. 16 y ss. de la Ley 27.401 prevén la posibilidad de realizar un acuerdo de colaboración eficaz y confidencial con el Ministerio Público Fiscal.

¹²³⁴ Algunos de los contenidos que el programa de cumplimiento *deberá* contener se encuentran previstos en el art. 23 de la Ley 27.401 en los incisos a, b y c. Luego, y en el mismo art., el legislador considera que el programa *podrá* contener los elementos descriptos del punto I al X.

pesar de haber cumplido sólo los requisitos “obligatorios”? Del análisis de los Lineamientos, los términos en los que están redactados y la importancia que se le brindan a los mismos –a pesar de no ser obligatorios muchas de las pautas allí previstas-, sería difícil o, hasta incluso, temerario técnicamente recomendarle a una empresa que no trate de adoptar, en la medida de lo posible, el resto de recomendaciones contenida en la normativa. Por lo tanto, el resto de pautas –si bien no obligatorias- se convierten en “tácitamente” obligatorias si se pretende eximir el día de mañana de responsabilidad penal al empresario y su empresa. Muy por el contrario, la recomendación técnica debería ser que se adopten todos aquellos recaudos –aún no obligatorios- que, por las características de la operatoria comercial en concreto y habitual, puedan brindar mayor contención y reducción de riesgos.

De hecho, y en sintonía con lo anterior, en los Lineamientos se afirma lo siguiente: Por supuesto, su inclusión no garantiza por sí misma que el programa sea adecuado. Otros elementos pueden ser *igualmente necesarios* en muchas organizaciones. Así, por ejemplo, atendiendo al número de personas cuya actuación en nombre o beneficio de la persona jurídica puede implicar riesgos (por ejemplo por la interacción frecuente con funcionarios por parte de representantes, gestores, socios comerciales, etc.) ciertas medidas de debida diligencia con los terceros *pueden ser imperiosas* incluso en organizaciones de limitada dimensión y capacidad económica. *Difícilmente sería adecuado* el Programa de una compañía que afronte un proceso de fusión sin integrar el elemento 'debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones' previsto el inciso VII del artículo 23 de la Ley. Lo mismo podría suceder, por caso, *con la figura de responsable interno sin la cual, en muchos casos, un Programa integrado por otros elementos podría aparecer insuficiente o carecer de operatividad efectiva.*

Además, la sola incorporación de tales o cuales elementos no importará por sí misma para que el programa sea adecuado, sino que será necesario analizar cómo se lo ha sido diseñado, implementado y puesto en funcionamiento a cada uno de ellos.¹²³⁵

Así las cosas, lo adecuado -o no- de un programa se conecta necesariamente con las disposiciones de los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401 y con las pautas previstas en los Lineamientos. Y todo ello debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica.¹²³⁶

No hay dudas que ningún programa de cumplimiento podrá ser *adecuado* si no satisface las exigencias mínimas y obligatorias del art. 23 incs. a, b y c de la Ley 27.401 (código de ética o de conducta, reglas específicas para prevenir delitos y la realización de capacitaciones periódicas).

¹²³⁵ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²³⁶ Para un mayor detalle al respecto cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

3.3. Una vez definido y publicitado el compromiso previo por parte de la alta Dirección de la empresa en relación a la implementación del programa de cumplimiento, el OC puede intervenir en distintas etapas del programa de cumplimiento. Podría tener intervención, entre otras, en la etapa de evaluación de riesgos; la definición - diseño o plan de acción; la implementación; control y seguimiento del programa y la comunicación.¹²³⁷

Evaluación de riesgos iniciales. Se debe identificarlos y evaluarlos y a partir de allí tomar decisiones informadas y razonables respecto de las características concretas del programa que la organización necesita.

Definición/Plan: es necesario clarificar la decisión sobre el nivel aceptable de exposición a riesgos, definir los objetivos que va a perseguir el programa, los valores que se pretenden transmitir, la adaptación a la normativa vigente, los componentes que contendrá y las acciones a través de las cuales se lo implementará (p. ej., canales de denuncia; catálogo de infracciones y sanciones; investigaciones internas, derechos de los empleados en caso de una investigación interna y límites de la empresa al iniciarla).

Implementación: acciones concretas para llevar adelante el programa. Esto requerirá de la asignación de recursos para garantizar su viabilidad (fondos, recursos humanos y tiempo) y de apoyo permanente del máximo nivel. Así, p. ej., se deberá cumplir con la supervisión y control del programa y del respeto del mismo por parte de los directivos y los empleados, reportar toda irregularidad e iniciar las investigaciones correspondientes.

Medición y mejora: puesto en marcha el programa y transcurrido un tiempo razonable de funcionamiento es necesario medir impacto y progreso con relación a los objetivos planteados. Esta actividad permite identificar las fortalezas y debilidades del programa, las cuales harán posible realizar los necesarios ajustes y actualizarlo periódicamente a los riesgos cambiantes. Serán relevantes al efecto tanto el análisis periódico de riesgos como el monitoreo y mejora continua.

Comunicación: se debe garantizar que los empleados y terceros relevantes estén permanentemente informados de las políticas internas y procedimientos. Para ello, es importante comunicar de manera regular el programa, las políticas y su progreso y actualización.

3.4. Ya aclaramos que designar un OC no es un requisito obligatorio de la Ley 27.401. No obstante, en las organizaciones de mayores dimensiones y capacidad económica es prácticamente imposible concebir una adecuada estructuración del programa sin una persona o equipo con responsabilidad para su desarrollo, puesta en marcha y funcionamiento.¹²³⁸

¹²³⁷ Estas etapas se describen en Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. para mayores precisiones <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>). También Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, ps. 182-183, desarrollan las etapas de diseño, implementación y control.

¹²³⁸ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

El OC es tan sólo un órgano auxiliar ya que el cumplimiento del Derecho en la empresa es tarea primordial de sus órganos directivos, quienes son los realmente llamados a organizar un sistema de cumplimiento en el cual el OC – de haberse creado el cargo- será solo la cabeza visible.¹²³⁹

Las tareas y obligaciones del OC no están expresamente previstas por la Ley 27.401 y tampoco existe en la actualidad una reglamentación concreta al respecto que las establezca en forma taxativa.¹²⁴⁰ Todo lo cual genera dudas a la hora analizar acabadamente los alcances de su eventual responsabilidad penal.

Para ello será importante contar con el contrato de prestación de servicios firmado por el OC y verificar cuáles han sido las obligaciones y tareas allí impuestas y asumidas ya que las mismas pueden variar según cada empresa, atendiendo, p. ej., a sus dimensiones, organigrama, capacidad económica, objeto social.

Sin ir más lejos, será relevante conocer si el OC tiene la competencia asignada y asumida –o no- y, por lo tanto, un deber concreto de interrumpir o neutralizar unilateralmente un curso de acción riesgoso para la empresa o bienes jurídicos de terceros o, bien, sólo debe reportarlo a sus superiores. De aquí, se desprenden mayores o menores alcances de su deber que tendrá incidencia directa en su posible responsabilidad penal.

Asimismo, será necesario una *real y material asunción* de los deberes correspondientes.¹²⁴¹

Por su parte, los Lineamientos establecen algunas pautas de interés en relación al OC.¹²⁴²

El OC en una empresa de grandes dimensiones podrá ser tanto una persona del organigrama interno como un externo, pero se recomienda que sea de tiempo completo y avocado exclusivamente a dichas tareas. En organizaciones de menores dimensiones o recursos, la función puede ser acumulada a las responsabilidades de un perfil interno que, tanto por las características de sus funciones preexistentes como por sus habilidades personales, exhiba más afinidad con las pautas que exigen. Mientras que, en una organización especialmente pequeña, el propio dueño podría encarnar el rol si todos los trabajadores tuvieran acceso directo y cotidiano a él.

También podrá tratarse de una sola persona o de un Departamento específico avocado a dicha tarea, con distintos empleados entre los que también habrá una distribución de tareas, debiendo reportar periódicamente al OC encargado del mismo.

¹²³⁹ Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 322.

¹²⁴⁰ No obstante lo anterior, en los Lineamientos para la implementación de programas de integración [se fijan algunas pautas de interés](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto) (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²⁴¹ Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, ps. 189 y 203 adhiriendo a la posición sostenida por la Sala 5ª del BGH (17/7/2009). Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 325, sostiene que los concretos deberes se hallan limitados por el alcance de la delegación real y materialmente asumida por el OC.

¹²⁴² Lo que sigue cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

Las funciones pueden variar en cada OC y ya precisamos la relevancia de contar con un contrato escrito de prestación de servicios donde se detallen sus obligaciones, ante quién reportarse y su poder de decisión, así como la asunción real de las mismas.

Algunas de las funciones pueden ser las siguientes: análisis inicial y actualización de riesgos; diseño, adaptación, puesta en marcha, conducción, control, actualización y mejora del programa; asesoramiento y resolución de problemas éticos; gestión del sistema de denuncias; protección de denunciantes; liderazgo en investigaciones internas; apoyo a decisión de alto nivel sobre autodenuncia y cooperación con las autoridades; participación en la planificación estratégica de la organización, diseño y ejecución de capacitaciones.¹²⁴³

Mientras mayor sea la organización interna y externa de la empresa, mayor deberá ser su autoridad y autonomía, así como mayores deberán ser los recursos que disponga el OC para poder cumplir adecuadamente sus tareas (p. ej., apoyo y asesoramiento de profesionales con conocimientos especiales en cada materia). De igual modo, y en relación a empresas de ciertas dimensiones, su nivel jerárquico se podría corresponder con el nivel gerencial, p., ej., con las posiciones equivalentes a un gerente legal, financiero o auditor en remuneración, reporte y acceso al Directorio, evaluación y desempeño.¹²⁴⁴ Aunque con mayores garantías y estabilidad laboral por las particularidades de su cargo, máxime si canaliza las denuncias y ejecuta las investigaciones internas.

Es importante una debida coordinación del OC con el resto de áreas, gerencias operativa (p. ej., legales, recursos humanos, financieras) y auditores externos de la compañía a los fines de evitar solapamientos en sus funciones, órdenes contradictorias y/o puntos ciegos de responsabilidad.¹²⁴⁵

3.5. Será normal y razonable esperar que, a mayor estructura, capacidad económica, organigrama, producción, recursos para diseñar y mantener un programa y/o para contratar asesores externos de jerarquía y nivel técnico, generación de riesgos hacia terceros, se elabore e implemente un programa de cumplimiento más sólido y confiable. Y viceversa para aquellos casos de pequeñas empresas y medianas empresas o familiares. En general, cuanto mayor es la probabilidad esperada que se produzca un daño por la inobservancia de la norma debida, mayores son las medidas a adoptar.¹²⁴⁶

¹²⁴³ Para conocer algunas de las competencias y habilidades que podría tener el OC, cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²⁴⁴ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>). Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321, considera que el OC tiene una posición inmediatamente subordinada a los órganos de dirección, similar a la de un alto directivo.

¹²⁴⁵ Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

¹²⁴⁶ En esta línea, Bock, Dennis, 2013, ps. 112-113 y Lineamientos para la implementación de programas de integración (<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

Los mismos Lineamientos se encargan de establecer matices según las mayores o menores dimensiones y estructura de una empresa.

Los esfuerzos a comprometer en un programa no pueden ser iguales para una Fundación, una Pequeña y Mediana Empresa (PYME), una gran empresa de capitales nacionales o incluso una compañía multinacional con presencia global. Las exigencias deben graduarse teniendo en cuenta variables tales como la complejidad de la organización interna, la configuración de las funciones de la Dirección, la alta Gerencia y los mandos intermedios, la cantidad de trabajadores, su dispersión en sedes, entre otras. En el diseño e implementación es esperable que las compañías de mayores dimensiones vuelquen, proporcionalmente, mayores recursos materiales y humanos a sus programa.

Del mismo modo, a mayor talla de una organización más esperable es que se responsabilice por la promoción extendida de sus políticas de integridad no sólo puertas adentro sino en relación con sus partes relacionadas, especialmente a su cadena de valor en base a un enfoque de riesgos. La dimensión también será indicativa de las posibilidades reales de promover activamente sus estándares éticos a terceros, siendo razonable matizar las exigencias de una efectiva diligencia o monitoreo frente a organizaciones con limitado poder de negociación con sus partes relacionadas y siempre guardando consistencia con los riesgos.

También es esperable un mapeo inicial más sofisticado y riguroso y una priorización más reflexiva y cuidadosa allí donde la amenaza latente sea mayor y los recursos para enfrentarla más numerosos.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO

Antes de avanzar sobre el fundamento de la posible responsabilidad penal del OC, es necesario indagar sobre la existencia o no de una posición de garantía del empresario, para luego concluir si la posición de garantía del OC es originaria o delegada.

Se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión. Una dimensión *ad intra*, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa que hace del administrador un *garante de protección*. Una dimensión *ad extra*, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa que convierte al administrador en un *garante de control*.¹²⁴⁷ En esta línea, nos encontramos ante una posición de garantía *originaria* ya que el empresario tiene el deber de evitar los cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial.¹²⁴⁸

Esta posición de garantía tendría su fundamento en que, con el establecimiento de la organización, el empresario *asume* el compromiso de contener aquellos riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial que de la misma vayan surgiendo para los bienes jurídicos de los demás y que se

¹²⁴⁷ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 80.

¹²⁴⁸ Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 322.

descontrolan con el paso del tiempo. Esta es la contrapartida a la libertad ejercida mediante el establecimiento de la empresa.¹²⁴⁹

Asimismo, es común que se hable de la idea de *delegación de competencias* entendiéndose por ello el mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia porque, en virtud de dicha delegación previa, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. Transformación porque la posición de garantía del delegante no desaparece sino que se modifica o convierte y pasa a verse como secundaria o residual, conservando algunos deberes como, p. ej., correcta selección, formación, información al delegado, dotación de medios necesarios para el cumplimiento de las funciones del delegado, coordinación de la actuación de los delegados y el *deber de vigilancia*.¹²⁵⁰ Como se advierte, al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos de riesgo que se hallan en el ámbito de competencia del delegado.¹²⁵¹

También puede darse el caso habitual en las empresas de grandes dimensiones y en relación con el deber de vigilancia que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias a sus subordinados, que la primera delegación sea asimismo *delegable* (p. ej., podría ser el caso del OC).¹²⁵²

¹²⁴⁹ Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 322-323. Aquí el empresario asume el deber de establecer mecanismos organizativos adecuados de dirección y control para evitar la existencia de potenciales riesgos o, en su caso, minimizarlos hasta que deriven en tolerados. También asume el deber de procurarse los conocimientos necesarios de los peligros típicamente empresariales (*ibídem.*, p. 323). Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 188, consideran que la libertad de organizarse en forma de persona jurídica tiene, como sinalagma (libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias), el deber de las empresas de elaborar un sistema de control interno de juridicidad respecto de la actuación de sus administradores y de sus subordinados, de modo que la organización empresarial no favorezca o no promueva la comisión de hechos delictivos. Según, Lascurain Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 305, la razón para la atribución de la posición de garantía del empresario parte del ejercicio de la libertad como presupuesto de la responsabilidad. Así, la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal.

¹²⁵⁰ En relación con dicho deber de vigilancia, el art. 8 de la ley 27.401 (graduación de la pena) prevé la *omisión de vigilancia* sobre la actividad de los autores y partícipes. Por su parte, en los Lineamientos se afirma que, entre otras cosas, la correcta implementación de un programa constituye un medio idóneo para *ejercer la supervisión y control de los integrantes de la organización y sus partes relacionadas* (Lineamientos para la implementación de programas de integración (<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>)).

¹²⁵¹ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 80. Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328 refiere la delegación correctamente efectuada modifica la posición jurídica del delegante liberándolo de los deberes inherentes al ámbito competencial que se trate. Ahora bien, el delegante mantiene el poder de revocación de la delegación, lo que significa que de algún modo le *incumbe* lo que el delegado organice. Esa incumbencia no puede tener como contenido un deber de vigilancia y control exhaustivo respecto de la actividad delegada. Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 186; Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 344-345; Lascurain Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 307, también aluden a la transformación o modificación de la posición de garante.

¹²⁵² Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 99. Aquí resulta dudoso que sea siempre posible delegar su doble contenido: deber de adquirir conocimiento y deber de corregir la actuación defectuosa o de instar al subordinado a su concreción porque, en muchos casos, no se podrá transferir el deber de corrección por imposibilidad de transmitir las competencias necesarias para ello. Por lo tanto, y de ser así, el delegado de vigilancia tendrá dos deberes: por un lado, del deber de obtener conocimiento; y por el otro, el deber de reportar la información obtenida al superior

En la práctica, puede darse la existencia de un sistema de doble o triple control de riesgos y estos se encuentran bajo el control del sujeto directamente competente para ello. Pero están también sometidos al control de otros sujetos – superiores jerárquicos de aquél– a quienes se les imponen deberes de supervisión y control sobre el sujeto directamente competente. Y este sistema de control dependerá del tipo de principio que rijan cada relación en concreto (p. ej., separación de esferas o competencia; desconfianza o confianza).¹²⁵³

Las relaciones interpersonales se rigen por el *principio de estricta separación de esferas (principio de competencia)*, el cual lleva implícita la idea de neutralidad. Es decir, la inexistencia de una posibilidad de extensión del deber en función del conocimiento.¹²⁵⁴

Ahora bien, la alta y media dirección debe establecer un mecanismo *proactivo* de control sobre sus subordinados (no pasivo, ni reactivo a la espera de indicios de una actuación defectuosa del subordinado) porque en este contexto rige el *principio de desconfianza*. Tampoco se exige una revisión total de todos los actos del subordinado que haría inútil e ineficiente la delegación efectuada. P. ej., implantando sistemas de inspección periódica, procedimientos de información periódica de los subordinados al delegante o creando un órgano específico. Hasta tanto no se logra ese mecanismo de control activo existe en el superior jerárquico un *deber previo de procurarse información* acerca del modo en que el subordinado está gestionando su propia esfera de competencia y un *deber posterior de instar al subordinado a la corrección* de tal actuación defectuosa, evitando las consecuencias lesivas derivadas de aquella o, en caso de no hacerlo, la *corrección directa* de dicha situación.¹²⁵⁵

Este deber puede configurarse distinto en el caso de jerárquicos inferiores - en relación a sus superiores - con deber de vigilancia sobre sus subordinados. Por un lado, el deber previo de obtener información; y por el

jerárquico competente para corregir la situación defectuosa (*ibidem.*, p. 99). Para Bock, Dennis, 2013, p. 114, la supervisión es delegable. Surge así un sistema en forma de cascada de control intraempresarial. Los deberes de supervisión de la dirección de la empresa se convierten en deberes mediatos (no delegables), en un deber de segundo grado, esto es, en un deber de metavigilancia.

¹²⁵³ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 84 y 87. Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 345-346, se refiere a deberes activos y pasivos según la mayor o menor proximidad a la realización material de la tarea riesgosa. En el caso que el empresario delega la coordinación y ejecución de las tareas a determinadas personas, su posición de garantía originaria muta en un deber de vigilancia y supervisión *activo* de dicha actividad. Si se produce una nueva delegación a favor del OC, la posición del empresario vuelve a mutar a un deber de supervisión *pasivo* (procurarse información y reaccionar en caso de conocer una situación de peligro).

¹²⁵⁴ P. ej., las relaciones entre los directivos situados en el mismo plano horizontal (niveles de alta y media dirección) se hallan, por lo general, regidas por este principio. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 85, 93-94.

¹²⁵⁵ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 86, 88, y 90 y nota 38. Coincide que no puede exigírsele a la cúpula de la empresa un control total de los riesgos que se deriven de la misma, incluyendo la que proceda de la actuación de los subordinados, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 323. Éste autor agrega que lo exigible termina con una adecuada organización de la vigilancia en aras a evitar la realización de riesgos típicamente empresariales. Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 315, alude a delitos que puedan entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma.

otro, el deber de transmitir o reportar la información recibida a su superior con competencia para corregir la situación defectuosa.¹²⁵⁶

Por el contrario, si el delegante o superior jerárquico cumplió con lo anterior –establecido el sistema de vigilancia–, ya puede verse amparado por el *principio de confianza*, es decir, ya no se tiene el deber de procurarse información acerca de si el subordinado está obrando defectuosamente en su propio ámbito de actuación.¹²⁵⁷ Ahora bien, sí tiene un deber residual pasivo y reactivo en caso de tomar *conocimiento* o haber sido reportado de indicios de una actuación defectuosa del subordinado.¹²⁵⁸

Volviendo a la idea de *compliance*, y teniendo en cuenta las características previamente analizadas del mismo, podría concluirse que su implantación en la empresa no constituye un deber jurídico penalmente reforzado –por lo menos en relación a la estricta responsabilidad de la persona jurídica privada en hechos de corrupción–¹²⁵⁹, sino que es una facultad que tiene como finalidad,

¹²⁵⁶ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 88.

¹²⁵⁷ Este podría ser el caso del Consejo de Administración y de los miembros entre sí (interacción en el seno de un grupo horizontal bien definido, con relaciones estrechas relativa fungibilidad de los roles, igualdad, reciprocidad y un objetivo común bien determinado). Si bien tienen deberes de garante recíprocos, no serían deberes de vigilancia. Esto es, no tendrían el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significaría que, si un consejero toma conocimiento de la comisión de un delito por parte del otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 96-97. Para Bock, Dennis, 2013, p. 118, el deber de control del jerárquico hacia el subordinado, una vez cubierto correctamente el puesto de trabajo, está limitado por la exigibilidad y viabilidad práctica. No es exigible que el delegante esté en todo momento enterado de lo que el delegado ha hecho, es suficiente con un acompañamiento general. Y, más adelante refiere que, en éste contexto rige con ciertos límites el principio de confianza: el director de la empresa puede confiar –por regla general– en la observancia de las normas. La indagación desproporcionada, el espionaje y el control integral de forma constante son inexigibles. Según Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 309, la cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia.

¹²⁵⁸ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 86 y 90. En este contexto, la imputación de la infracción del deber de control presupone el *conocimiento* de la situación que activa el deber. Y ese conocimiento surge en A, precisamente, cuando éste *advierde* que B está obrando defectuosamente. Solo puede imputarse subjetivamente A la infracción del deber de no evitación del resultado producido en la esfera de B si A *llegó a conocer* (o a poder conocer) precisamente que se daban los presupuestos de activación de su deber (*ibídem.*, ps. 85-86). En este ámbito podrían cobrar fuerza los casos de bloqueo de información, información falsa o reporte defectuoso o incompleto de la información de los inferiores a los superiores y, en consecuencia, *la falta de conocimiento o de conocimiento incompleto del superior* que podría derivar en supuestos de autoría mediata por omisión de los inferiores que instrumentalizan a los superiores (*ibídem.*, p. 93). En la misma línea, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328, al decir que esta situación podría determinar una situación de error invencible en el órgano de administración.

¹²⁵⁹ Sería distinto el caso, que por motivos de extensión no podemos desarrollar aquí, de los supuestos que exceden la ley 27.401 (es decir, que excedan los hechos de corrupción y los pocos delitos que prevé la ley). Si bien podría tratarse de una voluntaria política idónea para que la empresa establezca una más adecuada organización interna y externa frente a riesgos de otro tipo (p. ej., hurto, robo, lesiones, fraude interno, daños al medio ambiente, seguridad operacional, salud y seguridad en el trabajo), ello contiene una valoración jurídica penalmente

entre otras, la de prevenir y neutralizar estados de cosas defectuosos (defectos de organización) existentes, favorecedores de hechos delictivos individuales, y sustituirlos progresivamente por estados de cosas favorables al cumplimiento del Derecho por parte de los subordinados y sus directivos.¹²⁶⁰

Y, una vez implementado un programa de cumplimiento adecuado, el principio de desconfianza que rige las relaciones verticales se ve sustituido por el principio de confianza. Es decir, los superiores jerárquicos de la empresa pueden confiar en que no se producirá un hecho lesivo, salvo que adviertan indicios o sean informados de los mismos y que el propio programa habría de poner de manifiesto.¹²⁶¹ Recién allí, el superior jerárquico debería actuar reactiva o proactivamente para corregir la situación defectuosa o instar al subordinado a corregirla.

5. RESPONSABILIDAD PENAL DEL OC

Sobre el tema, cobró repercusión en la literatura jurídica penal la sentencia de la Sala 5ª del BGH de 17/7/2009, por la cual se confirmó la condena como cómplice en comisión por omisión del delito de estafa a la persona que, al momento de los hechos, era director del departamento de revisión interna y director del departamento jurídico. Pero, a modo de *obiter dictum*, el Tribunal afirmó que al OC le incumbía por regla general un deber de garante jurídico penal en el sentido del §13 StGB en el contexto de la actividad de impedir delitos que surgieran de la empresa por parte de sus miembros. Según el BGH esa era la necesaria contrapartida del deber asumido frente a la dirección de la empresa de impedir ilícitos y especialmente delitos.¹²⁶²

Como ya se expresó, y en relación al deber de vigilancia que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias a sus subordinados, aquél es asimismo *delegable*. Es decir, cuando el órgano de administración transfiere la gestión del programa de cumplimiento a un OC o a un Departamento de *Compliance* integrado, asimismo, por varias personas –donde se producirán nuevas delegaciones– bajo la dirección del jefe del Departamento. En este

distinta al contexto que subyace a la vigencia de la ley 27.401. Principalmente, porque es posible que en el seno de una empresa se ejerza un debido control y vigilancia sobre los subordinados *sin que exista necesariamente un programa de cumplimiento previo*. Por el contrario, en grandes y medianas empresas y una vez conocida la posibilidad de diseñar e implantar programas de cumplimientos, resultaría recomendable instaurar el *compliance* en forma efectiva y adecuada y, con ello –a pesar que no estén en juego hechos de corrupción pero sí potenciales hechos graves que atenten, p. ej., contra la integridad psicofísica o la vida de las personas– será más factible que el empresario se exima de responsabilidad penal. Ahora bien, no será exigible esta situación, ni se deberían extraer consecuencias negativas penales, si se analizan hechos de larga data, nos atrevemos a pronosticar más de 5 años de antigüedad en la Argentina ya que, con anterioridad y si bien a nivel internacional ya era conocido y aplicable, no tenía mayor difusión ni aplicación. Por lo menos, no en los términos que hoy se pretende.

¹²⁶⁰ Por el contrario, y con relación a la legislación española, Silva Sánchez considera que sí se trataría de un deber jurídico reforzado para la empresa. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 101.

¹²⁶¹ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 101-102.

¹²⁶² Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 319-320. Como sostiene el autor, esta sentencia generó un revuelo en la doctrina que, a la fecha de la resolución, no se había planteado la posibilidad de que el OC llegara a responder penalmente por incumplir los deberes asumidos.

contexto parece que opera una forma de delegación especialmente relevante y, más allá de cumplir distintas funciones, también es un delegado de vigilancia.¹²⁶³

Aquí el OC *asume* las competencias delegadas y, más allá de su propio ámbito de actuación, una parte de la correspondiente posición de garantía transferida oportunamente.¹²⁶⁴ Y su responsabilidad se fundamenta en el incorrecto desempeño de los deberes asumidos.¹²⁶⁵ Por lo general, se tratará de una conducta contraria y omisiva a los deberes previamente asumidos cuya realización hubiera supuesto una obstaculización a la comisión del delito.¹²⁶⁶

Con una opinión distinta, García Caveró distingue, a la hora de analizar la posible responsabilidad del OC y su fundamento, entre *i.* programas de cumplimiento normativo *impuesto legalmente con la obligación específica de nombrar un OC*; *ii.* programa de cumplimiento normativo adoptado *voluntariamente para proteger intereses propios* y *iii.* Programa de cumplimiento normativo adoptado *voluntariamente para evitar delitos en perjuicio de terceros*.

En relación al punto *i*, considera que la posición de garantía del OC tiene una naturaleza *institucional* por la asignación de deberes estatales de prevención. Por lo tanto, su responsabilidad penal vendría como consecuencia de la infracción de deberes positivos de colaboración para con el Estado. Si el incumplimiento de estos deberes legales facilita o permite la comisión de un delito por parte de un miembro individual de la empresa entonces su omisión será equivalente a la realización activa de ese delito y podrá responder penalmente.

Con respecto al punto *ii*, también se propugna una posición de garantía del OC de naturaleza *institucional* basada en una relación de confianza especial que la empresa deposita en el OC. Aquí, al igual que lo anterior, aquél podrá responder penalmente por la infracción de sus deberes positivos de velar por los intereses de quien lo nombró como tal.

Finalmente, y en lo atinente al punto *iii*, la posición de garantía del OC se fundaría en la *competencia por organización*, en la medida que haya asumido la

¹²⁶³ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 103. Las funciones, obligaciones y características del OC fueron analizadas en el apartado correspondiente de este trabajo y allí nos remitimos.

¹²⁶⁴ No existe una posición de garante *original* del OC por los delitos que se cometan en la empresa. Así, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321. El OC no asume la completa posición de garantía de control y vigilancia por delegación del competente ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte. No obstante, y al disponer de la información relevante para el cumplimiento de la función de vigilancia y control residual del garante primario, ocupa una posición privilegiada en la empresa y condiciona la actuación del órgano directivo que tiene que tomar decisiones en base a la información que el OC le reporte (*ibidem.*, ps. 324-325). Según Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 197, los deberes de asunción pertenecen al ámbito de los deberes negativos. Con cita de Jakobs, afirman que “el que organiza a otro merma en su protección, debe compensar este deterioro con aportaciones propias”. Comparte la noción de *asunción*, Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 343-344.

¹²⁶⁵ Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 325.

¹²⁶⁶ Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 326. Según el autor, se podría tratar de la pasividad ante la presencia de indicios sobre posibles conductas delictivas o de la no transición de la información obtenida al órgano competente para impedir las. Más raramente se dará el supuesto de total dejación de funciones por parte del OC.

gestión de la información que el directivo necesita conocer para adoptar una medida de prevención o cesación de la comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial. En este contexto, será necesario establecer que el cumplimiento adecuado de alguno de los deberes previamente asumidos habría evitado o, cuando menos, dificultado la realización de la infracción penal del miembro individual de la empresa.¹²⁶⁷

Dicha delegación, para ser válida y expandir sus efectos jurídico penales, debe haber sido realizada por un delegante libre y un OC que asume libremente las nuevas competencias; el delegado debe ser una persona capaz de desarrollar las nuevas tareas y acompañada de la entrega del necesario dominio y recursos para el cumplimiento del deber.¹²⁶⁸

En principio, parece razonable que el OC, ante un programa de cumplimiento adecuado previamente diseñado, pueda confiar en el buen funcionamiento del mismo, salvo conocer o tener indicios de fallas, y deba sólo gestionarlo, actualizarlo y corregirlo ante la presencia de indicios de organización defectuosa.¹²⁶⁹

Ahora bien, de modo general y siempre que el OC no tenga funciones ejecutivas,¹²⁷⁰ le corresponderá la obtención de información sobre la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento y el reporte de la información obtenida a los jerárquicos superiores competentes para dar solución al problema.¹²⁷¹ Si el OC tuviera funciones ejecutivas, además tendría que instar al subordinado a corregir la situación de riesgo o corregirla directamente de ser necesario, más allá de reportar a sus superiores.

¿Qué sucede si los superiores jerárquicos, en el caso de no contar el OC con funciones ejecutivas para neutralizar *per se* el riesgo en cuestión, no atienden a la información reportada ni a sus sugerencias? En lo personal, y en nuestra legislación, consideramos que no tiene el OC un deber de denunciar penalmente a las autoridades dicha situación¹²⁷² ya que no se trata de un funcionario público. Lo cual no quita que, si lo hiciera voluntariamente y una vez iniciada una investigación penal, ello sea un indicio de interés para

¹²⁶⁷ García Cavero, Percy, 2019, ps. 973,974, 976,977 y 981. Esta distinción entre competencia institucional y por organización trae importantes consecuencias jurídicas, en su posición, a la hora de analizar si el OC responde, en general, a título de autor (siempre lo será en el caso de incumplimiento de deberes positivos) o partícipe (podrá serlo en el caso de infracción de un deber negativo).

¹²⁶⁸ Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 310.

¹²⁶⁹ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 103.

¹²⁷⁰ Se afirma que el OC, en general, es independiente en términos organizativos, económicos y materiales aunque carece de facultades ejecutivas. Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321. Más adelante refiere que el OC no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar alguna irregularidad, debe transmitirlo para que lo corrija el competente (*ibídem.*, p. 324).

¹²⁷¹ Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 104.

¹²⁷² Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 104.

demostrar el cumplimiento integral de sus deberes y su eventual falta de responsabilidad penal en el hecho.

Tampoco se configuraría automáticamente la responsabilidad penal del OC por cualquier hecho *doloso* de corrupción que se produzca en la empresa (sólo podría tratarse de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados *y no se prevé la comisión imprudente de los mismos*) ya que es necesario que el OC también haya obrado con dolo.

Si lo que está en discusión no se trata de un riesgo típicamente empresarial o bien, aun siéndolo, se han dispuesto los mecanismos organizativos adecuados -incluyendo los relativos a la obtención de información- y, sin embargo, se producen resultados lesivos, estos sólo pueden explicarse como realización de riesgos en sí permitidos. También es importante destacar que el riesgo de comisión delictiva no impedido debe ser uno de aquellos que el OC asumió controlar en forma expresa y real en cada caso concreto.¹²⁷³

Por lo tanto, y retomando la pregunta inicial de este trabajo,¹²⁷⁴ el OC asumió determinadas competencias derivadas de la posición de garante originaria del empresario y, a partir de allí, tiene una determinada posición de garante de control y vigilancia que, atento a las circunstancias del caso concreto, le pondrían hacer incurrir en responsabilidad penal (generalmente, en calidad de autor o partícipe por omisión en comisión) con las salvedades y limitaciones que se establecieron en este trabajo.¹²⁷⁵ Y, en la medida que el OC infringe los deberes que le incumben (principalmente el deber negativo de no dañar a otro), obra de forma típicamente desaprobada en relación al delito finalmente cometido.¹²⁷⁶

¹²⁷³ Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 323 y 326. García Cavero, Percy, 2019, ps. 977-978, considera que, al referirse a la competencia por organización del OC, no le alcanza una responsabilidad penal por todos los delitos cometidos desde la empresa en perjuicio de terceros. Su competencia organizativa debe estar referida exclusivamente a los ámbitos de organización efectivamente asumidos en el marco de sus labores específicas.

¹²⁷⁴ Si, debido al cargo que recientemente había *asumido* el OC, éste podía tener algún tipo de responsabilidad penal y, en su caso, cuáles serían sus alcances y consecuencias.

¹²⁷⁵ Lo que no se explica aquí por motivos de extensión, más allá de algunas breves ideas introductorias y que será objeto de un futuro trabajo, son los alcances de la concreta intervención delictiva del OC en un hecho delictivo y bajo qué calidad específica podría responder (autor, coautor, autor mediato, partícipe primario o secundario).

¹²⁷⁶ Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328.

BIBLIOGRAFÍA

Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, "La intervención delictiva del compliance officer", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

Bock, Dennis, "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

García Cavero, Percy, "La posición del garante del oficial de cumplimiento", en *Derecho Penal y Persona (Libro homenaje al Prof. Dr. H.C.Mult. Jesús María Silva Sánchez)*, Coordinadores: García Cavero, Percy; Chinguel Rivera, Alejandro Ignacio, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019,

Gómez-Aller, Jacobo Dopico, "Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica" en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Directores: Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor, B de F, Montevideo, 2014,

Kuhlen, Lothar, "Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal" en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)" en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, Directores: Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor, B de F, Montevideo, 2014,

Prittwitz, Cornelius, "La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

Regner, Gustavo G., "Tone-at-the-top: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia", en: Durrieu Nicolás y Sacconi Raúl R. (Dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria* (pp. 211-216), Thomson Reuters: Buenos Aires, 2018,

Robles Planas, Ricardo, "El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el Derecho penal", en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Director: Silva Sánchez, Jesús María, Atelier, Barcelona, 2013,

Silva Sánchez, Jesús María, "Deberes de vigilancia y compliance empresarial" en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

PONENCIAS

**INSTITUTO DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO DE LA INTEGRACION**

LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES ¿SON SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL?

María Alejandra Sticca

I- INTRODUCCIÓN

En la concepción del Derecho Internacional del Siglo XXI, los Estados no son ya los únicos sujetos del DI, junto a ellos existen otros sujetos, creados por los mismos Estados, que son las Organizaciones Internacionales y otras entidades no estatales que, en determinados supuestos concretos tienen una cierta subjetividad internacional.

En esta línea, la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 11 de abril de 1949, en el asunto de Reparación de daños al servicio de Naciones Unidas, afirma que “Los sujetos de derecho en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos”. Este párrafo permitió sostener que en el Derecho Internacional Contemporáneo, los Estados no son los únicos sujetos de DI, sino que la Comunidad Internacional está formada por un conjunto heterogéneo de sujetos y actores.

La identificación de los sujetos no estatales es un tema ampliamente debatido por la doctrina contemporánea. Desde la teoría, aún compartiendo una misma definición de sujetos, los internacionalistas no coinciden en la enumeración de todas las entidades no estatales que califican de sujetos. Algunos autores, incluso, se refieren a una misma entidad, pero con diversa denominación. A ello se suma, la complicación de identificar con claridad, en la práctica, a otros actores/sujetos internacionales.

Los doctrinarios tampoco se han puesto de acuerdo en cuanto a si la subjetividad internacional y la personalidad Internacional son conceptos equivalentes o distintos.

II- CONCEPTOS DE SUJETO DE DI

La doctrina no es pacífica a la hora de conceptualizar a los sujetos de DI, ello trae como consecuencia que según se adscriba a una u otra teoría, los entes que son considerados como sujetos de DI varían. De este modo, para algunos autores la humanidad puede ser considerada sujeto de DI, en tanto que titular de algún derecho. En cambio, otros autores no comparten esa posición porque se enrolan por ejemplo en la teoría de la responsabilidad. Otros casos discutidos, son las ET, los pueblos indígenas u originarios/ las organizaciones no gubernamentales / generaciones futuras.

El profesor Barberis define al sujeto de DI como “aquel cuya conducta esta prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”¹²⁷⁷. En la misma línea, se ubica el profesor Pérez González, quien define a sujeto de DI como “el ser titular de derechos y obligaciones según las reglas del orden jurídico internacional”¹²⁷⁸.

Por el contrario, Carrillo Salcedo define a los sujetos del DI como “aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su proceso de elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o incurren en responsabilidad internacional si son ellas quienes las incumplen”¹²⁷⁹.

¹²⁷⁷ BARBERIS, J. *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 19 ss.

¹²⁷⁸ PERÉZ GONZÁLEZ, M. La subjetividad internacional, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, 1997, p. 211.

¹²⁷⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, p. 25.

3. ASÍ, PARA LA TEORÍA PURA DEL DERECHO, EL CONCEPTO DE SUJETO DE DERECHO SE HALLA VINCULADO CON LA NOCIÓN DE ÁMBITO DE VALIDEZ PERSONAL DE LA NORMA JURÍDICA. CUANDO SE EXPRESA QUE UN INDIVIDUO ES SUJETO DE UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA, ESTO SIGNIFICA QUE UNA CONDUCTA DE ESE INDIVIDUO APARECE DESCRITA POR EL ORDEN JURÍDICO COMO OBLIGATORIA. CUANDO SE AFIRMA QUE UN INDIVIDUO TIENE CIERTA COMPETENCIA JURÍDICA PARA CREAR NORMAS, SE QUIERE DECIR QUE DETERMINADAS CONDUCTAS DE ESE INDIVIDUO PARTICIPAN EN LA CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS.

Para que un individuo sea sujeto de derecho, es suficiente que una norma del orden jurídico prevea una conducta suya como contenido de un derecho o de una obligación jurídica. La extensión de esa personalidad jurídica puede ser más o menos amplia.

La teoría de la responsabilidad, por su parte, entiende que sujeto de DI a todo aquel que se halla al menos en una de las dos situaciones siguientes:

1. ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional
2. ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional

Ambos tienen en común el elemento de la responsabilidad internacional. En el primer caso, se trata de quien puede invocar y hacer valer la responsabilidad internacional, y en el segundo quién puede asumirla.

Dentro de la misma teoría de la responsabilidad, encontramos que otros autores consideran sujeto de DI es quien es responsable internacionalmente, es decir, todo aquel que puede ser destinatario de una sanción internacional.

Sáenz de Santa María afirma que los parámetros para determinar la condición de sujeto de un determinado ente radican en la capacidad para participar en la creación y aplicación de las normas y para relacionarse con otros sujetos¹²⁸⁰.

III- EMPRESAS TRANSNACIONALES (ET)

Desde hace muchos años, se viene estudiando el papel fundamental que representan las ET en el ámbito internacional, se pueden consultar numerosas publicaciones sobre el tema.

Si bien, se utilizan los términos empresa o sociedad multinacional o transnacional consideramos más adecuado, empresas transnacional por dos razones:

- a) Empresa es más amplio que el de sociedad, porque no es requisito que se la dote de una forma jurídica determinada
- b) Multinacional puede ser confuso. Transnacional designa aquello que trasciende las fronteras de un Estado

En cuanto a un concepto preciso de ET, es difícil de alcanzar debido a las diferencias existentes entre las ET y los variados caracteres que presentan. Cabe

¹²⁸⁰ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A. *Sistema de Derecho Internacional Público*, 4ª edición, Thomson Reuters, 2016, p. 57.

señalar que según un Informe sobre inversiones en el mundo de UNCTAD¹²⁸¹ hay aproximadamente 70.000 ET. Las ET no financieras más importantes *i.a.* General Electric, Vodafone, Ford Motor. Algunas de las ET financieras son Citigroup, Allianz y UBS.

La mayoría de las definiciones doctrinales de ET parten de estos dos elementos:

- a) diversidad territorial de sus actividades
- b) capacidad de control de las entidades respecto de las demás

Es unánimemente aceptado que las ET son actores económicos internacionales, pero también que las ET son actores políticos, no sólo por una determinada acción en relación con un gobierno, sino porque en muchos casos recurren al poder político para modificar los elementos de poder, bien sea de los Estados o de otros actores.

Estas empresas van generando un poder con capacidad para alterar la política de algunos Estados, desarrollando al mismo tiempo su propio sistema de relaciones internacionales al lado de las relaciones interestatales¹²⁸².

Siguiendo a Bermejo García, afirmamos que estas empresas se han dotado de un poder transnacional con las capacidades siguientes:

- a) Centro de decisión internacional
- b) Capacidad para transferir bienes, recursos financieros y tecnología
- c) Alto grado de competitividad
- d) Tienen su propia diplomacia
- e) Pueden crear alianzas con Estados o con otras empresas

IV- LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES ¿SUJETOS DE DI?

El tema no es pacífico, es complejo en general respecto de todos los sujetos no estatales.

Ya en 1975, por ejemplo Miaja de la Muela escribió un artículo titulado *El DI ante las sociedades multinacionales*¹²⁸³.

Se pueden identificar principalmente dos tesis: A) aquellos que defienden que no todos los actores que participan en las cada vez más complejas relaciones internacionales, a pesar de que tengan mucha influencia en la sociedad internacional, son sujetos internacionales. B) reconocer a estas entidades la calidad de sujetos de DI no plantea serias dificultades teóricas, aunque serían sujetos menores y derivados.

La concesión de esta personalidad resulta, en general, de un contrato internacionalizado que un Estado lleva a cabo con una ET, contrato que sería sometido a las normas materiales y formales del DI. Dicha personalidad es funcional al quedar limitada al cumplimiento de sus obligaciones y a hacer

¹²⁸¹ Informe sobre las Inversiones en el mundo 2019 de la UNCTAD https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2019_overview_es.pdf

¹²⁸² BERMEJO GARCÍA, R. "Las Empresas Transnacionales como actores y sujetos potenciales en la Sociedad Internacional", en *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho* coord. por María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández, 2012, ISBN978-84-9031-009-0, p. 97.

¹²⁸³ https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19946/1/ADI_II_1975_05.pdf

respetar sus derechos, y relativa pues sólo será oponible al Estado o Estados que la hayan reconocido.

Lagos afirma que las empresas multinacionales tienen un rol muy importante en la formación del derecho internacional¹²⁸⁴.

El peso que adquirieron estas empresas en las relaciones económicas internacionales es extraordinario, aunque ello no se tradujo en el plano jurídico internacional, excepto en cuestión de derechos humanos. Hoy, hay una abundante bibliografía/doctrina que considera que estas empresas tienen una especial responsabilidad en la promoción y respeto de los derechos humanos, sobre todo en los ámbitos laboral y social.

Algunos autores propugnan su subjetividad basados en la capacidad que se ha reconocido a las ET para resolver sus controversias con Estados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias del Banco Mundial (CIADI) o Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que las admite desde que modificó sus reglas de procedimiento vigente desde fines de diciembre de 2012.

En este sentido, sólo pueden ser un sujeto menor de DI, ya que sus derechos u obligaciones no proceden del DI general, sino de un instrumento jurídico determinado. Su subjetividad será funcional, es decir, el alcance de sus derechos y obligaciones vendrá predeterminado por los Estados y no por el DI, esto ocurre no sólo en materia de inversiones sino en derechos humanos.

V-CONCLUSIONES

La comunidad internacional está en constante evolución, es dinámica y heterogénea, sin embargo se torna complejo identificar con precisión la naturaleza jurídica de algunas entidades. Tal el caso de las ET, que sin lugar a duda son actores de las relaciones internacionales, pero no cabe afirmar lo mismo de su subjetividad internacional.

Hoy asistimos a una tendencia a reconocer a las ET ciertas responsabilidades y otorgarles ciertos derechos muy acotados en el plano internacional, lo que no permite afirmar que estén dadas las condiciones para considerarlas sujetos de DI general.

¹²⁸⁴ LAGOS, E. "Algunas tendencias del Derecho Internacional a principios del Siglo XXI", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol V, 2005, p. 322.

¿QUÉ FUE DE LA DOCTRINA CALVO?

Graciela R. Salas

Resumen

Una de las contribuciones del continente americano al desarrollo del Derecho Internacional fue la conocida como *doctrina Calvo*, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo, sobre finales del Siglo XIX en forma casi contemporánea con la *doctrina Drago*, con fundamentos en el avasallamiento que las grandes potencias cometían contra la soberanía de las nuevas repúblicas latinoamericanas que salían de períodos turbulentos, con grandes deudas tanto públicas como privadas.

Pero, a pesar de algunos avances, no podría decirse que esta doctrina haya logrado su aceptación a nivel de Derecho Internacional general. De todos modos, la mayoría de los países latinoamericanos la han incorporado a su constitución, introduciendo asimismo algunas excepciones a esta doctrina al admitir la posibilidad del recurso a laudos arbitrales internacionales, como consecuencia de la celebración de convenciones y la creación de organismos y/o tribunales internacionales.

Palabras clave: doctrina - Calvo

Abstract:

One of the contributions of the American continent to the development of International Law was known as the Calvo doctrine, formulated by the Argentine jurist Carlos Calvo, about the end of the 19th century in an almost contemporary way with the Drago doctrine, based on the overpowering that the great powers they committed against the sovereignty of the new Latin American republics that came out of turbulent periods, with large debts both public and private.

But, despite some progress, it could not be said that this doctrine has achieved its acceptance at the level of general International Law. In any case, most Latin American countries have incorporated it into their constitution, also introducing some exceptions to this doctrine by admitting the possibility of resorting to international arbitration awards, as a consequence of the conclusion of conventions and the creation of organizations and / or international courts

Key words: doctrine - Calvo

INTRODUCCIÓN

Una de las contribuciones del continente americano al desarrollo del Derecho Internacional fueron sin dudas las conocidas como *doctrina y cláusula Clavo*, enunciadas por el jurista Carlos Calvo¹²⁸⁵, sobre finales del Siglo XIX en forma casi contemporánea con la *doctrina Drago*¹²⁸⁶. De allí que en ocasiones se las mencione en forma conjunta, con fundamentos en el avasallamiento que las grandes potencias estaban cometiendo contra la soberanía de las nuevas repúblicas latinoamericanas que acababan de salir de períodos turbulentos con grandes deudas, tanto públicas como privadas.

Una de esas situaciones se planteó en Argentina con el caso del Banco de Londres, que provocó la formulación de la doctrina Irigoyen (1877) por la que se negaba la nacionalidad de las sociedades anónimas, a los efectos de la protección diplomática, en este caso de Gran Bretaña. Por otra parte en épocas de consolidación del Estado - Nación en América Latina, era habitual la injerencia de las potencias extranjeras y el cobro compulsivo de las deudas constituía una de las excusas para los actos de intervención sobre puertos, aduanas, presiones diplomáticas. Muestra de ello fueron los bloqueos anglo - franceses al Río de la Plata en la década de los años '40 y la intervención francesa en México en la década de los años '60, ambos del Siglo XIX.

Fue en estas condiciones que especialmente los estados de esta parte del mundo visualizaron alguna posibilidad de alejar el riesgo de la intervención de potencias extranjeras que constituía una permanente amenaza. Con el correr del tiempo y el desarrollo del Derecho Internacional, los objetivos de estas doctrinas fueron penetrando, particularmente en las instituciones de nuestro continente americano, hasta alcanzar sus objetivos, por diferentes medios.

1. Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Titular de la Cátedra "C" de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y titular de la misma asignatura en la Universidad Blas Pascal.

¹²⁸⁵ Carlos Calvo (1824-1906) Nació en Montevideo, pero nacionalizado en Argentina desarrolló su actividad diplomática en diferentes cargos. Fue autor de *Derecho internacional teórico y práctico* publicado en 1868 y luego traducido al francés en su versión final de seis tomos.

¹²⁸⁶ Luis María Drago (1859- 1921), [abogado](#) y [político argentino](#). Fue ministro de Relaciones Exteriores durante la segunda presidencia de Julio A. Roca.

Ocurría que en esa etapa nuestro continente se abría a la inversión extranjera al mismo tiempo que el derecho de intervención era aún admisible según el Derecho Internacional clásico. En esa situación la soberanía estatal se veía afectada por la intervención extranjera en virtud de las reclamaciones diplomáticas avaladas por los estados de la nacionalidad de los inversores, por considerarse que una ofensa al inversor era también una ofensa a su Estado. Como es de imaginar, desde un comienzo la doctrina Calvo fue rechazada por los países europeos y por EEUU, aunque comenzó su camino latinoamericano con la Conferencia de Washington de 1889.

Posteriormente, sobre finales del mismo siglo, se produjeron actos de intervención sobre Venezuela. Fue precisamente este último hecho el que motivó la formulación de la doctrina Drago.

Otra doctrina en el mismo orden fue la doctrina Cárdenas¹²⁸⁷, de origen mejicano, ya en el Siglo XX, que comparte con ellas los objetivos respecto de la igualdad de derechos y obligaciones de nacionales y extranjeros en el Estado receptor.

Quedaban así planteadas las líneas principales en la discusión política y doctrinaria de la época: por un lado la igualdad de derechos de los extranjeros, a lo que cabría agregar las respectivas garantías, y que será recogida por las constituciones americanas; por otro todo lo relativo a la protección diplomática, tanto como derecho de la persona como del Estado de la nacionalidad.

La doctrina y la cláusula Calvo

En su obra *Derecho internacional teórico y práctico*¹²⁸⁸ Carlos Calvo expuso los principios fundamentales de su doctrina, sobre la base de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Según él: i) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia, lo que actualmente conocemos como *principio de no intervención* por parte de otros Estados, y que posteriormente se haría extensivo a las organizaciones internacionales; ii) la igualdad de derechos de nacionales y

¹²⁸⁷ Lázaro Cárdenas (1895-1970). Fue presidente de México entre 1934 y 1940.

¹²⁸⁸ CALVO, CARLOS. *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*. Paris, D'Amyot, 1868.

extranjeros¹²⁸⁹ y, que en caso de cualquier controversia, se deben agotar los recursos internos del Estado, sin requerir la protección diplomática del Estado de su nacionalidad.

Su doctrina se extrae del desarrollo que hacía de estas ideas a lo largo de su obra. Por vía de interpretación de sus trabajos y del intercambio de notas con el Ministro de Relaciones Exteriores Argentino Luis María Drago, es que apareció la *cláusula Calvo* que se introdujo en los contratos con ciudadanos extranjeros, con el objeto de obligarlos a someter a los tribunales locales las controversias que se suscitaren, renunciando a solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad¹²⁹⁰. Se trata entonces de una renuncia, que puede ser contractual, generarse en disposiciones legales o aún constitucionales, que se apoya en la protección de la potestad soberana de cada Estado sobre sus nacionales pero también en el deber de todos los habitantes de someterse a la jurisdicción local del Estado y, a los efectos de su cumplimiento, deben agotarse los recursos internos. Esta doctrina tuvo defensores como Seara Vásquez¹²⁹¹, Max Sorensen¹²⁹², o Sepúlveda Amor¹²⁹³, y también opositores y detractores como Luis A. Varela Quirós¹²⁹⁴.

Entre los opositores encontramos a los EEUU que se opusieron a la doctrina Calvo hasta la Sexta (1928) y Séptima (1932) Conferencias Panamericanas y la

¹²⁸⁹ CALVO, CARLOS. *Le droit international*, Vol. 6, 5ª edición, 1885, pág. 231.

¹²⁹⁰ Esta doctrina se venía aplicando anteriormente y lo encontramos p.ej. en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre Colombia e Italia (1894), cuyo art. decía: "*Ambo le parti contraenti desiderose di evitare discussioni che potrebbero alterare i loro rapporti amichevoli convengono che in materia di reclami o querele di individui privati referentesi all'ordine penale, civile od amministrativo, i loro agenti diplomatici si asterranno dall'intervenire, salvochè nei casi in cui si tratti di denegata giustizia o di ritardo straordinario o illegale nel far giustizia o di mancata esecuzione di una sentenza definitiva (...) Resta parimenti stipulato fra le parti contraenti che il governo italiano non terrà responsabile il governo colombiano, salvo casi di constatata colpa o negligenza da parte delle autorità di Colombia o dei loro agenti, dei pregiudizi sofferti in tempo di rivoluzione o di guerra civile, dai cittadini italiani nel territorio colombiano per parte degli insorti, od occasionati loro dalle tribù selvagge dipendenti dal governo*" Legge n. 402 che dà piena ed intera esecuzione al trattato di amicizia, navigazione e commercio tra Regno d'Italia e la Repubblica di Colombia, en Bollettino ufficiale del Ministero affari esteri (1894), pp. 1016 - 1028. Mediante este tratado se daba cumplimiento estricto a la doctrina Calvo al negar la responsabilidad del Estado en caso de daños a ciudadanos italianos durante guerras civiles, salvo denegación de justicia o culpa de las autoridades colombianas.

¹²⁹¹ SEARA VÁSQUEZ, MODESTO. *Derecho Internacional Público* Editorial Porrúa S.A. México 1994, p. 355.

¹²⁹² SORENSEN, MAX *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, México 1973, p.558.

¹²⁹³ SEPÚLVEDA, CÉSAR. *Derecho Internacional* Editorial Porrúa, México, 1986, p. 248.

¹²⁹⁴ VARELA QUIRÓS, LUIS A. *La protección diplomática y la nacionalidad de las personas*. Cita disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32528.pdf>

celebración de la [Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados](#) (1933). Sus relaciones se tensaron particularmente por la posición del gobierno de México de acuerdo a su constitución, que receptaban la doctrina Calvo. Dicho enfrentamiento se extendió incluso durante la Segunda Guerra Mundial, apoyado en la posición de instituciones científicas que propugnaban la abolición de la protección diplomática y de la responsabilidad de los Estados por los daños causados a los extranjeros durante las guerras civiles.

El espaldarazo definitivo a esta doctrina se daría en la Novena Conferencia Panamericana, en la [Carta de la Organización de los Estados Americanos](#) (art. 15) y en el [Tratado Americano de Soluciones Pacíficas](#) (art. VII)¹²⁹⁵, ambos firmados por EEUU, a pesar de mantener su oposición en la práctica. Sin embargo, y más allá de estos avances, no podría decirse que la doctrina que nos ocupa haya logrado su aceptación a nivel de Derecho Internacional general.

Para algunos autores los resultados apuntados surgen de la doctrina Calvo con fundamento en el principio de igualdad, reconocido ya por nuestra [Constitución Nacional](#), en su art. 14 desde 1853, cuando aún no se había perfilado esta doctrina.

De todos modos, la mayoría de los países latinoamericanos la fueron incorporando a su constitución¹²⁹⁶.

¹²⁹⁵ "Artículo VII. Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo". Disponible en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-42_soluciones_pacificas_pacto_bogota.asp

¹²⁹⁶ La Constitución boliviana de 2009 en el art. 320, II) dice: "Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.". La de Guatemala (1985), art. 29: "Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia". Particularmente severa es la Constitución salvadoreña (1983) en el art. 99: "Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de la denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expeditos". Es más, existen constituciones que imponen la cláusula Calvo en los convenios entre Estado y ciudadanos o empresas extranjeras, por ejemplo Ecuador (2007 - 2008) en su "Art. 307.- Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático"; la Constitución peruana (1993) en su art. 63, 2º c): "En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes u órganos jurisdiccionales de la República y se renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados en la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero", y la venezolana (1999), cuyo art. 151 dice: "En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes

La evolución posterior

Ya en la década de los años '60 el proceso de descolonización y el nacimiento de nuevos estados, en vías de desarrollo, llevaron a un primer plano otra vez el papel de las nacionalizaciones y los recursos diplomáticos, vinculándolos con la soberanía sobre los recursos naturales, como surge especialmente de las Res. N° 1803 (XVII). En este punto debemos rescatar el acento colocado en las expropiaciones o nacionalizaciones, previo una "appropriate compensation". Además la Res. N° 3171 (XXVIII) reconoce que son los tribunales locales quienes deben determinar el monto de la compensación y modo de pago y que cualquier disputa que se suscitara debe ser resuelta por los tribunales locales, de acuerdo a la legislación nacional del Estado que adopte tales medidas¹²⁹⁷.

Un paso más se dio con la formulación de la [Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados](#)¹²⁹⁸, considerada como una adopción solapada de la doctrina Calvo, al basarse en el principio de la igualdad soberana de los estados y la libre determinación de los pueblos.

Con posterioridad algunas Constituciones dejan abiertas excepciones a la doctrina que nos ocupa, admitiendo la posibilidad del recurso a laudos arbitrales internacionales¹²⁹⁹, como consecuencia de la celebración de convenciones y la creación de organismos y/o tribunales internacionales. Es el caso de la [Constitución de Perú](#), que en su art. 63 resuelve sobre la inversión nacional y extranjera, y particularmente en el último párrafo permite el recurso a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.

Ya en esta etapa la inversión extranjera adquirió gran importancia, lo que se tradujo en la celebración de numerosos acuerdos bilaterales de inversión, regidos

contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras". Finalmente en la constitución de México, el art. 27 dice: "... Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos";

¹²⁹⁷ Aquí sería de aplicación lo establecido por el art. 17 de la Constitución Argentina, en cuanto se refiere a la expropiación por causa de utilidad pública, ya desde 1853.

¹²⁹⁸ Disponible en: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Rel.Econ.Int/32.1.1.%20res.%203281.pdf

¹²⁹⁹ Como la Constitución peruana en su art. 63, 3er. Párrafo.

por el Derecho Internacional, con el objeto de otorgarles estabilidad, predictibilidad y certeza a nivel de derecho interno. Entre ellos, aparece la posibilidad del recurso a tribunales arbitrales internacionales a efectos de la resolución de las controversias que se plantearen.

Precisamente la creación de organismos y/o tribunales internacionales en la segunda mitad del siglo pasado, dio un giro especial a esta doctrina. Es más, para algunos autores, la nueva situación habría significado la disolución lenta pero inexorable de esta posición principista de los países latinoamericanos, de la mano de la liberalización del comercio exterior. De todos modos, la necesidad de su regulación ha llevado a la celebración de tratados bilaterales de inversión en los que se incluyen mecanismos de solución de controversias, y la referencia a la ley aplicable. En este punto la referencia ineludible parte de la aplicación del propio tratado, la legislación nacional del Estado receptor, otros acuerdos celebrados entre las mismas partes, o los principios generales del Derecho Internacional.

El Centro Integral de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ([CIADI](#)) fue establecido en el año 1965 con la firma del [Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados](#)¹³⁰⁰. En su art. 27 introdujo algo similar a la cláusula Calvo:

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

...

Esto impidió el ingreso de numerosos estados de la región, lo que se subsanó posteriormente con la celebración de la [Convención Multilateral Investment Guarantee Agency](#) (MIGA)¹³⁰¹, que creó el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, en el ámbito del Banco Mundial, reduciendo así los riesgos para los

¹³⁰⁰ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/67466/norma.htm>

¹³⁰¹ Multilateral Investment Guarantee Agency.

inversores en los países en desarrollo, tendiendo a la solución de controversias por las negociaciones directas o el arbitraje. A ello debemos agregar la contribución de los acuerdos subregionales en la solución de controversias como MERCOSUR, TLCAN-NAFTA, Comunidad Andina de Naciones, o bilaterales como MERCOSUR - Chile, MERCOSUR - Bolivia, acuerdos éstos que a su vez establecen sus respectivos sistemas de solución de controversias.

La cláusula Calvo

Finalmente, y aunque sea de manera muy breve debemos referirnos a la práctica latinoamericana conocida con el nombre de “*cláusula Calvo*” en reconocimiento a su inspirador, el jurista argentino Carlos Calvo. Consiste ésta en la incorporación a los contratos firmados por personas o empresas extranjeras al Estado, de un compromiso de sometimiento a sus leyes y tribunales y de no recurrir en caso de controversia sobre el cumplimiento o ejecución del mismo o en ocasión de él, a la solicitud de protección diplomática por parte del Estado del que se es nacional. Simple y llanamente se trata de una *renuncia voluntaria, por un contratante particular a recurrir a la protección diplomática de su gobierno en cualquier causa relacionada con su contrato*¹³⁰², renuncia que bien puede ser contractual, o proceder como en la mayoría de los Estados de nuestra región de disposiciones legales e incluso constitucionales.

No es nuestra intención discutir aquí los orígenes ni la racionalidad de la llamada cláusula Calvo, que tiende a la protección de la potestad soberana de cada Estado y del deber de todos los habitantes de someterse a la jurisdicción local del Estado, así como a reafirmar el principio de igualdad entre Estados. Esos principios están implícitos en los requisitos de la doctrina clásica de la protección diplomática conforme a la cual, para obtenerla, previamente deben agotarse los recursos internos, y sus excepciones.

En buena doctrina, y siguiendo la teoría clásica, pareciera que dicha renuncia, como tal no es válida, pues si sostenemos que la protección diplomática no

¹³⁰² GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO, *ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y AMÉRICA LATINA*. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO. 2009. PÁG. 456. BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. WWW.JURIDICAS.UNAM.MX. DISPONIBLE EN: [HTTPS://REVISTAS-COLABORACION.JURIDICAS.UNAM.MX](https://REVISTAS-COLABORACION.JURIDICAS.UNAM.MX) > JURIDICA > ARTICLE

constituye un derecho de la persona sino una potestad del Estado, no podría ésta renunciar a algo que no posee ni le compete ejercer. Esta tesis, desde luego no es aceptada por la mayoría de los autores latinoamericanos, quienes se explayan en razones de carácter histórico - político en defensa de la validez de la cláusula Calvo. Aunque por razones de espacio no podemos aquí desarrollar ampliamente el tema, cabe mencionar, apenas por vía de ejemplo las posiciones de Seara Vásquez o Sepúlveda Amor, que defienden arduamente dicha posición.

A nuestro parecer, el hecho de que el afectado haya renunciado a la protección diplomática, debe interpretarse en el sentido estricto como de renunciar a solicitar a su Estado la protección, y en consecuencia tal renuncia constituye un factor de disuasión jurídico y moral para que aquél, en caso de solicitársela un nacional que haya hecho tal renuncia, se la deniegue. En realidad lo que hace el sujeto al contratar con el Estado y comprometerse a no solicitar la misma, no es renunciar a la potestad del Estado sino a su propia facultad para ejercer ese derecho a su favor y tal renuncia, en nuestra opinión, es procedente. En consecuencia, la cuestión transitaría del ámbito del Derecho Público o de los derechos humanos, al ámbito del Derecho privado en tanto podría estudiarse en relación al contrato mismo en el que podría ser objeto de reclamación. En este caso entraríamos en el ámbito de la libertad de elección del foro, o el sometimiento a la legislación local, propios del Derecho privado.

Algunos autores¹³⁰³ sostienen que esta cláusula responde a una ficción jurídica que se introdujo en los contratos con los ciudadanos extranjeros, y que puede ser interpretada de distintas maneras: por un lado excluyendo siempre la protección diplomática y ante cualquier situación; por otro asegurando la protección diplomática sólo en caso de denegación de justicia; un tercero que a la posición precedente agrega a esa denegación de justicia que no sea una simple resolución desfavorable al reclamante y una última que reconoce a los extranjeros los mismos derechos y obligaciones que a los nacionales. En esta última posición se encuentra

¹³⁰³ TAMBURINI, FRANCESCO. *Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?* En Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Sección Historia del Derecho Internacional XXIV. Valparaíso, Chile. 2002. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>

nuestra Constitución Nacional, más allá de las limitaciones que pudieran imponerse por razones de seguridad¹³⁰⁴.

Un párrafo aparte merecen los casos de jurisprudencia en los que se discutió la aplicación de la cláusula Calvo¹³⁰⁵, que permiten analizar su aplicación a casos concretos.

El rol de la protección diplomática

Siempre desde la vinculación entre la cláusula Calvo y la protección diplomática, vemos que desde la creación de las Naciones Unidas el estudio de esta última ha constituido una preocupación permanente. Así quedó de manifiesto al encararse su análisis por parte de la Comisión de Derecho Internacional y al haberse expedido diversos tribunales en casos concretos. En efecto, luego de la creación de las Naciones Unidas, la Comisión seleccionó los principales temas a trabajar en su codificación, entre ellos la nacionalidad, la apatridia, el trato a los extranjeros y la responsabilidad de los Estados, hasta que en su 48º período de sesiones resolvió trabajar sobre la protección diplomática. El relator especial actual en este caso¹³⁰⁶, ha avanzado en la propuesta de artículos, con vistas a una futura convención, como es de práctica. Entre las deliberaciones planteadas, queda fuera de discusión que la protección diplomática es una facultad discrecional del Estado, que las condiciones para incoarla pertenecen al ordenamiento jurídico interno, y que es irrenunciable, a partir de la iniciación de la protección por parte del Estado.

Como decíamos más arriba, no ha escapado al tema que nos ocupa esta vinculación, y desde el comienzo aparece necesario referirse a diferentes situaciones como la de la distinción entre personas físicas y personas jurídicas, respecto de las cuales se han expedido tribunales internacionales, como en el [caso Mavrommatis](#) (1925) ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, o los casos [Barcelona Traction](#) (1970) o [Elettronica Sicula](#) (1989) ante la Corte Internacional de Justicia, a

¹³⁰⁴ En este sentido cabe citar la Ley 26.737 de Protección al Dominio Nacional sobre Propiedad, Posesión o tenencia de Tierras Rurales.

Disponible en: <https://www.mininterior.gov.ar/fronteras/pdf/ley-26737.pdf>

¹³⁰⁵ Caso Martini & Cia. C/ Venezuela, o el caso de la North American Dredging Co. of Texas vs. The United Mexican States, entre otros. Este último fallo es el que primero admitió la validez de la cláusula Calvo (1926).

los que nos remitimos, en honor a la brevedad y por exceder los alcances de este trabajo. Así, a partir de esos casos es posible reflexionar sobre el concepto de nacionalidad, los requisitos que debe reunir la persona que solicita la protección diplomática, el vínculo entre el Estado y la norma violada, el Estado, la sociedad y sus socios, etc. De esta forma, desde los fuertes vínculos entre ambas instituciones, es clara la necesidad de profundizar su estudio de forma paralela, aunque sin que ninguna de ellas arriesgue a perder su individualidad.

A estas alturas también debemos ir separando algunos enfoques del tema que nos ocupa, como el ya citado principio de no intervención, dado que a partir de su reconocimiento, particularmente en nuestro sistema interamericano y luego proyectado al mundo, implica la carencia de acción diplomática de los estados en los contratos en los que se incluye esta cláusula, dado que esta última queda en el orden del derecho interno, como decíamos más arriba, y que, aplicada a las contrataciones con firmas extranjeras, constituye un conflicto de normas, es decir pasa al ámbito del Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, según lo establecido en la doctrina Irigoyen, los ojos se vuelven sobre la nacionalidad de las personas jurídicas, elemento esencial al plantearse la posibilidad de la protección diplomática. Se afirmaba entonces que las mismas deben su existencia a la ley bajo la que se crean, por lo que la doctrina les negaba la nacionalidad, por considerar a la nacionalidad como un vínculo moral entre la persona y un Estado, que le es reconocida como un atributo de la personalidad. Sin embargo más recientemente la doctrina reconoce un vínculo jurídico - político entre la sociedad y el Estado en el que fue creada o en el que se establezcan sus filiales, vínculo éste que va a fijar el régimen legal entre la sociedad y sus accionistas, que no puede ser objeto de un tratamiento similar al establecido para las relaciones entre una persona y un Estado. Este punto fue objeto de un tratamiento específico en el citado caso Barcelona Traction ante la Corte Internacional de Justicia.

Conclusiones

¹³⁰⁶ DUGARD, JOHN. *Artículos sobre protección diplomática*. Disponible en: https://www.academia.edu/26724705/Art%C3%ADculos_sobre_protecci%C3%B3n_diplom%C3%A1tica?email_work_card=view-paper

Finalmente cabe responder a la pregunta inicial en el sentido que la cláusula Calvo, que tuvo por objetivo la enunciación de una norma de Derecho Internacional que garantizara los legítimos intereses nacionales, y a la vez asegurara el respeto de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, simplemente alcanzó sus objetivos, dado que, como quedó dicho más arriba, quedó plasmado en las constituciones nacionales. Y, lejos de renunciar a la defensa de sus derechos, los estados crearon internamente instituciones que han permitido la protección de sus derechos y a la vez asumir compromisos internacionales a través de tratados bilaterales o multilaterales.

De la misma forma, la celebración de acuerdos bilaterales de inversión, como así también la creación de sistemas de solución de controversias fueron allanando las dificultades que originariamente motivaron la formulación de la doctrina Calvo y la inclusión de la cláusula Calvo en los contratos a finales del Siglo XIX.

Es decir que la cláusula Calvo alcanzó sus objetivos al penetrar en las constituciones nacionales y en los compromisos asumidos por los estados a nivel internacional.

LAS EMPRESAS: ACTORES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

María Cristina Rodríguez

I.- CUESTIONES VINCULADAS CON LAS EMPRESAS DE INTERÉS INTERNACIONAL GENERAL

La Resolución 3281 (XXIX). “Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1974 en el marco del denominado *Nuevo Orden Económico Internacional*¹³⁰⁷. Este último fue un programa que buscó crear un nuevo sistema de relaciones económicas internacionales basado en la equidad, la igualdad soberana y la independencia de los intereses de los países desarrollados y los países en desarrollo.

En su artículo 2 reconoce que todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas, por lo cual tiene derecho a reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras, reglamentar y “supervisar las actividades de empresas transnacionales que operan dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales”. Agrega que las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan, y establece la posibilidad nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros¹³⁰⁸.

Tal como su título lo indica se trata de una declaración, por lo que no tiene fuerza jurídica. No obstante, la idea de control sobre las empresas transnacionales se había plasmado en disposiciones obligatorias en organizaciones de integración regional, como fue la Decisión n°24 adoptada en el ámbito del Pacto Andino en 1970, por la que se regulaba la inversión extranjera. En ella se hizo hincapié en el monopolio ejercido por las transnacionales sobre la tecnología y su transferencia con efectos negativos sobre las economías locales y se les prohibía actividades, tales como, servicios

¹³⁰⁷ El establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional fue aprobado por la AG de la ONU mediante la Resolución 3201 (S-VI) el 1 de mayo de 1974.

¹³⁰⁸ Estas empresas han sido definidas de varias maneras: como un grupo de corporaciones de diversa nacionalidad unidas por lazos de propiedad común y una estrategia de gestión común, o como empresas que poseen o controlan instalaciones de producción o servicios fuera del país en el que tienen su sede. Dichas empresas no siempre son privadas, sino que pueden ser entidades de propiedad estatal. Por su parte en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE la palabra “multinacional” alude una “sociedad mercantil o industrial cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países”.

públicos (agua, energía, telecomunicaciones, transporte interno), seguros, periódicos, etc. Además, contenía un plazo para la transformación de empresas extranjeras en nacionales o mixtas¹³⁰⁹. Con los años y los cambios gubernamentales la Decisión N° 24 fue modificada, hasta que en 1987 fue reemplazada por la n° 220, permitiéndose la creación de empresas mixtas.

La impronta de la globalización en la región planteó nuevos desafíos, ya que las empresas multinacionales fueron sus principales actores. Así, por ejemplo, durante la década de los 90' la incursión de las transnacionales a través de inversiones en la región sudamericana fue importante, principalmente en Brasil, Chile, Venezuela y Argentina, con la compra de activos vinculados a los servicios, al sector primario y a las manufacturas¹³¹⁰ o fusionándose con empresas nacionales. Esta práctica fue protegida por acuerdos de inversión, bilaterales¹³¹¹ o multilaterales¹³¹², la liberalización de los regímenes legales (*p.e.* ley de inversiones extranjeras 21382/93¹³¹³ y ley de patentes y modelos de utilidad 24481/95 en Argentina). En esa misma década fue trascendental la adopción del *Acuerdo General sobre Comercio de Servicios*¹³¹⁴ en el seno de la OMC (en vigor desde 1995) que vino a facilitar las inversiones en comunicaciones, seguros y transporte.

El beneficio fue mutuo, porque facilitó para cada Estado de la región la exportación de productos primarios o manufacturados, el flujo de capitales y la creación de empleos¹³¹⁵, y para cada empresa el ingreso al mercado interno y regional y la posibilidad de repatriar sus utilidades. La misma OIT reconoció la importancia de estas empresas en los siguientes términos: "Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en las economías de la

¹³⁰⁹ WIONCZEK, M. *El Grupo Andino y la Inversión Extranjera Privada*. UNC. Revista de Economía y Estadística, Tercera Época, Vol. 14, No. 1-2-3-4 (1970): 1º, 2º, 3º y 4º. Trimestre, pp. 219-248.

¹³¹⁰ NACIONES UNIDAS. CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, 2000. LC/G.2125-P
Abril de 2001.

¹³¹¹ Acuerdo suscrito con el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (Ley 24118 de 1992) es uno de los 58 tratados firmados por Argentina.

¹³¹² Argentina es parte de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1965). En el MERCOSUR fueron aprobados varios instrumentos: el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones en el MERCOSUR, firmado en Colonia del Sacramento el 17 de Enero de 1994 (Decisión del Consejo Mercado Común N° 11/93) y el Protocolo sobre Promoción y Protección de las Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, firmado en Buenos Aires el 5 de Agosto de 1994 (Decisión del Consejo Mercado Común N° 11/94), pero nunca entraron en vigor. En cambio el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra-Mercosur de 2004 está vigente desde 2017.

¹³¹³ La ley define inversión de capital extranjero como a) todo aporte de capital extranjero perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país; y b) la adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros (Art. 2. 1).

¹³¹⁴ El sector servicios comprende variadas actividades: médicas, seguros, educación, comunicaciones, veterinaria, investigación y desarrollo, etc.

¹³¹⁵ La creación de gran número de empleos no es tan evidente por la robotización de las industrias de capital extranjero. Además, es bien sabido que la gran mayoría de los empleos en la región depende de pequeñas y medianas empresas nacionales.

mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales, que es de interés creciente para los gobiernos, así como para los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones. Mediante las inversiones directas internacionales y otros medios, estas empresas pueden aportar ventajas substanciales al país de acogida y los países de origen, contribuyendo a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo”¹³¹⁶.

Si bien a nivel regional sudamericano no fue elaborado ningún instrumento que sirviera de guía de conducta¹³¹⁷, tanto para las empresas transnacionales como para los gobiernos de la región, fueron apareciendo dos importantes temas de discusión: los derechos humanos¹³¹⁸ y las cuestiones ambientales¹³¹⁹.

En el caso de los derechos humanos debemos señalar que no solo comprende los vinculados a las relaciones laborales, pues también incluye la responsabilidad empresarial de manera amplia, por ejemplo, la posibilidad de cooperar con los gobiernos en graves violaciones a los mismos (actividades de Shell en Nigeria, conocido como caso *Kiobel* y sometido a la justicia de Estados Unidos¹³²⁰).

En relación a las cuestiones ambientales podemos marcar dos aspectos bien diferenciados: 1) los conflictos por contaminación entre gobierno, sociedad y empresas, principalmente las mineras y petroleras (caso actividades de Texaco-Chevron en Lago Agrio- Ecuador¹³²¹), y 2) la necesidad de asistir a las Pymes

¹³¹⁶ OIT - *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006.

¹³¹⁷ Tampoco Naciones Unidas llegó a buen puerto con la elaboración de un código de conducta, cuya redacción estuvo a cargo del UNCTAD, pues los Estados demostraron poco interés en el mismo.

¹³¹⁸ Weilert, K. *Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law Practice*. Max Plant Yearbook of United Nations Law, Vol. 14, 2010, p.445-506.

¹³¹⁹ A modo de ejemplo, en 2012 el Comité encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, indicó que Canadá no había adoptado medidas para evitar que las empresas multinacionales que realizan actividades fuera del país afecten los derechos de los pueblos indígenas.

¹³²⁰ El caso está relacionado con las actividades de la empresa petrolera Shell en territorio nigeriano y su vinculación con el gobierno militar en violaciones de derechos humanos (ejecución extraterritorial, tortura, violación) respecto de la comunidad *ogoni* en el delta del Níger en 1995, algunos de cuyos integrantes protestaban por el impacto de la actividad de la empresa. En 2013 la Corte de Justicia de Estados Unidos declaró inadmisibile la demanda presentada por nigerianos residentes en ese país en el entendimiento que la justicia americana no tenía jurisdicción en tanto se trataba de delitos cometidos en el extranjero (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*)

¹³²¹ El tribunal arbitral, en el asunto *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, entendió que el fallo que condenaba a la empresa por contaminación ambiental había sido emitido fraudulentamente (“10.4 The Tribunal declares that material parts of the Lago Agrio Judgment of 14 February 2011 (as clarified by order of 4 March 2011) were corruptly ‘ghostwritten’ for Judge Nicolás Zambrano Lozada, as a judge of the Lago Agrio Court, by one or more of the Lago Agrio Plaintiffs’ representatives in return for a promise by such representative(s) to pay to Judge Zambrano a bribe from the proceeds of the Lago Agrio Judgment’s enforcement by the Lago Agrio Plaintiffs; 10.5 The Tribunal declares that the Respondent, by issuing, rendering enforceable, maintaining the enforceability and executing the

que tienen como clientes a las multinacionales, ya que se ha reconocido que “...la presión para que se cumplan normas exigentes de protección del medio ambiente pasa a través de una cadena de proveedores hasta llegar a las pequeñas y medianas empresas”¹³²².

| A partir de 2000 se agregó el tratamiento de la corrupción, cuyo caso emblemático fue el accionar de la empresa *Odebrecht* entre 2004 y 2016¹³²³, pese a la vigencia de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, aprobada en 1996¹³²⁴. La importancia de perseguir el contubernio entre gobiernos y empresas no se limitó a lo regional, puesto que en 2003 se adoptó la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, en vigor el 14 de diciembre de 2005¹³²⁵. En ella se exige que los Estados Partes prohíban a sus funcionarios la aceptación de sobornos y a sus empresas el ofrecimiento de sobornos a los funcionarios públicos nacionales, así como a los funcionarios públicos extranjeros y a los de las organizaciones internacionales (arts. 15 y 16). Este tratado insta, además, que se considere prohibir el soborno en el ámbito privado (art. 21).

Por su parte la OCDE fue elaborando una serie de directrices -cuya última actualización fue realizada en 2011- que pueden ser un ejemplo a seguir a nivel latinoamericano. Bajo el título *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*¹³²⁶ esta versión revisada incorporó nuevos aspectos en materia de derechos humanos basados en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. De manera sintética podemos mencionar: cambios sustanciales en numerosos capítulos especializados, tales como empleo y relaciones laborales; lucha contra la corrupción, las peticiones

Lago Agrio Judgment (as also Part X – Page 1 decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) and knowingly facilitating its enforcement outside Ecuador, wrongfully committed a denial of justice under the standards both for fair and equitable treatment and for treatment required by customary international law under Article II(3)(a) of the Treaty; 10.6 The Tribunal declares that the Respondent is liable to make full reparation to the First Claimant and the Second Claimant for denial of justice under the standards both for fair and equitable treatment and for treatment required by customary international law under Article II(3)(a) of the Treaty; and the Tribunal rejects the defences pleaded by the Respondent”. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador II*. PCA Case No. 2009-23. Laudo de 30 de agosto de 2018). Sin perjuicio de ello, cabe la posibilidad de reclamos por parte de los pueblos indígenas por los daños sufridos.

¹³²² UNCTAC. Doc. TD(X)/PC/7. 14 de enero de 2000, p. 3.

¹³²³ Esta empresa de origen brasileño recurrió al pago de sobornos para obtener contrataciones en 12 países, mayormente latinoamericanos, entre ellos Argentina. Esta práctica se prolongó durante años hasta que investigaciones del Departamento de Justicia de Estados Unidos fueron difundidas mundialmente.

¹³²⁴ “Artículo 12 - Sector privado 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas”.

¹³²⁵ El Congreso argentino la aprueba en 2006 mediante la ley 26097.

¹³²⁶ OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

de soborno y otras formas de extorsión¹³²⁷; medio ambiente; intereses de los consumidores y divulgación de información y cuestiones tributarias.

Algunas normas especiales del derecho internacional público han previsto prohibiciones, como el artículo 137.1 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982¹³²⁸; o responsabilidades, como el artículo 235 de la misma Convención¹³²⁹ y el artículo III.1 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar con hidrocarburos de 1969. Como el último acuerdo únicamente trataba la contaminación producida por buques tanque, en 1973 se adoptó el *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques y sus Protocolos Anexos* y en 1978 el *Protocolo relativo al mismo Convenio*. Estos acuerdos incorporaron al concepto de buque las plataformas fijas o flotantes. Más adelante, el *Convenio Internacional sobre Preparación, Cooperación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos* vino a regular la responsabilidad por derrames de petróleo provenientes de otras fuentes e incorporó el principio ambiental internacional de que “el que contamina paga”.

Dos trágicos hechos ocurrieron desde esa fecha. El primero fue el de la contaminación transfronteriza entre Australia e Indonesia ocasionada por el accidente de la plataforma *Montara* (2009) en el mar de Timor. La filial australiana de la compañía tailandesa que explotaba la plataforma, PTTEP Australasia, pagó 319 millones por las tareas de limpieza, luego de que un informe gubernamental la acusaba de impericia.

Al año siguiente sucedió la explosión y posterior derrame de petróleo desde la plataforma petrolera *Deepwater horizon* en 2010 en el Golfo de México. Si bien se aplicó la legislación norteamericana que establece importantes sumas en concepto de indemnización, la empresa propietaria, la británica BP, ofreció en garantía de reparación la suma de veinte mil millones de dólares para compensar a personas físicas y jurídicas por los daños sufridos. Fue tan importante la contaminación provocada por esta plataforma que en un informe (2010) de la Comisión Europea, elevado al Parlamento y al Consejo europeos, se

¹³²⁷ Bajo estas premisas el documento de la OCDE prevé que las empresas deberán “abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias” y que “deberán introducir en sus mecanismo de control interno y en sus programas o medidas de ética y cumplimiento disposiciones que prohíban o disuadan de recurrir a pequeños pagos de facilitación, que por lo general son ilegales en los países en los que se realizan y, si tales pagos existieran, contabilizarlos con precisión en los libros y estados financieros”.

¹³²⁸ Art. 137.1 “Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación”.

¹³²⁹ Art. 235. 2. “Los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción”.

indicó: “La mejora de la seguridad de los ciudadanos y la protección del medio ambiente no puede quedar a merced únicamente de la iniciativa discrecional del sector y de la autorregulación. El sistema regulatorio debe garantizar que la industria cumple unas normas claras, firmes y ambiciosas que permitan únicamente operaciones seguras y sostenibles. Además, el régimen debe contemplar un elevado nivel de transparencia que permita a la industria y a las autoridades públicas demostrar a cualquier parte interesada que las actividades que implican riesgos para la vida, el medio ambiente o los bienes son objeto de una gestión y de un control adecuados”¹³³⁰.

II. LAS EMPRESAS EN EL MERCOSUR: PYMES

Según un informe estadístico elaborado en 2014 por el Banco Mundial el 90% de las empresas en Latinoamérica pueden ser consideradas Pymes, las que si bien no representan un alto porcentaje en la productividad en comparación con la de las grandes empresas alcanzan relevancia en materia de empleo¹³³¹. También hay que mencionar que las primeras requieren -aunque en menor grado- bienes y servicios de las primeras, destacándose en esta relación las exigencias en materia de respeto de los derechos laborales y protección del medio ambiente¹³³². No obstante, la mayoría vuelcan sus productos al mercado interno, son más vulnerables a los vaivenes de las políticas económicas y tienen su acceso a financiamiento muy limitado¹³³³.

En el ámbito del MERCOSUR, además de la Decisión N° 70/00 del CMC, la cual aprobó el *Acuerdo sobre Política Automotriz*¹³³⁴, se fueron dictando normas para facilitar la creación de empresas binacionales (*Protocolo n° 5- Empresas binacionales. Acuerdo entre Argentina y Brasil de 1990 que estableció el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas*¹³³⁵), se reglamentó el establecimiento y libre ejercicio de actividades empresariales (*Acuerdo para la facilitación de actividades empresariales en el MERCOSUR de 2004- vigente*) y se adoptó el *Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR* en 2017.

¹³³⁰ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo hacer frente al reto de la seguridad de las actividades relacionadas con el petróleo y el gas en alta mar* (Doc. Sec [2010] 1193 final), p. 5.

¹³³¹ En 2017 se registraron en Argentina 609.393 empresas en el sistema de Seguridad Social, representando las Pymes el 99% y el 70% del empleo formal. OECD/CAF. *América Latina y el Caribe 2019: Políticas para PYMES competitivas en la Alianza del Pacífico y países participantes de América del Sur*, OECD, Paris (<https://dpi.org/10.1787/60745031-es>). Ese mismo año el Gobierno creó Exporta Simple, una plataforma online que busca simplificar trámites de exportación a pymes y permite cotizar y coordinar envíos al exterior con solo contar con clave fiscal nivel 3 de la AFIP, sin la necesidad de estar incluida en el registro de importadores y exportadores de la Aduana argentina.

¹³³² Los requerimientos en materia ambiental que suelen ser manejados mejor por las empresas multinacionales muchas veces inciden en los costos de las Pymes, ya que se ven obligadas a cumplimentar estándares a los cuales les es difícil adaptarse.

¹³³³ *Ibíd.*

¹³³⁴ Esta política fue precedida por el Protocolo n° 21 entre Argentina y Brasil, aprobado en 1998.

¹³³⁵ Ratificado por Argentina con la ley 23935 de 1991 y por Brasil en 1992.

Otras políticas de la organización regional fueron la elaboración de un Programa de Integración Productiva que incluyó la información sobre estándares técnicos para fortalecer la capacidad de las Pymes para acceder al mercado regional e internacional y en 2010 se creó un Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur Proyecto "Pymes exportadoras de bienes de capital, plantas llave en mano y servicios de ingeniería". Este proyecto fue rescindido en diciembre de 2018 (Decisión CMC 9/18).

Para finalizar, debemos señalar que, en el caso de Argentina y con sus particularidades dentro de la región, en 2018 la Fundación Observatorio PyME (FOP) señaló: "Sin empresas no hay trabajo. Y sin trabajo hay pobreza. Se debate cómo crear empleo, pero no se debate cómo crear empresas. La discusión sobre la generación de empleo olvida un paso intermedio: el empleo lo crean las empresas. Sin empresas, el trabajo lo deberá crear el Estado y las personas deberán auto-emplearse como 'monotributistas' en actividades de baja productividad"¹³³⁶. Al año siguiente volvió sobre la problemática destacando: "Argentina se caracteriza por una muy magra dinámica empresarial (bajo nacimiento de emprendimientos y reducido stock de empresas), una alta informalidad laboral (especialmente entre las empresas de menos de 10 ocupados), una elevada presión tributaria, la ausencia de un sistema de financiamiento de inversiones productivas y fuertes asimetrías regionales"¹³³⁷.

¹³³⁶ Fundación Observatorio Pyme. *Informe Especial: Natalidad Empresarial y Desarrollo Productivo*. Marzo 2018.

¹³³⁷ Fundación Observatorio Pyme. *Informe Coyuntural II-2019: La recuperación que no pudo ser*. Agosto 2019.

“ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS – ASPECTOS PARA SU DELIMITACIÓN y EXTENSIÓN EN LATINOAMERICA”

**Christian G. Sommer
Ezequiel Zampetti**

Resumen: La actividad de las empresas en América Latina, particularmente aquellas dedicadas a la extracción de minerales, petróleo y producción industrial, constituye uno de los focos de mayor convulsión social y vulneración de los Derechos Humanos en muchos de los países de la región. Desde el 2011, la comunidad internacional cuenta con un nuevo instrumento para tratar de revertir los efectos negativos de la actividad empresarial: Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, empresas transnacionales y otras empresas comerciales y desde 2014, en el ámbito de la ONU se está trabajando en un borrador de Tratado Internacional sobre la materia. La comunicación desarrollará los principales aspectos de las relaciones entre obligaciones de las empresas y normas de derechos humanos a través de los compromisos asumidos por los Estados de la Región.

Abstrac: The activity of companies in Latin America, particularly those dedicated to the extraction of minerals, oil and industrial production, is one of the focuses of greater social upheaval and violation of Human Rights in many of the countries of the region. Since 2011, the international community has a new instrument to try to reverse the negative effects of business activity: The United Nations Guiding Principles on Human Rights, transnational corporations and other commercial companies and since 2014, in the field of UN is working on a draft International Treaty on the subject. The communication will develop the main aspects of the relationship between corporate obligations and human rights norms through the commitments assumed by the States of the Region.

1. Preliminar

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba “*Derechos Humanos y Obligaciones de las Empresas. La necesaria aplicación de estándares Internacionales en el marco de la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos en Argentina*”¹³³⁸.-

Se pretenden esbozar algunas reflexiones acerca de los fundamentos de esta temática de marras y su razón de ser sin intentar, desde luego, agotar la cuestión, analizando algunos supuestos de la infinidad de posibilidades sobre los que abordar el tema.-

¹³³⁸ Aprobado por Res. Rectoral N° 1324 de fecha 16.05.2019.-

Desde ya, cabe decir que siendo este tópico tan reciente en cuanto su creación y desarrollo¹³³⁹ y – porque no – su aceptación; la redacción general de los Principios puede ser objeto de críticas en cuanto a su alcance y efectiva realización desde una faz práctica, ello en virtud de condicionamientos económicos y políticos, falta de concientización de las Empresas y la limitada capacidad de control y /o voluntad para su puesta en funcionamiento por parte de los Estados.-

Así, de la mano de lo dicho, se observa que algunos países de la región se han servido de Los Principios a los fines de redactar sus respectivos Planes de Acción o Programas Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos¹³⁴⁰, los cuales si bien poseen un encomiable ideario, parecería que no establecen con claridad o la especificidad suficiente las acciones tendientes a dichos fines. Se insiste, el ideario es claro y contundente, más no así las herramientas para conseguir ello.

2. Introducción

Toda empresa, de cualquier sector industrial o estatal, tiene impactos y responsabilidades de derechos humanos. Las empresas pueden tener consecuencias en la totalidad de las cuestiones de derechos humanos de manera positiva o negativa, incluyendo la discriminación, el acoso sexual, la seguridad y salud ocupacional, la libertad de asociación y de conformar sindicatos, la violación, la tortura, la libertad de expresión, la privacidad, la pobreza, el derecho a la alimentación y al agua, la educación y la vivienda¹³⁴¹.

El preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) llama a que “tanto los individuos como las instituciones” promuevan y respeten los derechos humanos. Aunque la obligación principal de proteger los derechos humanos sigue siendo de los gobiernos nacionales, las empresas tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos en sus operaciones.

Además de la Declaración Universal, los dos tratados vinculantes de derechos humanos a nivel mundial –Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- de 1966, Organismos internacionales como la ONU y la OEA, han adoptado convenciones temáticas sobre los derechos de las mujeres, los niños y niñas, los trabajadores migratorios y sus familias y las personas con discapacidad, y a estar libres de prácticas de genocidio, discriminación racial y de torturas. Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ha adoptado numerosos convenios sobre los derechos de las trabajadoras y los trabajadores, entre ellas uno específico

¹³³⁹ Principios adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de N.U., mediante Res. 17/4 del 6.6.2011

¹³⁴⁰ Por caso, Chile: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1106>, Colombia: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf, entre otros, por citar algunos.-

¹³⁴¹ AVILES HERNANDEZ, Manuela; MESENGUER SANCHEZ, Juan V. *Empresas, derechos humanos y RSC. Una mirada holística desde las ciencias sociales y jurídicas*. Arazandi, 2016.

sobre Pueblos Indígenas y Tribales en cualquier lugar del mundo. A pesar de todos estos instrumentos, no existe aún un mecanismo universal e internacional para las víctimas de abusos de derechos humanos que permitan presentar quejas contra empresas.

En el año 2000 las Naciones Unidas lanzaron el *Pacto Global de la ONU*¹³⁴² como iniciativa voluntaria en la que las empresas participantes se comprometen a alinear sus operaciones con nueve principios relativos a los derechos humanos, laborales, ambientales y contra la corrupción. Miles de empresas participan actualmente en el Pacto Global pero, como lo indica el propio Pacto Global, su carácter no es jurídicamente vinculante (obligatorio) y no juzga el desempeño de las empresas

Comenzando con alguna obviedad, cuando hablamos de Los Principios Rectores de Naciones Unidas Sobre Empresas y Derechos Humanos¹³⁴³ (en adelante “Los Principios”), nos referimos a aquellos Principios elaborados en el Seno de Naciones Unidas que tienen por finalidad regular y establecer pautas de comportamiento (antes, durante y posteriormente) en la actuación de las Empresas en el marco propio de su actividad comercial y en lo relativo a los posibles o potenciales efectos disvaliosos (en principio, desde una faz preventiva (proteger y respetar), y luego - de acontecer - medidas de resarcimiento o reparación (remediar)) que ello puede tener en la población, vrg., violación de derechos humanos.-

Elaborados por John Ruggie¹³⁴⁴, los mismos se asientan en “PROTEGER, RESPETAR y REMEDIAR”.-

Siguiendo entonces a Inés Garel, se pueden resumir los mismos del siguiente modo:

El primero establece el deber del Estado de proteger a la población de los efectos adversos que puedan producir sobre ella las empresas que se encuentran bajo su jurisdicción o en su territorio.

El segundo principio estipula la responsabilidad de todas las empresas, sea cual sea su tamaño, su sector o el país en el que se encuentre, de respetar los derechos humanos y de no producir impactos negativos en las poblaciones locales.

Finalmente, el tercer y último principio se refiere el acceso efectivo a remediar a las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos¹³⁴⁵.

Por su parte, en el ámbito americano la **Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** - y tomando como punto de partida Los Principios - presentó un Informe sobre la temática haciendo hincapié en la

¹³⁴² <https://www.unglobalcompact.org/>

¹³⁴³ https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹³⁴⁴ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

¹³⁴⁵ <https://panorama.ridh.org/que-son-los-principios-rectores-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

necesidad de establecer el marco jurídico en que se enmarca la responsabilidad de los Estados por actividades Empresarias que generen violaciones a los DDHH; presentando su Informe en la Sesión Extraordinaria del CAJP en febrero de 2018¹³⁴⁶.

3. Algunas Aproximaciones

Identificados, someramente, Los Principios, corresponde ahora adentrarnos sobre lo que será objeto de tratamiento en el presente.-

Así, se puede coincidir que es el Estado quien tiene a su cargo *monopólicamente* la obligación y responsabilidad de Difundir, Promover y Proteger los Derechos Humanos; y activar los mecanismos de reparación en casos de violaciones. En tal tarea suscribe¹³⁴⁷ (sentido amplísimo) los Instrumentos Internacionales y dicta las Leyes¹³⁴⁸ correspondientes para proveer a ello.-

Cuando el Estado dicta, entonces, las Leyes Generales lo hace a sabiendas de sus obligaciones Convencionales y Constitucionales del respeto por los Derechos Humanos, por lo que sus normas reconocen tal fundamento y se orientan a fortalecer el sistema en aras a arribar a la finalidad, última, de Bien Común.

Las Empresas, entonces, no se encuentran exentas de la actividad regulatoria del Estado que establece, marca, delimita, orienta, etc. su objeto, actividades, fines y los medios para la consecución de éstos.

En otras palabras, cuando el Estado regula normativamente las actividades generales, y particulares de las Empresas, no lo hace disociadamente del resto de sistema, con estándares distintos o, incluso, imbuidos de otras finalidades; sino que lo hace armónicamente y en base a los mismos principios pero teniendo en cuenta las peculiaridades que las actividades empresarias desarrollan¹³⁴⁹.-

Si nos posicionáramos desde una perspectiva amplísima, todas - y absolutamente todas - las actividades tanto de las Empresas como de los particulares (sobre lo que no me detendré) pueden ser tamizadas desde la óptica de los Derechos Humanos. Es decir, la vastedad y minuciosidad del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos - motivado quizás por las innumerables violaciones a lo largo de la Historia - posibilita que la totalidad de las actividades que realice una Empresa pueda ser transversalmente analizada desde tal óptica.-

Ello podría llevar a resultado absurdos. *A priori* no tiene la misma relevancia - por sus efectos - el incumplimiento por parte de las Empresas de obligaciones

¹³⁴⁶ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35396.pdf>

¹³⁴⁷ https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

¹³⁴⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, por caso Argentina.-

¹³⁴⁹ ANDREASSEN, Bard; VINH, Vo Khank. *Advancing Human Rights in Transnational Business*. Intercientia, 2016.

fiscales, que laborales, o ambientales, aquellas prestatarias de servicios públicos; tales como agua o energía, gas, transporte, recolección de residuos, etc.-

Ahora bien, y en una suerte de silogismo, se puede afirmar que si el Estado al dictar las normas generales "tiene en cuenta" los Derechos Humanos, y las Empresas se insertan dentro del ámbito de regulación general por parte del Estado, va de suyo que las Empresas - en el desarrollo de sus actividades comerciales - deben Proteger y Respetar los Derechos Humanos y, eventualmente, Remediar los daños ocasionados; puesto que ello está previsto en la regulación general interna del Estado en el que las Empresas desarrollan sus actividades.-No se desconoce en la afirmación anterior la existencia y situación propia de las Empresas Transnacionales y los daños transfronterizos que pueden ocasionare, pero ello no será objeto de análisis en el presente.-

4. Planteamiento de la Cuestión

Efectuada la aproximación inicial, la cuestión que ahora se plantea es: *¿Es pertinente y necesaria una regulación en el ámbito Interamericano sobre Empresas y Derechos Humanos?, en su caso ¿Cómo efectuar - de corresponder - una adecuada delimitación sin colisionar con las regulaciones propias y particulares del Estado en la materia; en una suerte de superabundancia normativa?*

Se adelanta opinión en el sentido afirmativo a la primera cuestión.-

La regulación en materia de Empresas y Derechos Humanos, y la elaboración en tal sentido de Los Principios, es pertinente, adecuada y necesaria.-

Y ello es así toda vez que - en la actualidad - por un lado, las Empresas desarrollan actividades sumamente sensibles y prioritarias para las personas y, por el otro, cuenta con una estructura y cantidad ilimitada (o cuasi) de recursos a veces incluso superiores a los de algún Estado; que requieren una regulación internacional que no solamente limite al marco de actuación imponiendo obligaciones específicas de abstención; sino que debe enderezar a ellas a asumir mayores obligaciones que deben traducirse en acciones afirmativas en materia de Derechos Humanos, su prevención y mecanismos ágiles de reparación.-

Y tal regulación, como se dijera, es necesaria puesto que las Empresas desarrollan una universo ilimitado de actividades que las coloca en una posición preponderante en el desarrollo económico (y de toda clase) de los Estados y los Pueblos.-

Las Empresas cuentan con enorme influencia respecto de las políticas públicas de los Estados en una relación inversamente proporcional (a menor capacidad de regulación por parte del Estado, mayor incidencia de las Empresas en las Políticas Públicas, y la posible violación de Derechos Humanos en virtud de tal interferencia), cuentan ellas con sobrados recursos humanos, económicos de infraestructura que las colocan estratégicamente en la vanguardia del desarrollo; sus acciones afectan directa e indirectamente a un vasto conjunto poblacional, y - como corolario - explotan y desarrollan actividades relacionadas con el uso y aprovechamiento de los recursos

naturales, afectando (o al menos, influenciando) el acceso al goce efectivo de derechos básicos¹³⁵⁰.-

Las mayores responsabilidades que lo expuesto coloca en cabeza de las Empresas indican que necesariamente debe seguirse de obligaciones acordes; puesto que de lo contrario resultarían insuficientes todas las acciones que los Estados tomen para regular sus campos de acción en forma aislada; y se traducirán en las violaciones a los DDHH que se pretende evitar.-

5. Someras Propuestas

Si bien Los Principios no efectúan distinción alguno respecto de las Empresas¹³⁵¹; es más, todo lo contrario, sin embargo entendemos que resulta necesario efectuar algunos distinguos para la aplicación de Los Principios y evitar de ese modo caer en arbitrariedades, inocuidades o - incluso - absurdos.-

Entonces, planteada la cuestión y habiendo adelantado nuestra posición, podemos ahora dar algunas propuestas a los fines de delimitar el marco de actuación y aplicación efectiva de Los Principios en la actividad comercial concreta y propia de las Empresas, pretendiendo dar con ello respuesta al segundo interrogante planteado sin, se reitera, pretender agotar el sinfín de casuística.-

Como refiriéramos antes, no es igual el impacto en cuanto a la vulneración de derechos que puede tener la actividad de una Empresa que, por ejemplo, no paga sus impuestos a otra que se dedica a la industria extractiva de minerales contaminando el agua de las poblaciones aledañas y produciendo anegamientos; y por ello mismo la adecuada delimitación en la aplicación de Los Principios fortalecerá y legitimará el Instituto bajo examen.-

No se quiere significar con ello que el hecho que una Empresa que no pague impuestos no se traduzca en una vulneración de derechos; máxime cuando existen Empresas que liquidan anualmente millones de divisas en países que necesitan esos ingresos para proveer a la población salud, educación, agua potable, etc. sino, simplemente, que en abstracto no parecería tener la misma implicancia una vulneración que la otra.-

El ejemplo es lo suficientemente grotesco para plasmar la idea.-

Lo dicho es sin desconocer la legislación propia de cada Estado para regular cada tipo de actividad que puedan desarrollar las Empresas y compatibilizando dichas normas con Los Principios.-

Entonces, en primer lugar, la delimitación podría establecerse por el tipo de vulneración de derechos. Deberá, entonces, efectuarse una aplicación más

¹³⁵⁰ MARTIN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*. Bosch International. 2008. pp. 123 y ss

¹³⁵¹ "14. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos."

https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

minuciosa y detallada de Los Principios en aquellas Empresas que se dediquen a la explotación de recursos naturales.-

En cuanto a esto, resultan novedosas y el aporte que efectúan son de suma importancia las audiencias temáticas llevadas a cabo entre los años 2004 a 2015 en el ámbito de la CIDH en lo relativo a las actividades empresarias relacionadas con el aprovechamiento sustentable (o su ausencia) de los recursos naturales y su vinculación con los pueblos afectados (industrias extractivas, petroleras, medio ambiente general, etc)¹³⁵².-

Otro aspecto a ponderar, en segundo lugar, podría ser la incidencia o el impacto cualitativo/cuantitativo que las actividades de las Empresas puedan desarrollar.-

Así, y referido exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones laborales - por tomar un caso - y en virtud de la aplicación de Los Principios; se deberá tomar en cuenta la incidencia y los efectos de las actividades Empresarias que afecten derechos laborales en relación a la cantidad de personas afectadas y la proporción poblacional que tal afectación implique.-

Por caso, la afectación o vulneración de derechos, respecto de sus dependientes, de una Empresa que emplea miles de trabajadores en un centro urbano de millones de personas, no será igual o no tendrá la misma significación a la de otra que emplee unos pocos trabajadores en una pequeña localidad, pero ese “manejo” de trabajadores significa la totalidad de la población laboralmente activa, siendo la única fuente de ingresos de tal comunidad. Ambos supuestos se enmarcan dentro de Los Principios, pero deben ser aplicados en forma tal que no se arriben a soluciones o situaciones ilógicas; debiendo ponderarse cada una de ellas cualitativa y cuantitativamente en relación al contexto.

En ese contexto, la sociedad civil y en el caso particular, las Universidades y las ONG, están haciendo un trabajo clave de monitorear la conducta en derechos humanos de las empresas y en particular, el conocer como los Estados aplican (o no) las obligaciones asumidas internacionalmente. Un aspecto para seguir estos compromisos de los Estados son los planes nacionales de derechos humanos.

Los Planes Nacionales de Acción en Derechos Humanos, desde la perspectiva internacional, surgieron conceptualmente durante la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, cuyo programa fue determinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992. La labor realizada durante esta Conferencia tuvo como resultado la Declaración y el Programa de Acción de Viena. De ello surgió la consolidación de uno de los principios básicos de los derechos humanos referente a la integración de los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (Parte I.5 de la Declaración). Por otro lado, “la

¹³⁵² El detalle completo se puede ver en el artículo de Katya Salazar <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf>

Conferencia Mundial de Derechos Humanos recomienda que cada Estado considere la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinen las medidas necesarias para que ese Estado mejore la promoción y protección de los derechos humanos.” (Parte II.C.71 de la Declaración). Es así que, en 1994, Australia fue el primer país en elaborar un Plan Nacional de Derechos Humanos y presentarlo ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A partir de entonces, 35 países han realizado sus Planes Nacionales de Derechos Humanos, entre ellos siete son latinoamericanos, siendo una de las regiones del mundo que ha liderado este proceso de planificación en materia de derechos humanos¹³⁵³.

La Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elaboró el primer Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos (2017 - 2020)¹³⁵⁴ para dar cumplimiento a los compromisos internacionales emanados de la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), del primer Informe Periódico Universal (EPU), y en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Todo ello apunta a que los beneficios de contar con un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos pueda estimular una comprensiva evaluación de las necesidades del país en materia de derechos humanos; permita generar una mayor conciencia sobre los derechos humanos entre las áreas de gobierno, las organizaciones de la sociedad civil, las fuerzas de seguridad, y la sociedad en general, permita crear una atmósfera de cooperación, y promueva vínculos con otros programas nacionales, como ser en las áreas de salud y educación, y permitiendo incidir en la mejora de la calidad de las vidas de las personas.

En el caso de Argentina, el Eje 5 del Plan nacional de derechos humanos alude al empoderamiento de la Cultura Cívica y compromiso con los derechos humanos, siendo su ítem 5.6 el referido a los *derechos humanos y las empresas*.

6. Ideas Finales

A modo de corolario, podemos brindar algunas aproximaciones finales. En primer lugar, el Instituto de Los Principios es reciente y novedoso. Deberá sortear las críticas en cuanto a su implementación, el contexto económico y “de los mercados”, las coyunturas políticas, la falta de concientización y la capacidad de control propia de cada Estado.-

Asimismo, se puede sostener que todas las Empresas deben cumplir con Los Principios, al menos en lo atinente al deber de abstención de causación de daños; más no todas las actividades de las Empresas corresponden sean

¹³⁵³ CANTÚ RIVERA, Humberto, “Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017.

¹³⁵⁴ <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/plan-nacional-accion>

“tamizadas” uniformemente a la luz de Los Principios; ello por cuanto determinadas actividades tienen un mayor impacto poblacional y el foco debe ser puesto - al menos en una primera instancia de implementación - en aquellas que se refieran o se dediquen en sus actividades a un objeto altamente sensible desde el punto de vista poblacional (recursos naturales) o cuando su actividad afecte un importante porcentaje poblacional, teniendo en cuenta el ámbito de afectación geográfico de actuación propio de la actividad.-

Como se ve, queda mucho camino por recorrer.

PROBLEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL HECHO COMETIDO POR LAS COMPAÑÍAS MILITARES PRIVADAS Y SUS DEPENDIENTES

Eduardo José Pintore

Sumario

I. Introducción. II. La atribución de responsabilidad del Estado a la luz de las normas generales sobre responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito. A. Principio general. B. La Compañía Militar Privada reconocida como órgano del Estado. C. La Compañía Militar Privada ejerciendo atribuciones del poder público. D. La CMP o sus dependientes como órganos estatales de facto. III. Ampliación de los estándares de atribución proveniente del derecho humanitario. IV. Diferencia de atribución entre los distintos supuestos. V. Tendencia a excluir a las CMP del concepto de "personas que hagan parte de su fuerza armada". VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se comprobó un auge en la contratación por parte de algunos Estados de compañías militares privadas (en adelante: CMP). Sobre todo a partir la guerra de Afganistán del 2001 y de Irak del 2003 es donde esta tendencia se amplió notablemente. Estas empresas son contratadas por los Estados para cumplir diversos tipos de actividades que normalmente eran cumplidas por sus propias fuerzas armadas en situación de conflictos armados, ocupación militar del territorio de otro Estado, etc.¹³⁵⁵. En ese marco, las actividades que estas empresas realizan pueden ser de la más variada naturaleza: a la par de las actividades de apoyo logístico en sus diversas manifestaciones, estas empresas también prestan protección de personas u objetos, apoyo realizan misiones de reconocimiento, entrenamiento de las fuerzas armadas locales proveída por el Estado ocupante, actividades en centros de detenidos en donde suele incluir la dirección del establecimiento, entre otras. La actividad de estas empresas consiste en muchos casos también toma de parte en combates a favor del Estado que los contrata.

¹³⁵⁵ FRANCIONI, F. "Private Military Contractors and International Law: An Introduction", en: *The European Journal of International Law (EJIL)* Vol. 19 Nr. 5, pp. 961-964, p. 961.

El problema que surge de estas actividades es la responsabilidad del Estado por las actividades realizadas por estas empresas y sus dependientes, especialmente, bajo que supuestos los actos de los segundos pueden ser atribuidos al primero bajo las normas generales del derecho internacional y qué diferencia existe con respecto a la atribución al Estado de los hechos de los integrantes de sus fuerzas armadas.

II. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO A LA LUZ DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

Las normas generales del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito se encuentran, hasta la actualidad, en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos del año 2001 presentado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a la Asamblea General¹³⁵⁶ contiene las normas de derecho consuetudinario que aplican los tribunales internacionales y es tomado también por la doctrina como base de análisis, al igual que el comentario del proyecto (en adelante: Comentario de la CDI)¹³⁵⁷ y son aplicables, bajo determinadas circunstancias, a la atribución de los hechos de las CMP y de sus dependientes al Estado que las contrató¹³⁵⁸.

A. Principio general

Para comenzar debemos tener en cuenta que una compañía militar privada (en adelante: CMP) es, como su nombre lo indica, una entidad privada, una persona ideal constituida de acuerdo al derecho interno de un Estado determinado.

Un principio fundamental de atribución con respecto a la conducta de un privado, sea persona física, sea persona de existencia ideal, es que el Estado no es responsable por los hechos de los particulares¹³⁵⁹, aunque estos tengan su nacionalidad o el lugar de su constitución en el Estado en cuestión.

Ciertamente, el Estado en su calidad de persona de existencia ideal necesita de los hechos de personas físicas o entidades, los cuales le serán atribuidos a él de acuerdo al derecho internacional general. El derecho internacional reconoce distintos supuestos en los que los hechos de personas privadas son atribuidos a un Estado en particular, previstos entre los artículos 4 a 11 del proyecto de

¹³⁵⁶ UN Doc. A/RES/56/83 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹³⁵⁷ UN Doc. A/RES/56/10 Suplemento 10, Proyecto de artículos, Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícitos, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones (23 de abril a 1º de junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001) con sus respectivos comentarios.

¹³⁵⁸ Conf. MARCHETTI, E. "Private Military and Security Companies: il caso italiano nel contesto internazionale", en: *Cuaderni IAI*, Istituto Affari Internazionali, Roma, 2013, p. 40.

¹³⁵⁹ UN Doc. A/RES/56/10, Comentario al Capítulo II, Atribución de un comportamiento al Estado, para 3.

artículos de la CDI. Teniendo las características de las tareas que las CMP son llamadas a cumplir, los supuestos de atribución que resultan más probables son el de incorporación de la CMP como órgano del Estado, el de personas o entidades que están facultadas para el ejercicio de poder público y el del actuar de personas bajo la dirección o control del Estado¹³⁶⁰.

Sin embargo, hay diferencias entre estos supuestos: En el caso de la inclusión de la CMP como órgano del Estado o el de ejercicio de atribuciones de poder público será una norma del derecho interno del Estado la que otorgue esa facultad y serán atribuibles al Estado también el actuar *ultra vires* que puedan realizar los dependientes de dicha empresa¹³⁶¹. En el supuesto de dirección o control se trata de una situación de hecho que tiene que ver más con el tipo de vinculación entre los órganos del Estado y los dependientes de la compañía militar privada y el Estado sólo será responsable por las conductas de los dependientes de la CMP que efectivamente controló. A continuación analicemos estos tres supuestos.

B. La Compañía Militar Privada reconocida como órgano del Estado

Ciertamente que el Estado, como persona ideal, necesita de particulares o entidades para actuar y bajo determinadas circunstancias, los hechos de éstos serán computados como hechos del Estado, esto es, cuando sean instituidos como órganos del Estado en virtud de su propio derecho interno. Esta norma de derecho consuetudinario es receptada en el artículo 4 del proyecto y se vincula con lo enunciado en el artículo 7 del mismo, esto es, la atribución del Estado de los hechos de sus órganos también en el caso en que estos actúan *ultra vires*.

¹³⁶⁰ Estos posibles supuestos de atribución de responsabilidad del Estado en torno a la CMP están receptados también en el Documento de Montruex, en su para 7, el cual expresa:

“Si bien el hecho de establecer relaciones contractuales con las EMSP por sí mismo no entraña la responsabilidad de los Estados contratantes, éstos son responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos u otras normas del derecho internacional cometidas por las EMSP o su personal cuando esas violaciones sean imputables al Estado contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, en particular si las EMSP:

- a) Han sido incorporadas por el Estado a sus fuerzas armadas regulares, de conformidad con su legislación nacional;
- b) Son miembros de fuerzas, unidades o grupos armados organizados bajo un mando que es responsable ante el Estado;
- c) Están habilitadas para ejercer prerrogativas de la autoridad pública si actúan en calidad de tal (es decir, si están autorizadas oficialmente por ley o por alguna otra norma a desempeñar funciones que normalmente están a cargo de los órganos del Estado); o
- d) Actúan de hecho siguiendo instrucciones del Estado (es decir, si el Estado ha dado instrucciones específicas respecto de la conducta del agente privado) o siguiendo sus directrices o bajo su control (es decir, si el Estado ejerce realmente un control efectivo sobre la conducta del agente privado)”. Ver: *Documento de Montruex Sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, accesible en:

file:///D:/Usuarios/Eduardo/Downloads/icrc_003_0996.pdf

¹³⁶¹ Este principio del derecho internacional consuetudinario está receptado en el artículo 7 del proyecto de la CDI.

Las CMP puede ser asumidas por el derecho interno del Estado como órgano suyo. El derecho humanitario reconoce expresamente esta posibilidad. El artículo 43 del Protocolo I a las convenciones de Ginebra de 1949 firmados en 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece en su artículo 43, 1 qué se entiende por fuerzas armadas:

Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

Y el inciso 3 del mismo artículo establece:

Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto.

Esta norma nos demuestra cómo el Estado puede incluir a una CMP que prestan servicios armados como parte integrante de sus fuerzas armadas¹³⁶². Al realizar esto, la CMP pasa a ser un órgano del Estado con todas las consecuencias jurídicas que ello implica¹³⁶³. Como parte de las fuerzas armadas, las causales de atribución en el ámbito de un conflicto armado se ampliarán en la forma que lo determina el derecho internacional humanitario y que es analizado más abajo. De todos modos hay que remarcar que este supuesto depende absolutamente del poder discrecional del Estado, quien decidirá incorporarlas a sus fuerzas armadas o no.

C. La Compañía Militar Privada ejerciendo atribuciones del poder público

El caso más frecuente es que la CMP reciba un contrato por parte del Estado que la lleva a realizar actividades en el territorio de otro Estado, generalmente ocupado militarmente por el primero. Estos contratos prevén en muchas ocasiones un verdadero ejercicio de poder público por parte de la CMP. Si se piensa en el encargo de tomar parte en acciones de combate de la CMP (por ejemplo *Executive Outcomes* en Sierra Leone 1995), o en la custodia e interrogatorio de prisioneros en territorios ocupados por el Estado contratante (como por ejemplo *Titan Corporation* o *CACI International* en Abu Ghraib, Irak), en la protección de objetos y personal del Estado ocupante (como por ejemplo *Blackwater* en Irak), etc.

Esta situación está contemplada en el artículo 5 del proyecto el cual dispone la atribución al Estado del hecho realizado por una persona o entidad que, no siendo un órgano estatal de acuerdo al artículo 4, es facultada por el derecho interno del Estado para ejercer atribuciones de poder público.

¹³⁶² SCHIMMEL, C. A. "Völkerrecht und private Militärunternehmen. Über die Notwendigkeit einer Regulierung", en: *Nürnberger Menschenrechtszentrum*, Nüremberg, 2007, p. 9. Accesible en: <https://d-nb.info/991013689/34>

¹³⁶³ VON ARNAULD, A. *Völkerrecht*, Heidelberg, 2012, p. 479.

La atribución recaerá sobre los hechos realizados dentro de los límites y en el contexto del ejercicio de poder público y no sobre los restantes hechos meramente comerciales de la empresa. Qué se debe entender por ejercicio de “poder público” no está determinado con precisión por el proyecto, ya que el mismo lo deja a cómo lo considera la sociedad y de su historia y tradiciones¹³⁶⁴ del Estado. No obstante ello, no hay lugar a dudas que la participación en combate, la toma, custodia e interrogación de prisioneros, en el teatro de operaciones o en zonas ocupadas militarmente, constituyen casos de ejercicio de atribución de poder público¹³⁶⁵. Otros ejemplos pueden ser el mantenimiento del orden público en zonas ocupadas, tales como control de personas y del tráfico. Todas estas son actividades típicas que el Estado, y sólo él, puede realizar como tal, como entidad soberana. En cuanto a la protección de personas y de objetos se debería estudiar caso por caso, para constatar si la misma se lleva a cabo en el marco de una delegación de atribuciones de poder público.

El artículo 5 requiere además que “esté facultada por el derecho de ese Estado” para ejercer la atribución de poder público. Esto no significa que la cesión de poder público deba realizarse por ley, sino que debe ser conforme al derecho del Estado, es decir que el órgano estatal que cede las atribuciones de poder público esté facultado por el orden interno a realizar esa cesión. En este sentido esta causal de atribución se debe tener sobre todo a lo que el contrato efectivamente firmado entre el Estado y la CMP establece y las normas del derecho interno que lo sustentan. La prueba de la atribución de poder público se encuentra entonces en una situación jurídica y no en una cuestión de hecho.

A este supuesto también le es aplicable el principio contenido en el artículo 7 del proyecto, por lo que que el comportamiento de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público se considerará hecho del Estado si tal persona o entidad actúa en esa calidad, aunque haya excedido su competencia o haya contravenido sus instrucciones. El sujeto debe actuar en cumplimiento de esa potestad transferida y su conducta es atribuida al Estado aunque actúe *ultra vires*. Contrario sensu, toda conducta no realizada en calidad de persona o entidad que se le han transferido atribuciones de poder público, no es atribuible al Estado.

D. La CMP o sus dependientes como órganos estatales *de facto*

Otro supuesto de atribución pensable en el caso de las actividades de las CMP es aquel en el cual la persona o grupo de personas que no son ni órganos estatales ni han recibido una transferencia de atribuciones de poder público y sin embargo su conducta es atribuible al Estado ya que actúan de hecho por instrucciones del mismo o bajo su dirección o control al realizar los comportamientos que se le atribuyen. Este criterio de atribución es receptado en el artículo 8 del proyecto.

¹³⁶⁴ UN Doc. A/RES/56/10, Comentario al artículo 5, para 6.

¹³⁶⁵ Conf. HOPPE, C. “Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies”, en: *The European Journal of International Law* (EJIL), Vol. 19 Nr. 5, 2008, pp. 989-1014, p. 992.

En este caso, se trata de una vinculación de hecho entre el Estado y la persona o entidad. No hay contrato o si lo hay se trata de actividades no previstas en el mismo, no al menos dentro del marco de una posible transferencia de ejercicio de poder público. Aquí la compañía y/o sus dependientes actúan *de facto* como un órgano del Estado en virtud de instrucciones de él o bajo la dirección o control que el mismo tiene sobre las conductas que éstos realizan.

El en cuanto a los comportamientos realizados bajo las instrucciones del Estado el comentario de la CDI dice:

*Cabe citar, por ejemplo, el caso de personas o grupos de personas que, sin haber sido nombrados expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados auxiliares o enviados como "voluntarios" a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucción del Estado*¹³⁶⁶.

Con respecto al supuesto de dirección o control, la CDI en su comentario expresa:

*La determinación de si el comportamiento ha tenido lugar "bajo la dirección o el control" del Estado plantea problemas más complejos. Este comportamiento sólo será atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era parte integrante de esa operación. Este principio no es extensivo al comportamiento relacionado sólo incidental o periféricamente con a operación y que haya escapado a la dirección o control del Estado*¹³⁶⁷.

Lo que en este supuesto se debe establecer es una vinculación fáctica tal, que le confiere al Estado el control efectivo de los hechos realizados por la persona o grupo que se le deben imputar al mismo. El control efectivo, en contraposición a un mero control general, es requerido por la Corte Internacional de Justicia (en adelante: CIJ) tanto en el caso Nicaragua¹³⁶⁸, citado por la CDI en sus comentarios al proyecto, como en el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo¹³⁶⁹. De acuerdo a este estándar, el Estado debe establecer los fines, de las operaciones, haberlas planificado y haber poseído en sus manos el control de la ejecución de la operación. En el Caso Tadic el Tribunal para la Ex Yugoslavia requirió solamente un "control global" cuando el grupo de que se trate estaba organizado militarmente con una estructura jerárquica¹³⁷⁰, tal como suelen estar organizadas las unidades en una CMP. Sin embargo, esta postura fue expresamente rechazada por la CIJ en el asunto de la aplicación de la convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio. Allí la CIJ mantuvo su jurisprudencia exigiendo el control efectivo, ya que un criterio distinto contravendría el principio básico de responsabilidad internacional, esto es, que un Estado es responsable sólo por su propia conducta¹³⁷¹.

¹³⁶⁶ UN Doc. A/RES/56/10, Comentario al artículo 8, para 2.

¹³⁶⁷ UN Doc. A/RES/56/10, Comentario al artículo 8, para 3.

¹³⁶⁸ *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports (1986), para. 115.

¹³⁶⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Reports, 2005, para. 160.

¹³⁷⁰ ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Tadic, Judgment of 15 July 1999, para. 145.

¹³⁷¹ *Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Reports (2007), p. 43, paras 400 a

Por último hay que remarcar que dado que en este supuesto de atribución se requiere el control efectivo del Estado sobre las personas o entidad, es claro que toda conducta del empleado de la CMP o de la CMP como tal que se aparte de las instrucciones o del control del Estado contratante, no le serán atribuidas a éste tal como lo explica el mismo Comentario de la CDI¹³⁷². Es normal, que el Estado le asigna a la CMP una determinada tarea, por ejemplo la custodia armada de algún objeto en particular, en cuya planificación y forma de ejecución la CMP tiene amplio margen de discrecionalidad, lo que vendría a rechazar la idea de un control efectivo, de parte del Estado, sobre los hechos de la CMP y sus dependientes.

III. AMPLIACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE ATRIBUCIÓN PROVENIENTE DEL DERECHO HUMANITARIO

Frente a los supuestos de atribución que hemos analizado, el derecho humanitario amplía el marco de atribución al Estado de las conductas de los integrantes de sus fuerzas armadas¹³⁷³. El artículo 3 de la IV Convención de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre del año 1907 y el artículo 91 del Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales del año 1977 establecen que “[l]a parte beligerante... será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”. Esto es entendido por la CIJ en su fallo referente a las actividades militares en el territorio del Congo, que el Estado es responsable no sólo de los actos que cometan los soldados en ejercicio de sus funciones, incluso sus actos ultra vires, sino también de las conductas cometidas totalmente fuera de su función y capacidad¹³⁷⁴. Es así que, en el marco de un conflicto armado internacional, la atribución al Estado de los hechos de sus órganos pertenecientes a sus fuerzas armadas, incluyendo a las CMP in ellas incluídas, se amplía sensiblemente.

IV. Diferencia de atribución entre los distintos supuestos

Hemos visto que el artículo 5 del proyecto de la CDI en conjunción con el artículo 7 establece que el Estado es responsable por las conductas de las personas que ejercitan atribuciones de poder público, cuando éstos actúan como

407. En el para 407 expresa: “It must next be noted that the “overall control” test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf”.

¹³⁷² Párrafo 3 del comentario al artículo 8.

¹³⁷³ Recordemos que el artículo 55 del proyecto de artículos de la CDI reconoce la prevalencia de la *lex specialis* frente a sus normas que son de carácter general.

¹³⁷⁴ *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ, Judgment 2005, para 213 y 214. En el primer párrafo se sostiene: “In the Court’s view, by virtue of the military and function of Ugandan soldiers in the DRC, their conduct is attributable to Uganda. The contention that the persons concerned did not act in the capacity of persons exercising governmental authority in the particular circumstances, is therefore without merit”.

tales e incluso, si éstos se exceden en sus facultades o actúan en contra de las instrucciones¹³⁷⁵. No es responsable por descarte, en aquellas situaciones en que el órgano no actúa como tal, sino de forma absolutamente privada. El artículo 8 del Proyecto establece la responsabilidad sólo si se prueba el control efectivo del Estado sobre las conductas de los privados que se le quiere imputar, por lo tanto no son atribuibles al Estado las conductas que no estuvieron bajo su control efectivo y menos aquellas conductas totalmente ajenas a las instrucciones.

Ahora bien, al no ser los empleados de las CMP “personas que hagan parte” de las fuerzas armadas del Estado, es claro que existe una gran diferencia en el sentido en que todas las conductas de un empleado de la CMP que no sean realizadas en virtud de la transferencia de atributos de poder público incluidas aquellas conductas *ultra vires* (supuesto del artículo 5 del proyecto en conexión con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo), como sería el caso de las conductas privadas sin ninguna conexión con el ejercicio de poder público transferido, o que no hayan sido realizadas bajo el control efectivo de aquel (supuesto del artículo 8 de proyecto), no le son imputables a éste, mientras que las mismas conductas realizadas por sus soldados regulares sí¹³⁷⁶.

Si bien se justifica plenamente un marco más amplio de atribución en el caso del personal de las fuerzas armadas del Estado, como órganos *de iure* del mismo, con respecto a los otros dos supuestos de atribución, no es menos cierto que el Estado tiene una mayor posibilidad de desvincularse de los hechos cometidos en estos dos supuestos, a pesar que fue él quien introdujo a la CMP y su personal en el territorio de otro Estado por él ocupado. Esto constituye un incentivo más¹³⁷⁷ a la utilización de CMP para la realización de determinadas tareas que, si fueran realizadas por las fuerzas armadas del Estado, generarían con mayor facilidad su responsabilidad internacional del mismo.

A ello se le suma la cuestión de la prueba de la atribución del hecho al Estado, la cual es mucho más difícil en el caso de conductas de empleados de CMP que en el caso de los integrantes de las fuerzas armadas del mismo: En el primer caso hay que probar si el contrato contiene una transferencia de atributos de poder público (supuesto del artículo 5) o si el Estado ejerció un control efectivo (supuesto del artículo 8), mientras que en el segundo caso basta con probar el hecho y que el autor del mismo es un soldado regular del Estado de acuerdo a su propio derecho interno.

V. TENDENCIA A EXCLUIR A LAS CMP DEL CONCEPTO DE “PERSONAS QUE HAGAN PARTE DE SU FUERZA ARMADA”

¹³⁷⁵ Conf. aplicable también al caso de las CMP: SCHALLER, C. “Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten. Völkerrechtliche Einsatzbedingungen und Kontrollmöglichkeiten”, en: *SWP-Studie*, Berlin, 2005, p. 28.

¹³⁷⁶ Esta diferencia en la atribución en uno y otro caso fue ya remarcada por: HOPPE, C. ob. cit. pp. 990 ss.

¹³⁷⁷ Entre otra de las ventajas de utilizar CMP en zona de conflictos armados que se suelen mencionar es que las bajas que se suscitan entre sus dependientes no suelen ser publicadas como bajas del Estado al cual sirven. Esto contribuye a hacer más “tolerable” una guerra frente a la propia población.

A causa de la diferencia inmediatamente arriba señalada, se observa una tendencia de los Estados a no reconocer como “personas que hagan parte de su fuerza armada” a los empleados de las CMP, sino más bien catalogarlos como “personal civil que acompaña a las fuerzas armadas”. La incorporación formal de los dependientes de una CMP y ésta como entidad dentro de la estructura de sus fuerzas armadas es un poder discrecional del Estado, que éste ejerce a través de su derecho interno. Con ello, el derecho internacional no tiene autoridad para determinar quién formará parte de las fuerzas armadas del Estado.

El caso paradigmático lo presenta la Instrucción Nr. 5525.11 del Departamento de Estado norteamericano relativo a la jurisdicción criminal sobre civiles empleados por o acompañantes de las fuerzas armadas fuera de los Estados Unidos¹³⁷⁸ y la sección 153 del *Code of Federal Regulations*¹³⁷⁹.

La pregunta que se impone es: ¿Es correcto tomar a los empleados de la CMP como “personal civil que acompaña a las fuerzas armadas”? La respuesta dependerá ciertamente de la función que éstos cumplan.

El artículo 13 del reglamento del IV Convenio de la Haya de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre define al personal civil que acompaña a las fuerzas armadas de la siguiente forma:

*[L]os individuos que siguen a un ejército sin formar parte directa de él, como los corresponsales y los revisteros de periódicos, los vivoanderos, los proveedores, que caigan en poder del enemigo y cuya detención éste juzgue conveniente, tienen derecho al tratamiento de prisioneros de guerra, a condición de que vayan provistos de un comprobante de la autoridad militar del ejército que acompañaban*¹³⁸⁰.

De esta enumeración es clara la intención de la norma de no incluir personal que esté habilitado para utilizar la fuerza o personal que ostente poder de coacción. Las personas que encuadran dentro de esta categoría no tienen permitido tomar participación directa en las acciones armadas¹³⁸¹. Aquí se trata más que nada de la logística de las fuerzas armadas, su provisión de mercaderías y servicios que no tienen conexión directa con las acciones de

¹³⁷⁸ Instrucción Nr. 5525.11 del Departamento de Defensa, *Criminal jurisdiction over civilians employed by or accompanying the armed forces outside the United States, certain service members, and former service members*, del 3 de marzo de 2005. Accesible en:

<https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/DD/issuances/dodi/552511p.pdf>.

¹³⁷⁹ CFR 153 *Criminal jurisdiction over civilians employed by or accompanying the armed forces outside the United States, certain service members, and former service members*, del 3 de marzo de 2005. Accesible en: <https://www.govinfo.gov/app/details/CFR-2011-title32-vol1/CFR-2011-title32-vol1-part153>.

¹³⁸⁰ Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907. En el mismo sentido el artículo 13,4 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, artículo 13,4 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar y el artículo 4,4 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

¹³⁸¹ VON ARNAULD, A. ob. cit., p. 479.

combate¹³⁸². En razón de esto, es de sostener que en los casos en que los empleados de la CMP están facultados para utilizar la fuerza más allá de la legítima defensa personal, no deben ser considerados como personal civil que acompaña a las fuerzas armadas.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis de los distintos supuestos de atribución de los actos de las CMP al Estado contratante surge claramente un vacío legal con respecto a los estándares de atribución de los hechos de los integrantes de las fuerzas armadas con respecto a su propio Estado. Ese vacío legal es utilizado por los Estados con la finalidad de evadir su responsabilidad internacional o al menos reducir los supuestos de atribución.

Si bien en la doctrina se han buscado soluciones en base al derecho vigente, las mismas no se han impuesto con respecto a las conductas de los Estados. Una solución pensable, de *lege ferenda*, consistiría en celebrar un tratado¹³⁸³ que regule esta actividad y en el caso de CMP que en virtud de sus funciones están capacitadas a usar poder de coacción sean consideradas por el derecho humanitario como integrantes de las fuerzas armadas del Estado a quien sirve a los fines de la atribución de responsabilidad internacional. De ese modo, aquellas CMP que asumen tareas típicas del personal de las fuerzas armadas del Estado sean consideradas también como formando parte de las mismas, independientemente la vinculación que el mismo Estado haya realizado con ella en virtud de su derecho interno.

El problema aquí expuesto lleva a que, de seguir este vacío legal en cuanto a la atribución de responsabilidad del Estado por el hecho de los dependientes de las CMP, el mismo es un aliciente para que los Estados incorporen cada vez más dichas compañías privadas en el teatro de operaciones, creando una tendencia privatizadora de la guerra. El camino hacia la monopolización del poder militar en el Estado fue largo y sangriento para la humanidad, no sería recomendable desandar dicho camino.

¹³⁸² Conf. HOPPE, C. ob. cit. p. 1007, quien ensaya algunas posibles soluciones en base al derecho internacional humanitario vigente.

¹³⁸³ Expresa también la necesidad de celebrar un tratado que regule de manera integral la actividad de las CMP: SCHEIMER M. "Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support that Reflects Customary International Law", en: *American University International Law Review*, Volume 24, Nr. 3 (2009), pp. 609-646, p. 640.

LA REGULACIÓN DE LAS LLAMADAS "EMPRESAS MILITARES PRIVADAS" EN EL DERECHO INTERNACIONAL

**María Pilar Llorens
Luciano Pezzano**

Sumario

I. Introducción. II. Una aproximación al concepto de EMSP – III. Las EMSP y las actividades mercenarias – IV. Las respuestas desde el derecho internacional: del rechazo a la regulación – IV.1. Documento de Montreux – IV.2. El Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada – IV.3. El proyecto de convención y otros desarrollos ulteriores – V. Una visión de las EMPS desde el derecho internacional vigente – V.1. La caracterización de las EMPS y de su personal – V.2. Obligaciones de las EMPS y de los Estados en virtud del derecho internacional – VI. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Desde comienzos del siglo XXI la utilización de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) ha ido incrementándose de manera exponencial. Un ejemplo de ello es que, a fines de 2018, más de 250 EMSP se encontraban registradas solo en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹³⁸⁴; y sus servicios abarcaban la realización de una multiplicidad de tareas en “entornos complejos” (un eufemismo utilizado para definir aquellas zonas de gran volatilidad política en donde estas empresas suelen desplegar sus operaciones). La comunidad internacional es conteste en afirmar que las operaciones de las EMSP son relevantes para el derecho internacional, ya que sus actividades potencialmente pueden afectar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, y a pesar del auge de estas empresas, no existe consenso a nivel internacional acerca del modo en que sus actividades deben ser reguladas. Las modalidades varían desde la regulación a nivel convencional, la formación de normas de soft-law y la autorregulación.

¹³⁸⁴ IAIN OVERTONE – ELISE BENEVELLI BENEVELLI y LAURA BRUUN: *Britain is the world centre for private military contractors – and it’s almost impossible to find out what they’re up to*, <https://www.opendemocracy.net/en/opendemocracyuk/britain-is-world-centre-for-private-military-contractors/> Fecha de acceso: 2/X/2019.

Este trabajo persigue examinar brevemente el rol que las EMSP desempeñan en la comunidad internacional y su regulación. A estos efectos aborda, en primer lugar, una definición de las EMSP; en segundo lugar, se busca establecer si existe alguna distinción entre las actividades de las EMSP y la de los tradicionales mercenarios. El tercer apartado explora los proyectos de regulación que se han planteado en la comunidad internacional. Finalmente se exploran las obligaciones que tienen las EMSP a la luz del derecho internacional.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMSP

Tratar de definir qué se entiende por Empresas Militares y de Seguridad Privadas es una tarea compleja, dado que no existe consenso sobre una definición¹³⁸⁵. Ello se debe a la multiplicidad de tareas que desarrollan estos entes. Los servicios que proveen abarcan una amplia gama de actividades en cuestiones de seguridad y militares¹³⁸⁶; dichos servicios se prestan a diversos clientes, ya sean entes privados o entes estatales; así como estos servicios pueden implicar o no el uso de la fuerza¹³⁸⁷ (y, en este último caso, el grado de uso de la fuerza puede variar). Esto, a su vez, significa que las empresas no suelen adecuarse a una única definición, ya que la versatilidad en sus servicios es una de las características sobresalientes en este modelo de negocios.

Consecuentemente, se han ensayado un sinnúmero de definiciones. Entre ellas se pueden destacar las siguientes:

Las "EMSP", como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos;

¹³⁸⁵ CHRISTOPHER SPEARIN: *Private Military and Security Companies and States. Force Divided*, Suiza, Palgrave Macmillan, 2017, p. 10.

¹³⁸⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, presentado por el Presidente-Relator, Sr. José Luis Gómez del Prado, Documento A/HRC/15/25, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, párr. 50.

En el informe se señala que:

Los servicios militares referidos son servicios especializados vinculados con actividades militares, como planificación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento terrestre, marítimo o aéreo, vuelos de todo tipo, tripulados o no, vigilancia por satélite, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, apoyo material y técnico a las fuerzas armadas y otras actividades conexas, mientras que los servicios de seguridad son la guardia y protección armadas de edificios, instalaciones, propiedades y personas, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones en los ámbitos de la seguridad y la policía, el desarrollo y la aplicación de medidas de seguridad de la información y otras actividades conexas.

¹³⁸⁷ CHRISTOPHER KINSEY: *Corporate Soldiers and International Security. The Rise of Private Military Companies*, Abingdon, Routledge, 2006, pp. 9-10.

la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales¹³⁸⁸.

La entidad empresarial que presta servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o personas jurídicas¹³⁸⁹.

Las EMSP son empresas comerciales multinacionales legalmente establecidas que ofrecen servicios que pueden implicar el potencial uso de la fuerza de manera sistemática y por medios militares y/o la transferencia o mejora de ese potencial para los clientes. Las EMPS, también, pueden ofrecer servicios que no implique el potencial uso de la fuerza; sin embargo, estos últimos servicios implican que civiles realicen una transferencia de experticia que provoca la mejora de las capacidades militares y de seguridad del receptor. Todos los servicios tienen un impacto directo y contribuyen en el monopolio estatal del uso legítimo de la violencia¹³⁹⁰.

De estas definiciones es posible extraer un conjunto de condiciones comunes que deben estar presentes al momento de tratar de caracterizar a una entidad como una EMSP. En este sentido se destacan los siguientes: a) se trata de una persona jurídica de carácter privado; b) persigue fines comerciales; c) presta servicios militares y de seguridad.

Son personas jurídicas de carácter privado, dado que se encuentran constituidas a la luz del derecho interno de un Estado. Por ende, no se trata de un sujeto del derecho internacional.

Otro de los elementos característicos es que las actividades que realiza esta entidad son de carácter comercial. Es decir, la existencia de una remuneración por los servicios prestados es uno de los elementos fundamentales para la existencia de una EMSP.

Finalmente los servicios que presta deben tener por objeto complementar o mejorar las capacidades militares y de seguridad del sujeto que los contrata. En este aspecto, la definición de cuáles actividades quedan comprendidas en la definición debe realizarse con un criterio ejemplificativo y no taxativo, ya que las nuevas tecnologías y la versatilidad de servicios que prestan pueden provocar que algunas actividades queden fuera de la definición.

¹³⁸⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *DOCUMENTO DE MONTREUX. Sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, Suiza, CICR - Confederación Suiza, Departamento Federal de Relaciones Exteriores, Dirección de Derecho Internacional, 2008, p. 10.

¹³⁸⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe del Grupo de Trabajo 2010... cit. párr. 50.

¹³⁹⁰ CARLOS ORTIZ: "The Private Military Company: An Entity at the Center of Overlapping Spheres of Commercial Activity and Responsibility". En THOMAS JÄGER y GERHARD KÜMMEL (eds.): *Private Military and Security Companies. Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, The Netherlands, VS Verlag Für Sozialwissenschaften, 2007, pp. 60-61. Traducción propia.

Private Military Companies can be defined as legally established multinational commercial enterprises offering services that involve the potential to exercise force in a systematic way and by military means and/or the transfer or enhancement of that potential to clients. [...] PMCs also offer services that do not involve the potential to exercise force. [...] Still, the delivery of such services involves civilian rendering of expertise that, nonetheless, directly enhances the recipient's military and security capabilities. All the services on offer by the private military industry have a direct impact on and contribute to the management of the state's monopoly of legitimate violence.

III. LAS EMSP Y LAS ACTIVIDADES MERCENARIAS

Uno de los primeros enfoques respecto de la caracterización jurídica de las EMSP fue el adoptado por el Relator Especial sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación de la Comisión de Derechos Humanos, Enrique Bernales Ballesteros, quien formuló la hipótesis según la cual *“esas empresas privadas que ofertan internacionalmente seguridad, configuran un modelo operativo nuevo, moderno, eficaz y hasta con cobertura legal relativa, pero manteniendo, a pesar de todo, una relación con actividades mercenarias, al incursionar militarmente y por una paga, en asuntos que son materia reservada dentro del ámbito de las competencias estatales”*¹³⁹¹.

El argumento principal del Relator Especial se basó en el carácter eminentemente estatal y soberano de las actividades militares desempeñadas por las EMSP, no obstante contar estas, en muchos casos, con autorización de los Estados donde actúan¹³⁹².

Sin embargo, al momento de caracterizar las actividades de las EMSP como mercenarias, es necesario determinar si su personal califica como tal de acuerdo a la definición del derecho internacional. Tal definición, contenida en el Artículo 47.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra¹³⁹³ y en el Artículo 1.1 de la Convención de 1989¹³⁹⁴ dispone lo siguiente:

Se entiende por mercenario toda persona:

- a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;
- d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.

Los requisitos de la definición son acumulativos y, pese a que el Relator Especial señala que hay quienes consideran encuadrado al personal de las

¹³⁹¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, presentado por el Relator Especial, Sr. Enrique Bernales Ballesteros*, Documento E/CN.4/1998/31, Naciones Unidas, Ginebra, 1998, párr. 68.

¹³⁹² Ídem, párr. 74.

¹³⁹³ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

¹³⁹⁴ Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

EMSP dentro de la definición¹³⁹⁵, en particular por la identificación del fin de lucro de las empresas con el “provecho personal” al que se refiere el inciso c), lo cierto es que esta caracterización se presenta como problemática¹³⁹⁶.

Ello llevó a que el Relator Especial propusiera un cambio en la definición internacional de mercenario mediante una nueva redacción de varios artículos de la Convención de 1989. Entre los argumentos, mencionó expresamente que La nueva definición jurídica de mercenario propuesta incluye el empleo de mercenarios por empresas privadas que ofertan internacionalmente servicios de asesoría, asistencia y seguridad militar y les emplean en países generalmente afectados por conflictos armados. De esta forma se habría encontrado el modo jurídico internacional de prohibir a estas empresas recurrir a la contratación de mercenarios y a cualquier tipo de injerencia que signifique su actuación directa en operaciones bélicas en conflictos armados internacionales o internos¹³⁹⁷.

Sin embargo, su propuesta no fue bien acogida y su mandato terminó sin que pudiera abordarse la cuestión de las EMSP en el contexto del mercenarismo. Su sucesora tuvo un enfoque de las EMSP orientado a la regulación y a distinguirlas del concepto de mercenarios, aunque su mandato fue muy breve, atento a la decisión de la Comisión de Derechos Humanos, en 2005, de reemplazar al Relator Especial por un Grupo de Trabajo, con un mandato que, entre otras cosas, incluye:

Vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades¹³⁹⁸.

El Grupo de Trabajo compartió el cambio de enfoque, atento a las dificultades que surgen de la definición de mercenario:

[N]ormalmente los trabajadores de una EMSP no pueden considerarse mercenarios, según la definición de mercenario que figura en el artículo 47 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y en el artículo 1 de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 4 de diciembre de 1989. La definición de mercenarios empleada en ambos textos no se aplica, en general, al personal de las EMSP que operan legalmente en países extranjeros¹³⁹⁹.

¹³⁹⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: Informe 1998... cit., párr. 86.

¹³⁹⁶ MORGAN RILEY: “The Use of Private Force by the United Nations to Coercively Prevent or Halt Gros Violations of the ‘Responsibility to Protect’ Doctrine”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 5 (2013), pp. 215-232, p. 219.

¹³⁹⁷ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, presentado por el Relator Especial, Sr. Enrique Bernales Ballesteros*, Documento E/CN.4/2004/15, Naciones Unidas, Ginebra, 2003, párr. 43, h)

¹³⁹⁸ Resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos.

¹³⁹⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe del Grupo de Trabajo 2010... cit. párr. 38.

La línea seguida por el Grupo de Trabajo, entonces, impide calificar en el desarrollo actual del derecho internacional, al personal de las EMSP como mercenarios *per se*, aunque nada obsta a considerar a algunos de ellos como tales si en el caso concreto satisfacen los requisitos de la definición.

IV. LAS RESPUESTAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL: DEL RECHAZO A LA REGULACIÓN

Dado el cambio de enfoque de los órganos de expertos de las Naciones Unidas en la materia, y ante el cada vez más frecuente recurso por parte de los Estados a las EMSP, las iniciativas de equiparación de estas al mercenarismo o a otras actividades similares que habrían justificado su prohibición, fueron reemplazadas por propuestas de regulación.

Sin embargo, no hay consenso acerca de la forma en que debería realizarse la regulación: desde un instrumento de *soft law*, como el documento de Montreux, la autorregulación, manifestada en el Código Internacional de Conducta, o los intentos de crear un instrumento jurídico vinculante bajo la forma de una convención, de acuerdo al proyecto elaborado en el seno del Grupo de Trabajo. Analizaremos cada uno de ellos.

III.1. DOCUMENTO DE MONTREUX

A fines del 2005 el Gobierno suizo lanzó una iniciativa que perseguía entablar un diálogo internacional sobre los desafíos que planteaban las EMPS; así como identificar los mecanismos para promover el cumplimiento de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por parte de las EMPS. Esta iniciativa fue apoyada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y, en consecuencia, se iniciaron una serie de encuentros que culminaron en septiembre de 2008 con la adopción del Documento de Montreux.

El documento de Montreux es un instrumento que persigue el establecimiento de pautas para la actuación de la EMSP, con el objetivo de reconocer las obligaciones internacionales que regulan su actuación en el derecho internacional. Con ello se señala que señala que las EMSP no actúan en un vacío legal¹⁴⁰⁰.

Este instrumento no es jurídicamente vinculante para los Estados. Recoge las obligaciones vigentes de los Estados en relación con la actuación de la EMSP y, al mismo tiempo, diseña un conjunto de buenas prácticas que deberían ser tenidas en cuenta por los Estados al momento de utilizar los servicios de las EMSP para promover el respeto del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos durante los conflictos armados.

A estos efectos el documento se divide en dos partes: la primera destinada a reflejar las obligaciones de los Estados y la segunda donde se señalan las buenas prácticas de los Estados. Asimismo, se encuentra precedido por un prefacio donde se señalan las normas tenidas en cuenta al momento de elaborar el documento y las definiciones de los términos empleados.

¹⁴⁰⁰ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: Documento de Montreux... cit., p. 5.

La primera parte de este documento se destina a examinar las obligaciones existentes en el derecho internacional de los Estados en relación con las EMSP. A estos efectos distingue entre Estados contratantes, Estados territoriales, Estados de origen y los demás Estados.

Sin embargo, las obligaciones que pone en cabeza de cada uno de los Estados son bastante similares, adaptándose a las particularidades de cada caso. En este sentido los Estados tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario (*v.g.* tomar medidas para prevenir la comisión de violaciones del derecho internacional humanitario por el personal de las EMSP)¹⁴⁰¹. Asimismo, tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas pertinentes para establecer sanciones penales efectivas a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, infracciones graves a los Convenios de Ginebra, y en su caso, al Protocolo Adicional I¹⁴⁰².

Además tienen la obligación de investigar, enjuiciar, extraditar o entregar a las personas sospechosas de haber cometido otros delitos contemplados en el derecho internacional. Debiendo garantizarse la imparcialidad de investigación y el juicio, así como que exista una proporcionalidad entre gravedad del delito y las sanciones¹⁴⁰³.

En el caso de los Estados contratantes, también se establecen una serie de obligaciones particulares: son responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos u otras normas del derecho internacional cometidas por las EMSP o su personal cuando esas violaciones sean imputables al Estado de conformidad con el derecho internacional consuetudinario¹⁴⁰⁴. Consecuentemente se encuentran obligados a conceder las reparaciones pertinentes¹⁴⁰⁵.

Si se trata de un Estado territorial dichas obligaciones se circunscriben al territorio donde exista un control efectivo¹⁴⁰⁶ en los casos de ocupación.

Por su parte, las EMSP tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos que les impone el derecho nacional aplicable, así como cualquier otra disposición pertinente¹⁴⁰⁷. Igual obligación tienen los miembros de las EMSP¹⁴⁰⁸.

El documento dispone que el estatuto de los miembros del personal de las EMSP se determine caso por caso, conforme a las normas del derecho internacional humanitario. Para ello se tendrán en cuenta la naturaleza y las circunstancias de la función que les toque desempeñar¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: Documento de Montreux... cit., párr. 3 y 4.

¹⁴⁰² Ídem, párr. 5, 11, 16 y 20.

¹⁴⁰³ Ídem, párr. 6, 12, 17 y 21.

¹⁴⁰⁴ Ídem, párr. 7.

¹⁴⁰⁵ Ídem, párr. 8.

¹⁴⁰⁶ Ídem, párr. 13.

¹⁴⁰⁷ Ídem, párr. 22.

¹⁴⁰⁸ Ídem, párr. 23.

¹⁴⁰⁹ Ídem, párr. 24 y 25.

Los miembros del personal de las EMSP son considerados civiles, por lo que gozan de la protección otorgados a estos; a menos que pierdan esa protección por haberse incorporado a las fuerzas armadas regulares de un Estado o por ser miembros de fuerzas, unidades o grupos armados organizados bajo un mando que sea responsable ante el Estado; o bien, por encontrarse ante una situación en la que el derecho internacional humanitario establezca que se pierde tal protección¹⁴¹⁰.

El personal de las EMSP puede ser enjuiciado si comete actos tipificados como delitos por el derecho nacional aplicable o bien por el derecho internacional¹⁴¹¹.

La segunda parte del documento se encuentra referida a la adopción de buenas prácticas en la contratación y utilización de EMSP. A estos efectos se diseñan una serie de criterios que deberían ser tenidos en cuenta por los Estados a la hora de legislar sobre las EMSP. En su mayoría están orientados a establecer pautas de transparencia y claridad a la hora de diseñar los regímenes de contratación, funcionamiento y utilización de las EMSP.

El documento de Montreux no hace más que recordar las obligaciones generales que tienen los Estados en materia de respeto del derecho internacional humanitario y en materia de derechos humanos. En este aspecto, puede servir como una pauta para comprender el ordenamiento jurídico internacional en la materia de EMSP.

Este instrumento no avanza en la regulación de la EMSP en el ámbito del derecho internacional sino que lo deja librado a la voluntad de los Estados. Parecería que el camino que señala este documento es la adopción de legislación nacional que regule el funcionamiento de las EMSP en cada uno de los Estados que contemple sus obligaciones en materia de derecho internacional, en vez de establecer una regulación concertada a nivel internacional.

III.2. EL CÓDIGO INTERNACIONAL DE CONDUCTA PARA PROVEEDORES DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA.

El Documento de Montreux no cerró el proceso de regulación de las EMPS, dado que sus destinatarios eran los Estados y no se preveía ninguna responsabilidad para las EMPS. Ante ello, el gobierno suizo lanzó una nueva convocatoria para un diálogo internacional; pero esta vez, acompañado del Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF). El objetivo de esta convocatoria fue la adopción de un código de conducta que fuera aplicable a la actuación de las EMPS a los fines de que asumieran el compromiso de respetar las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario¹⁴¹².

¹⁴¹⁰ Ídem, párr. 26, inc. b).

¹⁴¹¹ Ídem, párr. 26, inc. e).

¹⁴¹² REBECCA DEWINTER-SCHMITT: *International Soft Law Initiatives: The Opportunities and Limitations of the Montreux Document, ICoC, and Security Operations Management System Standards* en: HELENA TORROJA (ed.), *Public International Law and Human Rights Violations by Private Military*, Suiza, Springer, 2017, pp. 105-126, p. 110.

Como resultado de ello se adoptó, en Noviembre de 2010, el Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (el Código). A través de este documento se establecen una serie de pautas orientadas a regular la actuación de las EMSP así como establecer un mecanismo de gobernanza y control de las actividades de estas empresas.

El Código, por ende, se encuentra dirigido a las EMPS. Se trata de un documento que carece de carácter vinculante, por lo que no crea obligaciones para las EMPS. Cuenta con un preámbulo, y se encuentra dividido en seis secciones (B a H) que abordan diferentes temáticas.

El preámbulo pone de relieve que tanto el Documento de Montreux así como el marco de "Respeto, Protección, Remedio" constituyen las normas sobre las que se desarrolló el Código.

La sección C del Código (párrafos 9 a 12) está dirigida a la implementación. Es decir, a establecer el mecanismo de gobernanza y control de las actividades de las EMPS. Bajo esta estructura es que se creó la Asociación del Código Internacional de Conducta para los Proveedores de Seguridad Privada como el organismo a cargo de la promoción, la gobernanza y la supervisión del cumplimiento del Código.

Los compromisos generales se encuentran receptados en la sección E del Código (párrafos 16 a 27). En ella se establece el compromiso de las EMPS de actuar de conformidad con los principios previstos en el Código. Ello supone la obligación de exigir a todo su personal así como al personal subcontratado que adecue su comportamiento a tales principios. Además, se prevé que las EMPS y su personal deben cumplir con las normas de derecho internacional humanitario y las de derechos humanos pertinentes. A estos efectos se les impone una obligación de diligencia debida.

Los principios generales relativos a la conducta del personal son abordados en la sección F (párrafos 28 a 43). Esta sección contiene normas específicas relacionadas con la conducta que debe seguir el personal de las EMPS en materias tan diversas como el uso de la fuerza, la detención y el arresto de personas, la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, la trata de personas, la prohibición de la esclavitud, la discriminación, entre otras.

Finalmente la sección G (párrafos 44 a 69) está referida a la gobernanza y administración de las EMPS. En esta parte del Código se encuentran compromisos tendientes a comprobar la idoneidad del personal y los subcontratistas de la EMPS, la formación del personal, la notificación de incidentes, el entorno de trabajo, etc.

El Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada constituye una iniciativa interesante para la regulación de las actividades de las EMPS. Podríamos señalar que una de las ventajas que posee se encuentra vinculada con el hecho que su contenido ha sido desarrollado por los actores relevantes de la industria de la seguridad en conjunto con la sociedad civil y la academia. Pero su gran desventaja es el hecho de que es opcional para las EMPS y solo una pequeña porción de las empresas que

operan en la comunidad internacional ha decidido comprometerse a respetar un marco mínimo de actuación en entornos complejos.

III.3. EL PROYECTO DE CONVENCIÓN Y LOS DESARROLLOS ULTERIORES

La posición asumida por el Grupo de Trabajo fue la de adoptar un instrumento jurídico vinculante en la forma de una convención internacional, a cuyo fin preparó, luego de intensas consultas, un proyecto que sometió en 2010 a consideración del Consejo de Derechos Humanos y los Estados. Su objetivo no era prohibir las EMSP, sino establecer unos requisitos internacionales mínimos para que los Estados partes regulen las actividades de las EMSP y sus empleados¹⁴¹³.

El proyecto del Grupo de Trabajo se componía de un extenso preámbulo –en el que se recordaba la Convención de 1989, única mención a los mercenarios en todo el proyecto– y 49 artículos, organizados en seis partes: disposiciones generales (Artículos 1 a 3), donde se enuncia el propósito, las definiciones –de donde tomamos la utilizada aquí, según señalamos *supra*– y el ámbito de aplicación; principios generales (Artículos 4 a 11), en los que se reafirma la responsabilidad de los Estados respecto de la EMSP registradas en su territorio o que operan en él, el respeto al Estado de Derecho y la soberanía de los Estados, el respeto y la protección de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, la prohibición de las EMSP en actividades ilícitas que impliquen el uso de la fuerza, la prohibición de la delegación de funciones inherentes al Estado mediante contratación de la EMSP¹⁴¹⁴, la prohibición de la adquisición de armas prohibidas por el derecho internacional y la prohibición del tráfico de armas por la EMSP; regulación legislativa, supervisión y control (Artículos 12 a 18), que establece las obligaciones de los Estados de regular eficazmente las EMSP, establecer un régimen de supervisión, con intercambio de información y cooperación internacional, así como criterios para la concesión de licencias, y mecanismos de rendición de cuentas, así como la regulación de cuestiones laborales y de capacitación, y en materia de empleo de la fuerza y armas de fuego por las EMSP; responsabilidad del Estado de imponer sanciones penales, civiles y/o administrativas a los infractores y de proporcionar reparación a las víctimas (Artículos 19 a 28), donde se imponen deberes de tipificación de delitos –incluso relativo a la responsabilidad de personas jurídicas–, obligaciones en materia de enjuiciamiento –que incluye el deber de reparar a las víctimas y la obligación de extraditar o juzgar– y se contienen disposiciones relativas a la extradición y a la asistencia judicial recíproca; supervisión y control internacionales (Artículos 29 a 39), en la que se dispone la creación de un Comité de Regulación, Supervisión y Control de las EMSP, con facultades para recibir y examinar los informes que los Estados estarían obligados a presentar, recibir comunicaciones estatales e individuales y pronunciarse al respecto, y

¹⁴¹³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe del Grupo de Trabajo 2010... cit. párr. 39.

¹⁴¹⁴ Riley es crítico de esta disposición. RILEY, cit., p. 220).

realizar procedimientos de investigación, así como también crear y llevar un registro internacional de EMSP; y disposiciones finales (Artículos 40 a 49).

El proyecto del Grupo de Trabajo fue una saludable iniciativa y el intento más acabado de la comunidad internacional por la regulación internacional de las EMSP. Cabe destacar que solamente establece obligaciones para los Estados y las responsabilidades de las EMSP y sus agentes a las que se refieren sus disposiciones son de derecho interno, y no de derecho internacional –aunque ello debe entenderse sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los agentes y empleados de las EMSP en virtud del derecho penal internacional–. Aunque el Artículo 41.2 del proyecto permite que las EMSP y sus asociaciones profesionales manifiesten su apoyo a la Convención mediante una comunicación al Secretario General de las Naciones Unidas, ese “apoyo” no tiene valor jurídico alguno respecto de las EMSP.

Sin embargo, el proyecto fue demasiado ambicioso y no tuvo buena acogida entre los Estados ni entre las EMSP. El Consejo de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades, y aunque recibió el proyecto del Grupo de Trabajo, los Estados no lo aceptaron como base para las negociaciones y aunque no fue formalmente rechazado, tras seis períodos de sesiones, el grupo de trabajo intergubernamental prefirió encomendar a su Presidenta-Relatora, la elaboración de un documento de debate donde constaran la principales cuestiones a discutir¹⁴¹⁵.

El documento de debate contiene ocho elementos, los que apenas mencionan ciertos puntos sobre los que se va a discutir, sin adelantar las posibles soluciones a adoptar. El elemento 1, muy escueto, es sobre definiciones e interpretaciones, e incluye la distinción entre: a) Empresas militares y de seguridad privadas; b) Empresas de seguridad privadas; c) Empresas militares privadas; y d) Entornos complejos, pero sin dar ninguna definición al respecto, ni tampoco alguna justificación para la distinción entre dichos tipos de empresas¹⁴¹⁶. El elemento 2 señala los objetivos del “marco normativo”, denominación que implica un retroceso en la posible regulación al no señalar que se tratará de un instrumento jurídico vinculante como la convención que planteaba el Grupo de Trabajo¹⁴¹⁷. Estos objetivos serían: a) Garantizar el respeto de los derechos humanos por parte del sector de las EMSP que operan en situaciones complejas; b) Garantizar la utilización transparente del sector de

¹⁴¹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, sobre su sexto período de sesiones*, Documento A/HRC/36/36, Naciones Unidas, Ginebra, 2017, párr. 10.

¹⁴¹⁶ Como vimos más arriba, el proyecto de Convención del Grupo de Trabajo no distinguía entre diferentes tipos de EMSP.

¹⁴¹⁷ Las discusiones en el seno del grupo de trabajo intergubernamental reflejan la falta de acuerdo acerca de la forma que debe adoptar el marco normativo (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del grupo de trabajo intergubernamental...* 2017, p. 28).

las EMSP c) Garantizar que las actividades que realicen las EMSP no afecten negativamente a los derechos de las personas.

El elemento 3 se refiere a ciertos principios: eficacia, carácter inclusivo, transparencia y asequibilidad; si bien como parte del principio de eficacia se plantea que el marco normativo *“debe basarse en la regulación por terceros y no en la autorregulación”*¹⁴¹⁸, en virtud del principio de asequibilidad, *“la regulación debe ser proporcional a las necesidades operacionales, y las empresas solo deberían tener que demostrar que cumplen una norma aceptada y reconocida”*¹⁴¹⁹; es decir, pareciera que el marco normativo estuviera orientado más por respetar las necesidades de las EMSP que las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional y los derechos de los seres humanos.

Los elementos 4 a 7 del documento distinguen entre cuatro clases de Estados: contratantes, territoriales, de origen (de la EMSP) y de nacionalidad (del personal de las EMSP), y establecen pautas de regulación *diferentes* para cada caso¹⁴²⁰. Recordemos aquí que el proyecto del Grupo de Trabajo establecía obligaciones para todos los Estados parte, respecto de las EMSP que estuvieran registradas en su territorio u operaran en él, sin hacer distinciones.

Finalmente, el elemento 8 se refiere a las EMSP, mencionando que el marco debe incluir lo siguiente: a) Establecer y aplicar mecanismos de cumplimiento para garantizar que la selección, la verificación de antecedentes y la formación del personal que preste servicios militares o de seguridad estén en conformidad con el derecho nacional e internacional; b) Establecer mecanismos de reclamación; c) Supervisar y exigir responsabilidades al personal de EMSP que incurran en conductas indebidas¹⁴²¹.

El documento no contiene ningún punto de discusión relativo a la creación de un mecanismo de supervisión internacional ni a su articulación con mecanismos preexistentes, ni tampoco a los deberes de cooperación de los Estados con relación a esta cuestión.

El Consejo de Derechos Humanos decidió¹⁴²² establecer, en 2017, un nuevo grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, por un período de tres años, encargado de elaborar el contenido de un marco normativo internacional, sin prejuzgar su naturaleza –es decir, sin decidir de antemano sobre su carácter vinculante o no–, que proteja los derechos humanos y garantice la rendición de cuentas por las violaciones y los abusos relacionados con las actividades de las EMSP, basándose en el documento de debate preparado por la Presidenta-Relatora. El nuevo grupo de trabajo intergubernamental celebró su primer período de sesiones en mayo de 2019, y sus discusiones aún no han producido ningún resultado apreciable¹⁴²³.

¹⁴¹⁸ Ídem. p. 4.

¹⁴¹⁹ Ídem, p. 5.

¹⁴²⁰ Ibídem.

¹⁴²¹ Ídem, p. 6.

¹⁴²² Resolución 36/11.

¹⁴²³ V. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Informe sobre los progresos realizados en su primer período de sesiones por el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar el contenido de un marco normativo internacional, sin prejuzgar su naturaleza, que proteja los derechos humanos y garantice la rendición de cuentas por las

V. UNA VISIÓN DE LAS EMSP DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL VIGENTE

V.1. LA CARACTERIZACIÓN DE LAS EMSP Y SU PERSONAL

¿Cómo pueden caracterizarse las EMSP a la luz del derecho internacional vigente, en particular desde el derecho internacional humanitario? Podría argumentarse que las EMSP, como tales, podrían calificar como “grupo armado organizado” y, así, estar obligadas en virtud de las normas humanitarias. Sin embargo, ello se reduciría solamente a los conflictos armados sin carácter internacional, a la luz del Artículo 2 del Protocolo Adicional II¹⁴²⁴, y requiere, en virtud del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que la EMSP sea una “Parte en el conflicto”, y no combatir en nombre de una parte.

Estas limitaciones impiden una caracterización completa de las EMSP en el derecho humanitario, por lo que deberemos analizar qué sucede con su personal.

Se ha afirmado¹⁴²⁵ que el personal de una EMSP que opere en una situación de conflicto armado internacional podría calificar como los “voluntarios” a los que se refiere el Artículo 4.A.2 del Tercer Convenio de Ginebra¹⁴²⁶, “pertenecientes a una de las Partes en conflicto”, y que reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; y d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. Dado que la experiencia muestra que es difícil que el personal de las EMSP satisfagan todos los requisitos, se ha considerado que esta calificación, aunque teóricamente posible, no es probable en la práctica¹⁴²⁷.

Si no podemos calificarlos de esta manera y, no formando parte de las fuerzas armadas de las partes en conflicto, se ha sugerido que el personal de las EMSP serían *civiles*, en cuyo caso gozarían de la protección que el derecho humanitario les brinda¹⁴²⁸. Es cierto que el Artículo 50.1 del Protocolo Adicional I dispone que en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil, pero no es menos cierto que el personal de las EMSP en muchos casos participa de las hostilidades, activándose así lo dispuesto por el Artículo 51.3 del Protocolo Adicional I: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

violaciones y los abusos relacionados con las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, Documento A/HRC/42/36, Naciones Unidas, Ginebra, 2019.

¹⁴²⁴ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

¹⁴²⁵ RILEY, cit., p.222.

¹⁴²⁶ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

¹⁴²⁷ EMANUELA-CHIARA GILLARD: “Business goes to war: private military/ security companies and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°863 (2006), pp. 525-572, p. 536.

¹⁴²⁸ Así lo establece el Documento de Montreux, en el párr. 26, b), aunque en el párrafo 24 dispone que el estatuto debe determinarse en cada caso concreto.

Si siendo civiles igualmente participan de las hostilidades, su estatus puede ser considerado como *combatientes ilegales*¹⁴²⁹ y en ese caso, de ser capturados no gozarán de la condición de prisioneros de guerra, y podrán ser juzgados por la parte que los detenga, teniendo derecho a la protección mínima que establecen las normas humanitarias. En tal caso, su estatus jurídico no se diferenciaría del establecido para los mercenarios en el Artículo 47.1 del Protocolo Adicional I. En suma, no es posible adoptar una caracterización unívoca e las EMSP ni de su personal a la luz de las normas vigentes del derecho internacional humanitario, aunque sí debemos reconocer que este da ciertas respuestas, dependiendo del caso.

V.2. OBLIGACIONES DE LAS EMSP Y DE LOS ESTADOS EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL

La ausencia de un instrumento vinculante específico sobre las EMSP y las dificultades para su caracterización a la luz del derecho vigente no impiden, pensamos, considerar las diferentes normas del derecho internacional que le son aplicables, tanto a sus agentes como a los Estados que las contratan.

Así, como ha tenido oportunidad de señalar el Grupo de Trabajo, durante los conflictos armados, los mercenarios y las EMSP tienen la obligación, al igual que todos los miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados no estatales que son partes en el conflicto, a respetar las normas aplicables del derecho internacional humanitario, en particular las normas mínimas consagradas en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, incluida la prohibición del homicidio, la tortura y la toma de rehenes. El derecho internacional humanitario consuetudinario exige que todas las partes en un conflicto respeten el principio de distinción y proporcionalidad en sus operaciones militares y prohíbe los ataques cuya finalidad principal sea propagar el terror. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario, incluidos los actos de terrorismo, pueden constituir crímenes de guerra, que motivarían la responsabilidad penal individual¹⁴³⁰. Cabe aclarar, no obstante, que el desarrollo actual de la responsabilidad penal en el derecho internacional solamente permite la persecución y enjuiciamiento de individuos, por lo que esta responsabilidad se limitará solamente a los miembros del personal de las EMSP y no a la empresa como tal.

Si bien la cuestión aparece más clara respecto del derecho internacional humanitario, no resulta tanto en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, en los que el principal obligado sigue siendo el Estado, y los mecanismos de protección internacional también están basados en estructuras de rendición de cuentas estatales¹⁴³¹.

¹⁴²⁹ GILLARD, cit., p. 562.

¹⁴³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Documento A/73/303, Naciones Unidas, Nueva York, 2018, párr. 11

¹⁴³¹ Ídem, párr. 14-15.

Esto significa, en definitiva, que no se puede soslayar el papel del Estado a los fines de asegurar, por un lado, el cumplimiento de los deberes de las EMSP y, por el otro, el respeto de los derechos de las poblaciones durante un conflicto armado u otro tipo de situación en las que se emplee EMSP. Ese enfoque fue el seguido por el proyecto de convención del Grupo de Trabajo, que hacía hincapié en las obligaciones y responsabilidades de todos los Estados donde estén registradas u operen las EMSP.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Las EMSP son un fenómeno de nuestros tiempos que, desde su aparición, han estado en constante crecimiento, por lo que no es esperable que desaparezcan en el corto plazo, sino más bien todo lo contrario: su presencia se multiplicará en conflictos armados y otro tipo de situaciones de grave tensión internacional. De allí que su regulación por el derecho internacional se hace no solamente necesaria, sino también imperativa.

Si bien las normas del derecho internacional son claras en cuanto imponen obligaciones a los Estados de cumplir y hacer cumplir el derecho internacional humanitario y de proteger los derechos humanos, la situación de las EMSP frente a estas normas es incierta y, en todo caso, serán los individuos que las integren los que serán susceptibles de responsabilidad por su eventual violación, en la medida en que se satisfagan los requisitos del derecho penal internacional.

Una regulación internacional que ponga en claro qué tipo de actividades pueden desempeñar las EMSP y cuáles son los actos que se le prohíben, con regulaciones precisas y marcos de actuación transparentes, que aseguren la efectiva rendición de cuentas y cuente con un control estatal e internacional eficaz es un objetivo tan deseable como improbable en el escenario actual.

Los intentos de regulación en el seno de las Naciones Unidas revelan una notable reticencia de los Estados a adoptar un instrumento vinculante que otorgue certeza jurídica y un marco de actuación lícito a las EMSP. Prueba de ello es el virtual rechazo que recibió el proyecto de convención preparado por el Grupo de Trabajos sobre mercenarios del Consejo de Derechos Humanos y la elaboración de un documento de debate que parece apuntar a un "marco normativo" no vinculante y hecho a medida de las EMSP.

El resultado es paradójico: si bien las principales víctimas de los abusos y violaciones cometidos por las EMSP son los civiles -como en todos los conflictos armados contemporáneos-, las EMSP representan una amenaza para los Estados, en cuanto le disputan uno de sus caracteres esenciales, el monopolio del uso de la fuerza. Y sin embargo, son los propios Estados los que impiden el avance de la regulación de las EMSP sin advertir el riesgo que se ciñe sobre ellos mismos.

PONENCIAS

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

**LA OPINIÓN CONSULTIVA 23/17
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS
Y LAS EMPRESAS.**

María Alejandra Sticca

Sumario

I- Introducción; II- Aspectos medulares de la OC; II.a) Relación medio ambiente – derechos humanos; II.b) Obligaciones de los Estados; III-Reflexiones finales.

I- INTRODUCCIÓN

La Corte IDH pronunció esta OC¹⁴³² ante la solicitud presentada por el República de Colombia¹⁴³³ el 14 de marzo de 2016, oportunidad en que le requiere determine “de qué forma se debe interpretar el *Pacto de San José* cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el

¹⁴³² El texto completo de la OC puede ser consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

¹⁴³³ Colombia fundamentó su solicitud en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte. El artículo 64 establece: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Por su parte, el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento dispone “1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados”.

pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos". El Estado solicitante busca que la Corte determine "cómo se debe interpretar el *Pacto de San José* en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del *Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe*, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura en Estados parte de estos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados"¹⁴³⁴.

Colombia solicitó esta OC debido a su preocupación por la amenaza que representan para los derechos humanos de los habitantes del Gran Caribe, los proyectos de infraestructura a gran escala en el Mar Caribe, particularmente el proyecto de Nicaragua de abrir un "gran canal" que conecte el Océano Pacífico con el Mar Caribe.

Colombia solicita puntualmente a la Corte la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* a la luz del derecho internacional del medio ambiente.

El Estado solicitante presentó a la Corte las siguientes consultas específicas:

I- ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian?

1. que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que dicho Estado sea parte;
2. que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional, como por ejemplo el previsto en el *Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe*;
3. que en esa área de jurisdicción funcional los Estados parte tengan la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución por medio de una serie de obligaciones generales y/o específicas; y
4. que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, y que sea atribuible a un Estado Parte- del convenio y del Pacto de San José, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados?

II- ¿Las medidas y los comportamientos, que por acción y/o por omisión, de uno de los Estados parte, cuyos efectos sean susceptibles de causar un daño grave al medio ambiente marino -el cual constituye a la vez el marco de vida y una fuente indispensable para el sustento de la vida de los habitantes de la

¹⁴³⁴ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf.

costa y/o islas de otro Estado parte-, son compatibles con las obligaciones formuladas en los artículos 4.1 y 5.1, leídos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José? ¿Así como de cualquier otra disposición permanente?

III- ¿Debemos interpretar, y en qué medida, las normas que establecen la obligación de respetar y de garantizar los derechos y libertades enunciados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto, en el sentido de que de dichas normas se desprende la obligación a cargo de los Estados miembros del Pacto de respetar las normas que provienen del derecho internacional del medio ambiente y que buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o imposibilitar el goce efectivo del derecho a la vida y a la integridad personal, y que una de las maneras de cumplir esa obligación es a través de la realización de estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el derecho internacional y de la cooperación con los Estados que resulten afectados? De ser aplicable, ¿qué parámetros generales se deberían tener en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental en la Región del Gran Caribe y cuál debería ser su contenido mínimo?

Colombia precisa que su solicitud de OC está relacionada con la grave degradación del entorno marino y humano en la región del Gran Caribe que puede resultar de las acciones y/o omisiones de los Estados ribereños del Mar Caribe en el marco de la construcción de nuevas grandes obras de infraestructura. Por otra parte, señala que esta problemática no sólo es de interés de los Estados de la región que se pueden ver afectados directamente por dichas obras sino también de la comunidad internacional.

Cabe destacar que en el marco de este procedimiento consultivo, que es ampliamente participativo, la Corte recibió cincuenta y un observaciones escritas por parte *i.a.* de Estados¹⁴³⁵, organizaciones internacionales¹⁴³⁶, organismos estatales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales¹⁴³⁷.

Concluido el procedimiento escrito, se convocó a una audiencia pública para que los distintos actores invitados presenten sus comentarios orales respecto de la consulta efectuada. Dicha audiencia se celebró el 22 de marzo de 2017.

La Corte para esta OC estuvo compuesta por los siguientes miembros: Juez Roberto F. Caldas (Presidente); Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot (VicePte); Juez Eduardo Vio Grossi; Juez Humberto Antonio Sierra Porto; Jueza

¹⁴³⁵ **Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA:**

1. República Argentina (en adelante "Argentina")
2. República Plurinacional de Bolivia (en adelante "Bolivia")
3. República de Honduras (en adelante "Honduras")
4. República de Panamá (en adelante "Panamá")

¹⁴³⁶ **Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA y por organizaciones internacionales:**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Representante de la Secretaría General de la OEA y la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza 1

Organización Marítima Internacional

¹⁴³⁷ Todas las observaciones a la solicitud de opinión consultiva pueden encontrarse en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1650

Elizabeth Odio Benito; Juez Eugenio Raúl Zaffaroni y Juez L. Patricio Pazmiño Freire.

II- ASPECTOS MEDULARES DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

La Corte expuso, en primer lugar, los criterios de interpretación de que se valió, luego introdujo la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y los derechos humanos afectados por causa de la degradación del medio ambiente, con el propósito de ofrecer un marco jurídico general en el cual se enmarcan las obligaciones estatales, seguidamente respondió la primera pregunta de Colombia, interpretando el alcance del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, particularmente en relación con las obligaciones de derecho ambiental. Finalmente respondió la segunda y la tercera preguntas de Colombia, interpretando y estableciendo las obligaciones estatales en materia ambiental de prevención, precaución, cooperación y de procedimiento que se derivan de los deberes de respeto y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal bajo la Convención Americana.

Un párrafo merece la relación entre las preguntas que le formulara Colombia y la opinión brindada por la Corte. En este orden, y atento los alcances de la consulta efectuada, la Corte entendió no estar limitadas por los términos literales de la consulta¹⁴³⁸. De esta postura la Corte se valió para ampliar el objeto de su pronunciamiento frente al originariamente planteado por Colombia, toda vez que no consideró conveniente limitar su pronunciamiento al medio ambiente marino, sino hacerlo extensivo al medio ambiente todo.

Al ser esta una de las primeras oportunidades que tiene la Corte IDH para referirse, de manera extendida, sobre las obligaciones derivadas de la protección del medio ambiente bajo la Convención Americana, se detuvo a analizar la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente y los derechos humanos que resultan afectados por la degradación ambiental.

En esta OC, convergen dos grandes ramas del Derecho Internacional desarrolladas principalmente a partir de mitad del siglo XX, ellas son el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente (DIMA).

Cabe señalar que la Corte refiere de manera directa a las empresas al desarrollar la obligación de prevenir que pesa sobre los Estados, obligación de prevenir la ocurrencia de un daño ambiental. En este sentido, la Corte enfatiza que atento que no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia de un daño ambiental, la prevención debe ser la política principal respecto de la protección del medio ambiente.

II.a) Relación medio ambiente - derechos humanos

¹⁴³⁸ Párrafo 27 “Adicionalmente, la Corte estima que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan. El señalamiento de ejemplos en la solicitud de opinión consultiva sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas situaciones que pueden surgir sobre la cuestión jurídica objeto de la opinión consultiva, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos...”. El resaltado nos pertenece.

En esta OC, la Corte reconoció la relación intrínseca e innegable que existe entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos¹⁴³⁹.

Por otra parte, la Corte resaltó que varios derechos fundamentales requieren, como precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.

Consideramos que, si bien, este reconocimiento es destacable, lo encontramos tardío. Ello atento que tanto instrumentos internacionales, jurisprudencia internacional y doctrina de amplio espectro desde, al menos, dos décadas atrás vienen enfatizando esta relación indubitable. En este mismo sentido, podemos recordar que en el ámbito del sistema interamericano la preocupación por el derecho al medio ambiente se planteó principalmente en relación con el derecho de los pueblos indígenas a disponer de sus tierras y recursos naturales en el contexto del artículo 21 derecho a la propiedad privada de la Convención Americana de 1969. Tema que fue objeto de especial consideración por la Corte IDH en varias sentencias¹⁴⁴⁰. Incluso nosotros ya en nuestra tesis de maestría planteabas esta intrínseca relación, especialmente en orden a la efectividad de los derechos humanos¹⁴⁴¹.

También la Corte destacó la interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Por primera vez, la Corte desarrolló el contenido del artículo 11 del Protocolo de San Salvador de 1988 relativo al medio ambiente sano, precisión que consideramos un aporte a ser destacado, especialmente en la determinación de las obligaciones que pesan sobre los Estados. La Corte afirma, además, que este derecho debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, y por lo tanto, justiciable directamente.

El derecho humano al medio ambiente sano presenta connotaciones tanto individuales como colectivas. En ese sentido, este derecho constituye un interés universal que se debe tanto a generaciones presentes como futuras, y también su vulneración tiene diversas repercusiones sobre las personas y sus derechos.

La Corte afirma el carácter autónomo de este derecho, y en cuanto tal, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros. Asimismo, enfatiza que los daños ambientales pueden afectar todos los

¹⁴³⁹ Párrafo 47

¹⁴⁴⁰ Ver, *inter alia*, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra*, párr. 173.

¹⁴⁴¹ Sobre este punto se puede consultar STICCA, M.A. "Cooperación Internacional en América en materia de Medio Ambiente: La Efectividad del Derecho Humano al Medio Ambiente (especial referencia a los Estados Miembros del MERCOSUR)", http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3772/0791_Sticca.pdf?sequence=1

derechos humanos, puesto que el disfrute de dichos derechos depende de un medio propicio.

II.b) Obligaciones de los Estados

Por otra parte, la Corte determinó las obligaciones estatales derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección del medio ambiente.

En especial, sostuvo que los Estados deben prevenir los daños ambientales significativos tanto dentro como fuera de su territorio. En ese sentido, la Corte sostiene que la obligación de prevenir daños ambientales transfronterizos, es una obligación internacional reconocida por el Derecho internacional del medio ambiente, por lo que los Estados pueden ser responsables por los daños significativos que se ocasionen a las personas fuera de sus fronteras por actividades originadas en su territorio o bajo su autoridad o control efectivo. La Corte se detiene a precisar los alcances de esta obligación de prevención, y de algunas medidas que deben adoptar los Estados para cumplir con esta obligación. Cabe señalar, que esas medidas varían de caso en caso, por lo que la Corte se limita a señalar medidas de mínima.

Al abordar los alcances de la obligación de prevenir, la Corte particularmente, refiere al rol de las empresas y las obligaciones que pesan sobre ellas y sobre los Estados, en orden a la prevención de la vulneración del derecho al medio ambiente sano como consecuencia de las actividades llevadas a cabo por empresas tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado de registro.

Entre las obligaciones mínimas que deben adoptar los Estados, a fin de dar cumplimiento a su obligación de prevención de daños ambientales, la Corte enuncia las siguientes: a) regular; b) supervisar y fiscalizar; c) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; d) establecer plan de contingencia y e) mitigar en caso de ocurrencia de daño ambiental.

Los Estados tienen el deber de regular, es decir, adecuar su legislación interna conforme los compromisos internacionales asumidos y en palabras de la Corte “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las convenciones internacionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica”¹⁴⁴².

En este punto, la Corte refiere específicamente a las empresas registradas en un Estado, pero que desarrollan actividades fuera de su territorio. Advierte que existe tendencia hacia la regulación de las actividades de dichas empresas por parte del Estado donde están registradas. Debido a ello, los Estados de registro deben adoptar medidas para prevenir que las actividades de empresas transnacionales registradas impacten negativamente en los derechos humanos de personas ubicadas fuera de su territorio.

En cuanto a la obligación de supervisar y fiscalizar, la Corte recuerda que los Estados tienen el deber de establecer mecanismos a tal fin, a efectos de garantizar los derechos humanos de las personas protegiéndolos de las acciones

¹⁴⁴² Párrafo 146.

tanto de entidades públicas como personas privadas. Es oportuno señalar, que la Corte sostuvo expresamente que “conforme a los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*¹⁴⁴³, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”¹⁴⁴⁴. Debe destacarse, esta afirmación de la Corte en orden a establecer ciertas obligaciones para las empresas en pos del respeto y garantía de los derechos humanos.

Otra de las obligaciones que pesa sobre los Estados y se vincula con las empresas, es la obligación de requerir estudios de impacto ambiental (EIA) en relación con cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo. El EIA debe realizarse, tanto cuando hay riesgo de daño significativo al medio ambiente, como consecuencia de un proyecto/ actividad realizado directamente por el Estado o por personas privadas.

Importantes líneas dedica la Corte al principio de precaución, en este sentido en el párrafo 180 señala “...esta Corte entiende que, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. La Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean “eficaces” para prevenir un daño grave o irreversible”.

En orden a la obligación de cooperar que pesa sobre los Estados en materia ambiental, la Corte considera que “los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente. Esta obligación de cooperación tiene especial preeminencia en el caso de recursos compartidos, cuyo aprovechamiento y desarrollo debe ser realizado de una forma equitativa y razonable con los derechos de los demás Estados que poseen jurisdicción sobre tales recursos¹⁴⁴⁵”. Continúa señalando que esta obligación, a diferencia de las obligaciones ambientales antes señaladas, es una obligación entre Estados. “...Dentro de esta obligación, el derecho internacional ha precisado los siguientes deberes específicos que son exigibles a los Estados, en materia ambiental, para el cumplimiento de esta obligación: 1) el deber de notificación y 2) el deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados”¹⁴⁴⁶.

En cuanto al deber de notificación a los Estados potencialmente afectados por actividades llevadas a cabo bajo la jurisdicción de otro Estados, la Corte enfatiza que frente a posibles daños significativos al medio ambiente, la notificación se debe realizar sea el posible daño “producto de actividades planificadas por el

¹⁴⁴³ Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas 17/4 del 16 de junio de 2011.

¹⁴⁴⁴ Párrafo 155.

¹⁴⁴⁵ Párrafo 185.

¹⁴⁴⁶ Párrafo 186.

Estado por personas privadas con autorización estatal". Nuevamente nos encontramos con una referencia a empresas que pueden desarrollar proyectos/obras que generen posible daño ambiental.

III-REFLEXIONES FINALES

Celebramos que la Corte IDH se haya pronunciado expresamente y enfatizado la relación entre la protección del medio ambiente y el goce efectivo de los otros derechos humanos. Asimismo que tantos actores hayan aportado sus valiosas observaciones a esta consulta, lo que pone de relieve la entidad de lo consultado para la comunidad internacional toda.

También celebramos que la Corte haya dedicado sendas líneas a precisar las obligaciones que pesan sobre los Estados en orden a la protección del medio ambiente y que haya introducido la relación empresas – derechos humanos. En este sentido, consideramos auspicioso que la Corte, no sólo se haya detenido en las obligaciones de supervisión y fiscalización que pesan sobre los Estados, sino que haya avanzado en orden a enfatizar el compromiso que deben asumir las empresas en la materia, y hacer frente a las consecuencias de las actividades que puedan tener impacto ambiental negativo.

A pesar de ello, es propicio recordar que la Corte en esta OC se limitó a relevar lo desarrollado hasta el momento, tanto desde la perspectiva del derecho humano al medio ambiente como del DIMA, sin introducir cuestiones originales o novedosas, salvo su pronunciamiento expreso en orden a la responsabilidad por daños transfronterizos y a reconocer al principio precautorio como tal y no ya como un mero enfoque.

Para finalizar deseamos destacar que esta OC responde a la necesidad de protección efectiva de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por actividades con impacto ambiental negativo, por todas aquellas que pueden verse afectadas por daños transfronterizos, por todas aquellas que pueden verse afectados por la irresponsabilidad de Estados y actores que no asumen sus obligaciones internacionales en aras a la protección del medio ambiente.

“EMPRESAS Y PASIVOS AMBIENTALES: LA COMPLEJA FRONTERA ENTRE PASIVOS CONTINGENTES, PASIVOS CONFIGURADOS Y DAÑO AMBIENTAL”

ALICIA MORALES LAMBERTI

Resumen: El presente ensayo, analiza algunos criterios doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la extensión de la responsabilidad en torno a la problemática de los pasivos ambientales y las relaciones empresarias, tanto en el ámbito contractual (Vg. compraventa de activos y el alcance de los pactos de indemnidad en la transferencia del control accionario), como en la esfera extracontractual, evidenciando la disparidad de soluciones según se trate de pasivos ambientales contingentes, pasivos ambientales configurados y daño ambiental colectivo.

PASIVO AMBIENTAL. PASIVOS AMBIENTALES CONTINGENTES. PASIVOS AMBIENTALES CONFIGURADOS. DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

Abstract: The present essay analyzes some doctrinal and jurisprudential criteria about the extension of the responsibility around the problem of environmental liabilities and business relationships, both in the contractual field (eg asset sales and the scope of the indemnity pacts in the transfer of shareholder control), as in the non-contractual sphere, evidencing the disparity of solutions depending on whether they are contingent environmental liabilities, configured environmental liabilities and collective environmental damage.

Keywords: ENVIRONMENTAL LIABILITIES. CONTINGENT ENVIRONMENTAL LIABILITIES. CONFIGURED ENVIRONMENTAL LIABILITIES. COLLECTIVE ENVIRONMENTAL DAMAGE

Sumario: 1) Introducción. 2) Contabilidad ambiental y pasivos ambientales. 3) Pasivos ambientales: categorías contables y jurídicas. 4) Transferencia de activos y pasivos ambientales: remediación y financiamiento. 4.1) Pasivos Ambientales y riesgos no asegurados. 5) Pasivos ambientales, transferencia de activos y obligaciones propter rem. 5.1) Responsabilidad del guardián por remediación de PA contingentes. 5.2) Pasivos ambientales configurados: responsabilidad del fiduciario. 5.3) Responsabilidad solidaria por remediación y cese de daños por PA configurados. 5.4) Transferencia de un plan de cierre de PA configurados. 5.5) Responsabilidad por omisión de declarar la existencia de PA configurados (PA ocultos). 5.6) Compensación anticipada para la gestión de pasivos socio ambientales. 5.7) Acumulación de acciones, litispendencia y aplicación de pactos de indemnidad. 5.8) Delimitación del grupo responsable e identificación de la causa o agente de los PA configurados. 5.9) Fondos de restauración y de compensación ambiental para remediación de PA configurados. 5.10)

Remediación in natura y subsidiariedad de medidas compensatorias (indemnización sustitutiva). 5.11) Imprescriptibilidad de la responsabilidad por pasivos ambientales. 5.12) Remediación de PA configurados y medidas de compensación por PA residuales. 5.13) Explotación ilegal y abandono de la concesión: responsabilidad por pasivos mineros. 5.14) Acuerdos contractuales y mandatos judiciales de ejecución efectiva de PA configurados. 5.15) Incumplimiento de Actas Acuerdo para la remediación de PA configurados. 6) Fondos y compensaciones para pasivos ambientales residuales. 7) Pasivos ambientales contingentes y pactos de indemnidad. 8) Síntesis.

1. Introducción

La presentación de información ambiental por parte de las empresas, es un fenómeno iniciado en décadas recientes. Al hacerse más estricta la legislación ambiental en casi todos los países, los agentes del sector financiero exigen mejor calidad de datos ambientales y más información financiera ambiental en las cuentas empresarias, para delimitar su responsabilidad jurídica ante eventuales pasivos ambientales en las empresas a adquirir.

La responsabilidad por el saneamiento de pasivos ambientales preexistentes, generados por las actividades productivas tienen fuerte vinculación con procesos de reestructuración, fusiones, privatizaciones y venta de paquetes accionarios. Los organismos internacionales de crédito exigen más información sobre *performance* ambiental de las empresas y los potenciales compradores de paquetes accionarios requieren *due diligence* previas, sobre información financiera ambiental.

La incorporación de los pasivos ambientales en la contabilidad de las empresas, constituye un aspecto clave de la información en los estados financieros, exigiendo que la contabilidad de gestión sea capaz de registrar y analizar la información financiera relacionada con los aspectos ambientales que afectan a la empresa, especialmente la previsión y cuantificación de pasivos ambientales.

En ese contexto, el presente ensayo analiza algunos criterios doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la extensión de la responsabilidad empresaria en torno a la problemática de los pasivos ambientales (PA), tanto en el ámbito contractual como en la esfera extracontractual, evidenciando la disparidad de soluciones según se trate de pasivos ambientales contingentes, pasivos ambientales configurados y daño ambiental colectivo.

2. Contabilidad ambiental y pasivos ambientales

La contabilidad financiera, permite a las empresas preparar los estados financieros dirigidos a inversionistas, acreedores y otros, basándose en los principios de contabilidad generalmente aceptados¹⁴⁴⁷ y las normativas contables aplicadas en cada país.

¹⁴⁴⁷ Cfr. NIC (Normas Internacionales de Contabilidad) o IAS (International Accounting Standards, International Accounting Standards Committee), antecesor del actual IASB - International Accounting Standards Board, entre las que se destaca la IAS 37, aplicable a informaciones sobre activos y pasivos ambientales contingentes. Vid. asimismo la Recomendación de la Comisión Europea, relativa al reconocimiento, la medición y la

Desde el punto de vista de la contabilidad ambiental, un **pasivo ambiental** (PA) es una obligación de pagar gastos futuros por eventos o transacciones ocurridos en el pasado, para remediar inmuebles o conjunto de inmuebles cuyo suelo, subsuelo, biota y/o aguas superficiales y/o subterráneas, han sido alterados negativamente en sus características biológicas o químicas por la presencia de sustancias contaminantes de origen antrópico, en concentraciones tales que en función del uso actual o proyectado para esos sitios y sus alrededores, y los niveles guía de calidad ambiental, comportan un riesgo para la salud humana y el ambiente.

3. Pasivos ambientales: categorías contables y jurídicas

Entre las distintas clasificaciones y categorías de pasivos ambientales (PA), podemos distinguir con carácter principal aquellas que muestran el origen de los PA y la conexión que existe entre estos según su grado de certidumbre de ocurrencia: PA Contingentes y PA Configurados¹⁴⁴⁸. De esta forma, si existe certeza de la ocurrencia del PA, este será un pasivo ya configurado. Si existe incertidumbre al respecto, será un PA contingente, al que se le deberá asignar cierta probabilidad de que llegue a convertirse en PA configurado.

Un PA contingente es desde el punto de vista contable, una obligación posible surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia puede ser consecuencia, con cierto grado de incertidumbre, de un suceso futuro, que puede o no, ser susceptible de cuantificación en un determinado momento. En estos casos, para el caso de los PA contingentes, se tomará en cuenta el criterio del “valor al riesgo”, entendido como el valor estimado del PA con una probabilidad de ocurrencia determinada, el cual permite apreciar el valor absoluto estimado del PA contingente si llegara a configurarse, y cuál es el nivel de incertidumbre que se le asocia. Debido a que los flujos financieros futuros son inciertos generalmente se los contabiliza como una provisión¹⁴⁴⁹.

Por su parte, la atribución de responsabilidad por la remediación de pasivos ambientales a través de una decisión administrativa o judicial firmes, determina la mutación del carácter de PA contingentes a PA configurados. En consecuencia, los PA contingentes y los PA configurados, son categorías conceptuales de origen contable, útiles para discernir el alcance de las obligaciones de prevenir, remediar o recomponer un sitio contaminado. La importancia de esta clasificación, radica en que ella permite valorar los PA

publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de las empresas. Diario Oficial N° L 156 de 13/06/2001 p. 0033 - 0042.

¹⁴⁴⁸ Existe una relación de graduación y distinción entre responsabilidad por la prevención; la remediación del sitio y reparación íntegra del PA. En este último caso, la recomposición del daño ambiental incluye además, la compensación de los flujos de servicios ambientales que dejaron de generarse desde que se produjo el daño, hasta el momento en que se alcanza la reparación; o en su caso una indemnización sustitutiva.

¹⁴⁴⁹ La NIC 37 en su punto 36, se inclina por reconocer como provisión la mejor estimación, ponderando todos los posibles desenlaces por sus probabilidades asociadas (método del valor esperado).

tomando en cuenta el riesgo o la incertidumbre (prevención-precaución) o certidumbre de su ocurrencia (daño ambiental).

Corolario de lo anterior, emerge una problemática ulterior, y es que un pasivo necesariamente supone la existencia de uno o más causantes del mismo. La atribución de la responsabilidad ambiental en relación a los pasivos ambientales, puede desdoblarse en dos aspectos: primero, la responsabilidad por la generación del pasivo, o sea el causante. Segundo, la responsabilidad por su evitación tomando en cuenta el riesgo o el peligro ambiental que generan (prevención-precaución); o su remediación-recomposición, si media certidumbre de su ocurrencia (PA configurado-daño ambiental); lo que no necesariamente va a recaer sobre el mismo sujeto desde el punto de vista de la responsabilidad extra contractual o contractual, según correspondiere¹⁴⁵⁰.

El tema es complejo, ya que los pasivos ambientales con frecuencia son difusos, acumulativos y con efectos sinérgicos¹⁴⁵¹, y muchas veces concurren distintos autores de su generación, ya sea concatenados en el tiempo o en forma paralela, durante un cierto período de gestación y configuración que generan un riesgo permanente y/o potencial para la salud humana y el ambiente.

4. Transferencia de activos y pasivos ambientales: remediación y financiamiento

Cualquier operación comercial que involucre la compraventa de acciones de una sociedad, una fusión y/o una compraventa de activos implica la transferencia ya sea en parte, ya sea en su totalidad de los pasivos ambientales (contingentes y configurados). Es por ello que, en el caso del cese definitivo o transferencia de actividades, el titular de las mismas deberá presentar la auditoría de cierre de PA para su evaluación por parte de la Autoridad ambiental¹⁴⁵².

El problema se plantea cuando resulta imposible identificar uno o más responsables; o los responsables son identificables, pero no resultan solventes o existen incertidumbres sobre el grado de participación de cada agente, sin

¹⁴⁵⁰ MORALES LAMBERTI, A.: Gestión y remediación de pasivos ambientales: políticas y atribución de responsabilidad, en "Estudios de Derecho Ambiental", Instituto de Derecho Ambiental y de la Energía (IDAE), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Editorial Alveroni, 2008.

¹⁴⁵¹ Se define el "pasivo ambiental acumulativo" como aquel que resulta de los impactos incrementales de una obra, toda vez que se añade a otros pasados, presentes o previsibles a futuro. Estos impactos acumulativos se derivan de los efectos de más de un proyecto que se esté realizando simultáneamente, de la combinación de efectos pequeños que resultan de un impacto de envergadura y de los efectos combinados de proyectos que se desarrollan en un lapso (impacto sinérgico).

¹⁴⁵² El plan de cierre y post cierre, supone un responsable identificado que es el concesionario u operador: su objeto es internalizar el costo del cierre de operaciones por parte de las empresas, incorporándolo en la planificación, exigiéndose garantías de cumplimiento y requiriendo auditorías para verificar su cumplimiento.

perjuicio de la aplicación de la regla general prevista por el art. 31 de la Ley General del Ambiente 25.675¹⁴⁵³.

4.1) Pasivos Ambientales y riesgos no asegurados

Una dificultad se evidencia en la no asegurabilidad -como principio-, de los pasivos ambientales. El Seguro Ambiental Obligatorio (art. 22 Ley 25.675), en su actual modalidad de caución ambiental, es un instrumento para prevenir la generación de nuevos pasivos ambientales. La contaminación histórica, sea accidental o gradual y los daños que se producen como consecuencia de ella, incluyendo casos de daños difusos o contaminadores no identificables, hasta el presente no tienen cabida en los mercados aseguradores, en razón que el asegurador realiza un estudio de la situación ambiental inicial (SAI¹⁴⁵⁴), a fin de detectar pasivos/daños preexistentes, los que serán asumidos exclusivamente por el titular de la actividad riesgosa.

Es por ello que la aseguradora no abonará suma alguna cuando: *“Existan pasivos ambientales, entendiéndose por tales a todo daño al ambiente existente al momento de contratación de la póliza y que surjan del estudio de Situación Ambiental Inicial, sea este conocido o no por el Tomador¹⁴⁵⁵”*.

Sin embargo, un supuesto en el que podría considerarse incluidos los PA en las condiciones, alcances y límites de cobertura establecidas en las pólizas autorizadas para los contratos de seguro ambiental obligatorio (SAO), sería cuando los mismos se manifiesten o descubran y sean notificados fehacientemente por el tomador (responsable del PA) al asegurador, durante el período de vigencia de la póliza o dentro del período extendido de reclamo que es de tres (3) años (o el plazo mayor indicado en condiciones particulares) a contar desde el fin de vigencia de la póliza o rescisión¹⁴⁵⁶. Como el SAI puede establecer la existencia de PA al momento de contratarse el seguro, la primera manifestación o descubrimiento debe estar referida a un nuevo pasivo/daño ambiental, no comprendido en el mismo para que pueda ser cubierto por el seguro: se trataría de PA contingentes devenidos en PA configurados, sobrevinientes a la contratación de la póliza.

¹⁴⁵³ “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable”.

¹⁴⁵⁴ La determinación de la Situación Ambiental Inicial (SAI) del establecimiento, deslinda la responsabilidad por el pasivo/daño preexistente no alcanzado por la cobertura y el daño sobreviniente a la contratación.

¹⁴⁵⁵ Cfr. Pautas Básicas aprobadas por las Res. Conjunta N° 98/2007; N° 1973/2007 y Res. SSN N° 37160/2012, Anexo 23.6 c 1).

¹⁴⁵⁶ Res. SSN N° 37160/2012, Anexo 23.6 c 1). Cfr. Res. E 548/17 MAyDS: la ejecución de la póliza de seguro de caución está condicionada, según se trate de acciones inmediatas o mediatas, a la previa presentación del plan de remediación y a su aprobación por parte de la UERA, en que deben ser detalladas las tareas específicas que sean necesarias para la reparación del daño.

Otro posible supuesto de cobertura, referente a PA contingentes, sería cuando la póliza prevé la posibilidad de reservar amparo asegurativo para la adopción de medidas preventivas/precautorias para evitar la configuración de un daño ambiental. Existen tres instancias de ejecución de la póliza del seguro ambiental: la instancia preventiva, la instancia de recomposición y la instancia de indemnización. La primera de ellas, contempla que se destine un porcentaje de la póliza para adoptar las medidas necesarias para evitar que ocurra un daño, si no se aplican medidas precautorias o preventivas¹⁴⁵⁷. Esta instancia de cobertura preventiva y precautoria ambiental, persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de pasivos o daños ambientales, implicando un mandato específico de hacer, adelantarse al peligro y evitar la actuación *ex post facto*. No requiere la existencia de un PA configurado, solamente la corroboración de que existe una “actividad” que sea “riesgosa o peligrosa”¹⁴⁵⁸ (PA contingente).

Otras posibilidades aún no operativas, son las pólizas de seguro ambiental con transferencia de riesgo u otros instrumentos financieros o planes de seguro, coberturas complementarias que prevé el reciente Decreto N° 447/2019. Esta normativa, dejó sin efecto el Decreto N° 1638/2012, que había instaurado un nuevo régimen para el seguro ambiental, que puso fin con la confidencialidad de los PA, permitiendo a la Autoridad Ambiental contar con un inventario sobre la existencia de PA, a medida en que se presentaban las nuevas pólizas aprobadas.

Como efecto implícito de este nuevo régimen, el estudio de la Situación Ambiental Inicial (SAI) queda nuevamente bajo confidencialidad, pero como contrapartida podría entenderse que el asegurador responde en caso de existencia de una primera manifestación o descubrimiento si la remediación no es efectuada por el Tomador, obligando a establecer condiciones de aseguramiento o tareas que debe asumir el Tomador, para mejorar la seguridad y remediar pasivos ambientales.

5. Pasivos ambientales, transferencia de activos y obligaciones propter rem

La incorporación de cláusulas de responsabilidad por la asunción de responsabilidad en la gestión y remediación de pasivos ambientales (PA), en los procesos de transferencias o capitalización de activos empresarios, han incluido progresivamente previsiones sobre responsabilidad financiera para la gestión de PA, sean estos configurados o contingentes, variando las consecuencias jurídicas según se trate de la continuación de la misma persona jurídica o surja un nuevo titular de los derechos y obligaciones.

¹⁴⁵⁷ La instancia de remediación/recomposición es aquella en la que se destina un monto de la póliza para actuar sobre un daño que ya ocurrió, pero que es posible de ser remediado. La última instancia contempla que se destine el total de la póliza para indemnizar el daño colectivo cuando las consecuencias hagan que ya no exista posibilidades de remediarlo (daño ambiental irreversible).

¹⁴⁵⁸ Cfr. Arts. 1708; 1757 y ss. Código Civil y Comercial.

La obligación imperativa de remediación de los PA, requiere definir con claridad la naturaleza de la obligación, que puede ser de origen normativo o contractual, supuestos en los que las empresas tienen una obligación legal o contractual de evitar, reducir, remediar o reparar un daño ambiental; o tácita: la obligación tácita nace de las propias actuaciones de la empresa si ésta se ha comprometido a evitar, reducir o reparar pasivos ambientales, como consecuencia de declaraciones de principios o políticas ambientales publicadas o por sus propias pautas de actuación establecidas en el pasado, ha asumido ante terceros que asumirá dicha responsabilidad.

Cuando la atribución de responsabilidad reconoce origen normativo, en nuestro país pareciera existir un denominador común: la obligación de remediar o recomponer los PA quiebra el nexo de causalidad¹⁴⁵⁹, resultando responsable el generador del pasivo y/o los propietarios del inmueble, independiente de si han sido responsables de la generación del pasivo ambiental.

A modo de ejemplo, según la Ley N° 14.343 de la Provincia de Buenos Aires (art. 5°) “*Están obligados a recomponer los pasivos ambientales y/o sitios contaminados, los sujetos titulares de la actividad generadora del daño y/o los propietarios de los inmuebles, en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad*”. En Ciudad de Buenos Aires, “*se considera sujetos responsables*¹⁴⁶⁰: a) *aquel que realice o haya realizado la actividad riesgosa o peligrosa generadora del daño ambiental actual o potencial y b) de modo subsidiario, cuando no se pudiera dar con el sujeto generador del daño o aquel no respondiera a las obligaciones establecidas en la presente, será responsable el propietario del inmueble en el cual se realice o haya realizado la actividad riesgosa o peligrosa generadora del daño ambiental actual o potencial*”.

Consecuencia directa de esa responsabilidad ambiental tipo *propter rem*, el mandato normativo supone el reforzamiento del deber de diligencia (*due diligence*) tanto por parte del transmitente como del adquirente, previo a la adquisición de activos o un inmueble¹⁴⁶¹.

La obligación de remediar pasivos ambientales presentaría así dos características propias de la obligación *propter rem*: a) origen legal (surge de la ley) y b) ambulatoriedad (la obligación nace en cabeza de sujetos determinados, pero esta puede ambular como consecuencia de las sucesivas transmisiones del

¹⁴⁵⁹ También la aplicación del principio de causalidad, acarrea ciertas dificultades al momento de imputar la responsabilidad respecto de la comisión de infracciones ambientales cuando se producen procesos de fusión de personas jurídicas y, en consecuencia, la extinción de la persona jurídica que cometió la infracción. Más allá del problema de la equiparación entre obligación y causalidad, la solución en estos casos, suele ser la aplicación de la sucesión procesal en el caso fusión de personas jurídicas.

¹⁴⁶⁰ Art. 7°, Ley N° 6117 de Gestión de Sitios Contaminados, Ciudad de Buenos Aires (CABA).

¹⁴⁶¹ Las obligaciones propias del *due diligence* aplican también a todas aquellas situaciones de transmisión de sitios contaminados por medio de la vía judicial, sea en situaciones de remates, quiebras, sucesiones, etc.

dominio o posesión, hasta el momento en que opere su extinción por haberse remediado el pasivo ambiental.

Ese encuadramiento guarda armonía con el Art. 1758 del CCyC, que establece que *“El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella (...) En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”*.

En el caso de PA, dicha remisión a la “legislación especial”, comprende normas que guardan estricta armonía con la anterior regla normativa, sea en relación a la transferencia a título oneroso o gratuito de predios con bosques nativos categorizados rojos y amarillos (donde existe la prohibición de desmontes y cambios de uso del suelo); sea en relación a la presencia de sustancias y residuos peligrosos que constituyen la causa genética de la configuración de pasivos ambientales (PA)¹⁴⁶².

Dichas normas, a diferencia de la regla de solidaridad establecida por el art. 31 Ley 25.675, establecen una presunción de responsabilidad *iuris tantum*, propia de un sistema de responsabilidad objetiva con inversión de la carga probatoria, que recae sobre aquel que realice o haya realizado la actividad riesgosa o peligrosa generadora del PA contingente o configurado. Se trata de una presunción basada en el principio que el predio con pasivos ambientales, ha sido abandonado o no ha sido remediado por su responsable (concesionario, arrendatario, propietario o poseedor), pero reconoce una contaminación trazable a su generador. Subsidiariamente, cuando no se pudiera dar con el sujeto generador del PA, o aquel no respondiera a las obligaciones de remediación, será responsable el titular registral del inmueble en el cual se realice o haya realizado la actividad riesgosa o peligrosa generadora de pasivos ambientales, sin perjuicio de las acciones de repetición o regreso.

5.1) Responsabilidad del guardián por remediación de PA contingentes

En ejercicio de las facultades instructorias y ordenatorias que asisten al Tribunal (art. 32 Ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general, se designó un perito en materia ambiental a fin de ilustrar respecto a la mejor forma de disposición final del asbestos existente en un predio, a cuyo fin se le ordenó valuar los dos escenarios de remediación posibles: mantener el asbesto en el predio, debiendo en ese caso indicar las medidas y pasos a seguir, o la extracción del material y su disposición fuera del predio, debiendo indicar la manera de efectuar la operación y de transporte y disposición. La Cámara confirmó en lo sustancial la resolución de primera instancia, en cuanto al

¹⁴⁶² Vid. Ley 24.051, Art. 45: “Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del 2º párrafo del artículo 1113 (actual 1757) del CCyC”; Art. 46: “En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos” y Art. 47: “El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso”.

destino del asbesto, ordenando que la modalidad de la remediación de los PA contingentes “deben mantenerse enterrados y confinados en el estado en que se encuentran, garantizando su estanqueidad y hermeticidad –en palabras del peritaje- mediante la cobertura de suelo, cobertura vegetal y blindaje del subsuelo.

El Tribunal recordó que la actora no había denunciado daños ambientales (PA configurados), sino que pretendió evitar que éstos se produzcan¹⁴⁶³: El término apropiado a tal cuestión es “riesgo” es decir probabilidad de causar daño en función de la exposición y la toxicidad intrínseca del asbesto. En consecuencia, el Tribunal sostuvo que “el hecho que se haya probado que una empresa no haya generado los residuos de asbestos, no resulta determinante, como sí lo es que se encuentran en un predio de su propiedad, por lo que resulta responsable en su calidad de guardián”.

5.2) Pasivos ambientales configurados: responsabilidad del fiduciario

Existen precedentes, en el dictado de medidas cautelares novedosas en cuanto a la responsabilidad ambiental de un fiduciario. Los antecedentes del caso y de la medida cautelar finalmente dictada se basaron en el Acuerdo Marco firmado por el Fideicomiso Financiero y la Administración Papelera Quilmes sobre cese y remediación de PA configurados, que fue homologado judicialmente, luego de un extenso debate acerca de las principales cuestiones vinculadas al cese, la remediación y adecuación de las emanaciones líquidas, sólidas, gaseosas provenientes de la planta industrial, para así modificar sus condiciones de producción, y proceder al levantamiento de la clausura del establecimiento, oportunamente dispuesta¹⁴⁶⁴. La parte actora promovió un incidente de ejecución de sentencia por incumplimiento de dicho Acuerdo Marco¹⁴⁶⁵, siendo condenado el fiduciario en su carácter de liquidador judicial del Fideicomiso, a depositar, la suma presupuestada provisionalmente para cubrir el costo de la remediación de PA configurados e informar acerca de la vigencia del contrato de seguro ambiental oportunamente suscripto.

5.3) Responsabilidad solidaria por remediación y cese de daños por PA configurados

El fallo condenó a la Dirección General de Fabricaciones Militares (DGFM) y le impuso las costas del juicio y condenó en el apartado relativo a la orden de cese de contaminación, a Prosul S.A. y al establecimiento fabril contaminante que al momento de interposición de la demanda, pertenecía a la DGFM: “Transferida la empresa contaminante a un tercero, si la acción se

¹⁴⁶³ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *in re* “Romero, Alicia B. c/ Colgate Palmolive S.A. s/ Amparo Ambiental”, Sala III, 10.03.2010.

¹⁴⁶⁴ Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, *in re* “Vela Darío René y otros c/ Massuh S.A. y otros s/reparación o recomposición de daño ambiental”, 06.09.2010.

¹⁴⁶⁵ Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, *in re* “Vela Darío René y otros c/ Massuh S.A. y otros s/reparación o recomposición de daño ambiental”, 09.09.2010.

interpuso contra el establecimiento perjudicial, demandándose a su operador “y a quien en definitiva resulte responsable”, la nueva adquirente no puede verse eximida de las obligaciones de hacer que la sentencia impone para hacer cesar el daño ambiental, ni de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de la orden judicial de cese de contaminación, por parte de la titular original” (...) “La nueva adquirente no podrá verse eximida de las obligaciones de hacer que ordene la sentencia a la condenada para hacer cesar el daño ambiental, ni tampoco podrá ser eximida de las consecuencias del incumplimiento de la orden judicial de cese de la contaminación y su consecuente apercibimiento de cese de la producción contaminante hasta que se implementen las medidas conducentes a cesar, de una vez y para siempre, con el daño ambiental. Así la sentencia deberá recaer sobre la demandada, pero no será eximida la actual manipuladora si la condenada no cumpliera con sus obligaciones decretadas por la sentencia”.

Atento que la orden de cese de contaminación es, en realidad contra un establecimiento industrial, y que titular del mismo al momento de esa sentencia (Prosul S.A.), era aquel sujeto demandado como “y quien en definitiva resulta responsable”, y habida cuenta de los intereses públicos y colectivos en juego y la normativa vigente, se decidió ordenar a la demandada que en el plazo de 30 días coloque por sí o por tercero todo el equipamiento necesario para cesar de contaminar definitivamente el ambiente y realizar las obras conducentes a la remediación de los PA configurados. Todo bajo apercibimiento de astreintes de los primeros 30 días y, operado ese plazo la clausura del establecimiento hasta tanto se cumpla con las obras y tareas ordenadas”¹⁴⁶⁶.

5.4) *Transferencia de un plan de cierre de PA configurados*

El actor adquirió los “derechos y obligaciones” derivados de un “plan de cierre” de PA contingentes sobre una mina de tercera categoría transferidos por quien tanto a la fecha de presentación y de notificación de la aprobación del “plan de cierre”, ya no era titular de la propiedad de la cantera en cuestión, omitiendo declarar en tiempo y forma -o sea al momento de presentar el plan de remediación físico y biológico de la cantera, la situación legal apuntada. En consecuencia, el actor no había adquirido derecho subjetivo alguno, puesto que a través del mismo se le cedieron los derechos de un plan de cierre de la explotación de una mina, por quien no era titular a dicha fecha del dominio y por ende tampoco de la cantera.

Considerando que la cuestión planteada trascendía el mero interés individual o subjetivo de parte alguna, estando en juego derechos ambientales indisponibles, el Tribunal decidió mantener el cierre de la cantera por estar interesado en ello el interés de la comunidad a un ambiente sano y equilibrado¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁶ “Maceroni, Francisco y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares”, Cámara Federal de La Plata, sala 1ª, 03.09.1996.

¹⁴⁶⁷ “Ricciutti, Stenio”, Cámara Civil y Comercial de Tucumán, sala 2ª, 1 de agosto de 2007.

5.5) *Responsabilidad por la omisión de declarar la existencia de PA configurados (PA ocultos)*

En la causa, se admitió parcialmente la pretensión, considerando a la demandada responsable de los perjuicios generados al adjudicatario de la licitación de la Fábrica Militar de Ácido Sulfúrico (FMAS) derivado de la falta o deficiente información suministrada durante el trámite licitatorio, y condenó a aquélla al pago del lucro cesante generado durante el lapso que la planta permaneció clausurada por orden judicial, así como a la restitución de las sumas invertidas por la accionante para remediar los PA contingentes y configurados, durante el período de clausura.

Durante el lapso en que la fábrica se encontraba bajo la titularidad de la FMAS, ésta había tomado cabal conocimiento de actuaciones judiciales, concernientes a la comprobación de la existencia de contaminación con motivo de los efluentes generadores por la actividad de la planta¹⁴⁶⁸ y sus consecuencias habían sido objetivamente comprobadas por las autoridades. Determinado el factor de atribución (omisión, reticencia y falsa información sobre extremos relevantes concernientes al objeto de la licitación) que genera la responsabilidad de la demandada, y dado que el comprador había sufrido una consecuencia patrimonial desfavorable (cierre del establecimiento a consecuencia de la contaminación generada por PA ocultos y la necesidad de la readecuación para permitir su reapertura y operatividad en debidas condiciones de seguridad para evitar agravar el daño ambiental), se consideró configurados las condiciones de procedencia del reclamo indemnizatorio¹⁴⁶⁹.

5.6) *Compensación anticipada para la gestión de pasivos socio ambientales*

Comunidades indígenas y una empresa hidrocarburífera, acordaron contractualmente disponer la constitución de un fondo provisorio, a cuenta de compensación por parte de la Empresa y a su cargo, a favor de las Comunidades y de su libre disposición, hasta finalizar la negociación sobre la remediación y cese de contaminación surgidas de la existencia de PA configurados¹⁴⁷⁰, cuya suma resultante sería computada a cuenta de futuros pagos.

Ambas partes iniciaron acciones judiciales, la Confederación Indígena por los daños y perjuicios derivados de la rescisión del contrato, como también por los daños al ambiente y a las personas causados por la actividad de dicha empresa en los territorios de posesión colectiva, y a solicitar se la condene a abonar las sumas necesarias para la remediación de PA y al cese de las actividades contaminantes. La empresa reclamó el reintegro de las sumas

¹⁴⁶⁸ Cfr. "Bustos, Miguel y otros c/Fabricaciones Militares sobre Amparo", Juzgado Federal de Primera Instancia de La Plata, 30.12.1986, ratificado por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 07.03.1987.

¹⁴⁶⁹ "Prosul S.A. v. Ministerio de Defensa - Dirección General de Fabricaciones Militares", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 3ª, 24.08.2007.

¹⁴⁷⁰ "Y.P.F S.A. c/ Agrupación Mapuche Paynemil y Otros s/ Daños y Perjuicios", Cámara de Apelaciones de Neuquén, Sala III, 03.06.2008.

abonadas en concepto de compensación anticipada para la gestión de pasivos socio ambientales, pretensión que fue rechazada por el Tribunal.

5.7) *Acumulación de acciones, litispendencia y aplicación de pactos de indemnidad*

En estas actuaciones, a partir de la propia sistemática legal, se acumularon dos tipos de acciones: la de recomposición del daño ambiental colectivo y la de resarcimiento del daño individual u homogéneo sufrido por la misma causa (daño ambiental indirecto). El tribunal consideró el supuesto de litispendencia en relación a las actuaciones en trámite ante la Corte Suprema de la Nación¹⁴⁷¹, en las que se ha demandado, entre otras empresas, también a la accionada, circunscribiendo la litispendencia únicamente en aquella parte del objeto de la pretensión referida al daño ambiental colectivo, con la acotación de que los actores debían intervenir en aquel trámite en calidad de terceros. En consecuencia, la litispendencia no requiere de la identidad subjetiva ni de la "causa", sino sólo de la identidad de "objeto": la remediación de pasivos ambientales configurados (recomposición del daño colectivo).

Asimismo, la demandada cuestionó el rechazo de la citación a proceso del Estado Nacional, aduciendo que las alegaciones fácticas de los demandantes, remontaban a varias décadas atrás la causación del PA configurado (daño ecológico) supuestamente inferido. Es decir, quien explotó ese yacimiento durante tres décadas previas, había sido el Estado Nacional a través de YPF SE, resultando factible que una eventual decisión en la causa que concluyera responsabilizándola, ella no contaría con una acción de regreso en contra del Estado Nacional¹⁴⁷², lo cual fue rechazado.

5.8) *Delimitación del grupo responsable e identificación de la causa o agente de los PA configurados*

Una organización no gubernamental inició una demanda contra numerosas empresas hidrocarburíferas, para que se realicen todas las acciones que resulten necesarias para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales (PA configurados), en la denominada Cuenca Neuquina, para que se constituya el fondo de restauración ambiental establecido en el art. 22 de la ley 25.675 y para que se adopten en lo sucesivo todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que causan al medio ambiente las actividades desarrolladas en la citada cuenca.

Para la operatividad de la regla de la responsabilidad solidaria del art. 31 de la ley 25.675, se exige que los miembros del grupo responsable hayan "participado" en la comisión del daño ambiental, resultando indispensable que el criterio clasificatorio empleado en la delimitación del grupo responsable sea el mismo que se utiliza para identificar la causa o agente del daño.

La mayoría de los jueces de la Corte Suprema consideraron que la generalidad de los términos de la demanda, hacia extensible la pretensión a toda alteración del medio ambiente eventualmente producida en la

¹⁴⁷¹ "Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. YPF SA y otros s/ Daño Ambiental".

¹⁴⁷² "Hobert, Nestor F. v. Pluspetrol S.A.", Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, sala 2ª, 14 de junio de 2007.

denominada Cuenca Neuquina que tenga su origen en la explotación de hidrocarburos en cualquiera de sus formas, con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño, o la pluralidad de ellas, por individualizar a los agentes productores de éste, por diferenciar la aportación de cada uno de ellos en el proceso causal del deterioro que se invocaba resultante y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada, resolviendo por mayoría, hacer lugar a la excepción de defecto legal, otorgando un plazo de cuarenta días para que la accionante subsane las deficiencias de la presentación, imponiendo las costas por el orden causado, y difirieron el tratamiento de los restantes puntos para el momento de que dichos errores se encuentren subsanados¹⁴⁷³.

5.9) *Fondos de restauración y de compensación ambiental para remediación de PA configurados*

En la causa "Mendoza"¹⁴⁷⁴ los actores propusieron como medida cautelar innovativa y/o autosatisfactiva la creación de un "Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental" o "Fondo de Compensación Ambiental", de carácter autónomo y de subrogación, mediante la afectación directa de recursos del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, en su calidad de coautores solidariamente responsables, de conformidad con el art. 34 de la ley 25.675 General del Ambiente. A su vez, entre otras pretensiones, solicitaron una anotación de litis en los registros de la Inspección General de Justicia y en el Registro Público de Comercio de las respectivas jurisdicciones y en el Libro de Accionistas de cada una de las empresas codemandadas, de manera de asegurar la percepción de las indemnizaciones en caso de resultar responsables y las acciones de regreso por parte del Fondo.

Con fundamento en las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675) y a fin de proteger efectivamente el interés general, la Corte Suprema resolvió, entre otros aspectos, no hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones; declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizados en la demanda y declarar la incompetencia para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados.

¹⁴⁷³ "Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. Y.P.F. S.A. y otros". Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13.07.2004. En causas como la presente, la ponderación de los presupuestos que hacen al nexo causal y, eventualmente, a la responsabilidad de las demandadas debe llevarse a cabo a la luz de las particularidades de los bienes jurídicamente protegidos, de la naturaleza que los caracteriza y de los fines que se persiguen con su protección de jerarquía constitucional. Esta exigencia no significa "una demostración anticipada de que la actividad desplegada por cada uno de sus supuestos integrantes sea individualmente dañosa para quien reclama. Tampoco implica requerir que la definición del grupo de responsables sea exhaustiva, pues bien pueden concurrir otras causas y agentes que realicen actividades distintas que por su naturaleza y diversidad impidan precisar qué relación guardan con el daño invocado. (*del voto en disidencia de los Dres. Eugenio Zaffaroni y Juan Carlos Maqueda*).

¹⁴⁷⁴ "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2006.

5.10) *Remediación in natura y subsidiariedad de medidas compensatorias (indemnización sustitutiva)*

La actora demandó la recomposición del ambiente dañado causado por la filtración de hidrocarburos y otros químicos de YPF, comercializados en una estación de servicios; la citación como terceros obligados a la empresa auditora responsable de certificar el hermetismo de los tanques y al municipio por omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental. El tribunal, de acuerdo con la pretensión, analizó separadamente la responsabilidad civil de la responsabilidad ambiental que esa filtración había generado, bajo el régimen complementario provincial de residuos especiales (ley 3.250) ya que ese régimen también se aplica a las sustancias que, sin ser habitualmente residuos de eliminación, se derraman por motivos accidentales sobre la tierra o los recursos hídricos y dañan un ecosistema determinado (artículo 52, inciso b, de la ley 3.250).

Verificados los pasivos configurados (daño ambiental) que debían reputarse subsistente porque no se acreditó fehacientemente que hayan cesado sus efectos ecológicos, la Cámara condenó solidariamente a ambas demandadas a recomponer en especie el ambiente dañado realizando todos los estudios y remediaciones necesarios que con plazos y modalidades determine la autoridad ambiental local, bajo apercibimiento de imponerles sanciones conminatorias, o de efectuar la recomposición del ambiente a su costa o condenarlos, en caso de resultar imposible la remediación en especie, a resarcir los daños compensatorios del incumplimiento definitivo mediante una indemnización pecuniaria en favor del fondo provincial de protección ambiental (artículos 28 y 34 de la ley nacional 25.675 y artículo 37 de la ley provincial 3.266).

5.11) *Imprescriptibilidad de la responsabilidad por pasivos ambientales*

En la causa se resolvió condenar a la empresa Shell a la remediación de pasivos ambientales (PA) generados durante más de una década, mediante la técnica de reparación del medio ambiente de cambio de tierra en el tramo que media entre la estación de servicio que era titular y la estación de subterráneos, dado que se encontraban configurados los presupuestos de la responsabilidad de las accionadas. En este fallo, la Cámara determinó la imprescriptibilidad de la responsabilidad por PA, teniendo en cuenta que el ambiente hace a la representación de intereses difusos o colectivos, en el que cobran relevancia las connotaciones de perdurabilidad del año que se apareja.

La no prescripción, ni caducidad de las acciones ambientales hasta tanto el o los afectados tengan conocimiento real y en toda su extensión del daño ambiental, guarda relación con el carácter generalmente continuo, permanente o progresivo del daño ambiental. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, cuando se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación¹⁴⁷⁵. Por ser un derecho irrenunciable e

¹⁴⁷⁵ CSJN: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, 30.08.2006.

imprescriptible¹⁴⁷⁶, en estos casos, las acciones administrativas y judiciales tendientes a prevenir, cesar y reparar el daño ambiental colectivo, son imprescriptibles¹⁴⁷⁷.

En función, de la preservación de medio ambiente, la Cámara ordenó la remediación del daño ambiental: “Resulta imprescriptible la acción de responsabilidad extracontractual iniciada en representación de intereses difusos o colectivos cuando el daño es ambiental, dadas sus connotaciones de perdurabilidad”¹⁴⁷⁸.

5.12) Remediación de PA configurados y medidas de compensación por PA residuales

La demandada fue condenada a cumplir con una obligación de hacer (remediar el medio ambiente dañado por fuga de hidrocarburos), pero hasta la fecha no estaba determinado cuál era el monto concreto del costo de las obras a realizar, puesto que ello dependía en gran medida del método de remediación que se utilizara. La aprobación del método de remediación estaba sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, técnicas, jurídicas y ambientales.

El Tribunal resolvió en la etapa de ejecución de sentencia, denegar la medida cautelar solicitada por la actora¹⁴⁷⁹, revocando el decisorio apelado en lo que respecta al sistema de remediación del área impactada¹⁴⁸⁰ y dispuso que el sistema de remediación del PA configurado, sería mediante técnicas *in situ* que consisten en un sistema de extracción de vapores de suelo (SVE) en la zona no saturada además del bombeo y tratamiento de aguas subterráneas con extracción de vapores del suelos (BT/SVE) combinados o aireación con extracción de vapores (AS/SVE), para remediar aguas impactadas (fase acuosa). Concluida esta etapa se ordenó proponer, en función de los valores residuales, las tecnologías complementarias a utilizar que impliquen la reparación a límites

¹⁴⁷⁶ “Subterráneos de Bs. As. SE c/ Propietario Estación de Servicio Shell”, Cámara Nac. Civil, Sala H, 1997.

¹⁴⁷⁷ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 1ª, 03.10.2003, *in re* “Barragán José Pedro c/Autopistas Urbanas S.A.-Gustavo Cima y otros s/Amparo”.

¹⁴⁷⁸ “Subterráneos de Buenos Aires SE c/ Propietario Estación de Servicio Shell”, Cámara Nacional Civil, Sala H, 1990.

¹⁴⁷⁹ Recientemente, el Juez desvinculó a la empresa Subterráneos como parte actora, reemplazándola con el colectivo de los habitantes de la Ciudad, representados por el Ministerio Público Fiscal. Ordenó además la inscripción de lo actuado en el Registro de Litigios Colectivos, instando además a la conformación y activación del Fondo de Compensación Ambiental, conforme lo exigido en la LGA.

¹⁴⁸⁰ “...A fin de remediar la contaminación actual no puede ejecutarse una propuesta que produzca un impacto negativo mucho mayor. A la luz de esta premisa, no parece aconsejable remover 200.000 m3 de tierra en estado compacto que se convierte en 260.000 m3 de suelo removido. El impacto ambiental que ello provocaría afectaría por más de un año toda la zona céntrica de la ciudad...”.

internacionalmente aceptable del medio ambiente alterado por la fuga de hidrocarburos (medidas compensatorias de PA residuales¹⁴⁸¹).

5.13) *Explotación ilegal y abandono de la concesión: responsabilidad por pasivos mineros*

El fallo define el alcance de dos institutos recíprocamente relacionados en materia de atribución de responsabilidad por la remediación de los pasivos ambientales mineros¹⁴⁸²: el instituto del abandono de una concesión minera y los efectos del ejercicio de una explotación minera sin el cumplimiento de la aprobación de la evaluación de impacto ambiental (EIA) previa, resolviendo la responsabilidad ambiental por cierre de las actividades e instalaciones mineras y la responsabilidad por la remediación y saneamiento de pasivos ambientales generados por la actividad minera.

El Tribunal partió de la premisa que se desprende de los arts. 226 y 229 del Código de Minería, que reconocen el derecho al concesionario minero a abandonar la concesión minera, comunicando por escrito su voluntad a la concedente, pero subsistiendo sus derechos y obligaciones hasta que se admita el abandono, por parte de la autoridad minera concedente.

Por su parte, en las operaciones de clausura de las actividades mineras, el plan de cierre y post cierre como instrumento de gestión ambiental, supone un responsable identificado que es el concesionario u operador minero: busca internalizar el costo del cierre por parte de las empresas mineras, incorporándolo en la planificación minera, exigiéndose garantías financieras y requiriendo auditorías para verificar su cumplimiento.

Los especiales perfiles del caso planteado¹⁴⁸³, se configuraron por: *a*) una explotación ilegal sin evaluación de impacto ambiental previa (EIA) aprobada por la Autoridad Minera; *b*) manifestación expresa de abandono de la concesión por parte del concesionario; y *c*) acreditación de daño ambiental continuado, de

¹⁴⁸¹ "Subterráneos de Buenos Aires SE c/ Propietario Estación de Servicio Shell", Cámara Nac. de Apelac. en lo Civil, sala H, 25.04.2007.

¹⁴⁸² Los Pasivos Ambientales Mineros (PAM) son instalaciones mineras, tales como labores abiertas o subterráneas, superficies afectadas por vertidos, depósitos de residuos mineros, tramos de cauces perturbados, parques de maquinaria etc. que, estando en la actualidad en entornos de minería abandonada o inactiva, constituyen un riesgo potencial permanente para la salud y para el medio ambiente. En este sentido, un caso especial son los PAM de la minería de uranio, cuya remediación por parte de la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), como causante directo en algunos casos o como responsable en aquellos casos que la explotación fue realizada a través de terceros contratistas o concesionarios, opera con carácter retroactivo a la Ley N° 25.018 de gestión de residuos radiactivos. Dicho régimen y su Programa Nacional de Gestión de Residuos Radiactivos, obliga a la CNEA (art. 11) a incorporar "la recuperación de los sitios afectados por la actividad de extracción, molienda, concentración, tratamiento y elaboración de minerales radiactivos procedentes de yacimientos en explotación y sus respectivos establecimientos fabriles, así como de yacimientos mineros abandonados o establecimientos fabriles fuera de servicio".

¹⁴⁸³ "Mina Luisa I. - Rec. Apel. c/ decisiones Autoridad Adm. o Pers. Jurídica Pub. No Estatal (civil) s/ recurso de apelación", Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 07.12.2010.

producción sucesiva e ininterrumpida, subsistente al tiempo de la resolución. De esa ecuación, el resolutorio colige la responsabilidad del concesionario, que persiste por la remediación y saneamiento de PA con carácter imprescriptible, por cuanto la obligación de reparar el daño ambiental subsiste también, de manera continuada y permanente. El punto axial en este caso, se define por las condiciones ambientales en las que se revierte el yacimiento minero al dominio originario del Estado provincial y la consecuente asunción de la responsabilidad de remediación ambiental previa por su causante¹⁴⁸⁴.

5.14) *Acuerdos contractuales y mandatos judiciales de ejecución efectiva de PA configurados*

En cumplimiento del Acta Acuerdo de renegociación contractual, suscripta por el Estado Nacional y AA2000, dentro del plan de inversiones allí estipulado resultaban incluidas las obras del Programa de Consultoría de diagnóstico final y remediación de pasivos ambientales y el posterior “Acuerdo para la Remediación de Pasivos Ambientales Aeroportuarios”¹⁴⁸⁵ ambos homologados judicialmente. El Tribunal rechazó los recursos de apelación interpuestos por la firma AA2000 y el ORSNA, confirmando el mandato de remediación de PA ambientales, ello sin perjuicio de la obligada intervención que los organismos administrativos competentes, deban realizar en la efectiva ejecución de las medidas ordenadas por el juez de grado.

5.15) *Incumplimiento de Actas Acuerdo para la remediación de PA configurados*

La Unión Transitoria de Empresas (UTE) demandada se agravió por el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta al contestar la demanda, con fundamento que la concesión otorgada a la UTE en 1991, constituía un nuevo título cuyo contrato no hacía mención a la asunción de pasivos ambientales o vicios ocultos. El pozo había sido abandonado por YPF SE en el año 1978, en condiciones inadecuadas de seguridad para evitar que las sustancias contaminantes migren hacia la superficie y afecten el medio ambiente. La contaminación se evidenció a partir de 2006, a raíz de una explosión que ocasionó cráteres en el terreno y fuertes emanaciones de ácido sulfhídrico, anhídrido carbónico y metano, reconocido por las partes.

La resolución, invocó el apelante, había devenido abstracta, toda vez que Y.P.F. S.A. ya había iniciado las tareas de abandono del pozo MDT 14, habiendo sido autorizado por la Secretaría de Energía para el inicio de la primera etapa del proyecto de control, ahogo, abandono y remediación de los pasivos ambientales¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁴ MORALES LAMBERTI, A.: *Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros*, en Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, Julio-Septiembre 2011, N° 27, págs. 291-315.

¹⁴⁸⁵ Cámara Contenc. Administ. Federal- Sala V, Inc Ejecucion de sentencia de Aeropuertos Argentina 2000 SA - ASSUPA Gimenez, Juan Carlos y otros en Autos “ASSUPA y otro c/ Aeropuertos Argentina 2000 SA y otros s/ proceso de conocimiento”, 05.09.2019.

¹⁴⁸⁶ Alude a una medida cautelar autónoma dictada *in re* “Tripetrol Petroleum SS-Antrim Arg-UTE-P.G.-Inc Med- c/ YPF SA s/Medida Cautelar (Autónoma)”, Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, 2010, que ordenó a Y.P.F. S.A. la adopción de las medidas que estime suficientes para remediar los pasivos ambientales y disponer de los residuos contaminantes hasta tanto el pozo resulte abandonado definitivamente.

El Tribunal admitió la acción de amparo a fin de obtener el cese inmediato de la contaminación causada por un pozo hidrocarburífero, en virtud de un Acta Acuerdo donde las concesionarias asumían obligaciones de remediación de pasivos ambientales y recomposición del daño ambiental¹⁴⁸⁷. En el caso, la relación de causalidad entre el abandono defectuoso (1978) y los daños producidos a partir de 2006 en que se produce la explosión de la que emanan los gases y fluidos contaminantes se consideró innegable.

En cuanto a la garantía de indemnidad prevista en el art. 9º de la Ley 24.145 el juzgador consideró que no obsta a la responsabilidad de Y.P.F. S.A., pues en esa norma se regula una cuestión económica ajena al planteo aquí formulado, de índole exclusivamente ambiental¹⁴⁸⁸. Ello no impide, obviamente, que la codemandada Y.P.F. S.A. procure hacer valer esa garantía de indemnidad, lo que de hecho había ejercido al solicitar al Estado Nacional el reintegro de los gastos efectuados para asumir las tareas tendientes al abandono técnico y remediación del pozo petrolero en cuestión.

5.16) Presunción de responsabilidad de operadores que tengan instalaciones próximas a un área contaminada

Mediante decisiones sucesivas, las autoridades administrativas italianas impusieron a las empresas limítrofes con la Rada de Augusta la obligación de reparar la contaminación petroquímica comprobada en la región de Priolo, declarada "sitio de interés nacional a los efectos de saneamiento". El órgano jurisdiccional italiano pretendía, esencialmente, que se dilucide si el principio de quien contamina paga se opone a una normativa nacional que permite a la administración competente imponer a los operadores, por razón de la proximidad de sus instalaciones a un área contaminada, medidas reparadoras de daños medioambientales, prescindiendo de toda investigación previa del hecho causante de la contaminación y sin demostrar que existe una infracción por parte de los operadores ni un nexo causal entre éstos y la contaminación comprobada. El Tribunal concluyó que los operadores que tengan instalaciones próximas a un área contaminada pueden presumirse responsables de la contaminación y remediación de los PA configurados¹⁴⁸⁹.

6. Fondos y compensaciones para pasivos ambientales residuales

¹⁴⁸⁷ "Bellini, Edgardo Carlos c. Ipetrol Petroleum Ecuador Inc. - Netherfield Corp. Ute; Y.P.F. S.A.; Petrolera San José S.R.L.; Provincia de Salta s/ amparo - recurso de apelación", Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 18.11.2013. Según el Acta Acuerdo YPF S.A., a título de colaboración, asumió la obligación de realizar las tareas de prevención, control y remediación, mientras las segundas asumían la responsabilidad de los pagos que debían realizarse a cualquier propietario superficiario o tercero con motivo de eventuales daños, y de poner a disposición de Y.P.F. S.A. la base existente y equipamiento en el área y prestar el apoyo técnico.

¹⁴⁸⁸ "Tripetrol Petroleum SS-Antrim Arg-UTE-P.G.-Inc Med- c/ YPF SA s/Medida Cautelar (Autónoma)", Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, agosto de 2014.

¹⁴⁸⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia en el asunto C-378/08 y en los asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08 Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA y Syndial SpA / Ministero dello Sviluppo economico y otros y ENI SpA / Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare y otros, Luxemburgo, 9 de marzo de 2010.

La compensación ambiental es el conjunto de medidas o acciones que tienen por objetivo subsanar aquellos impactos negativos significativos residuales que no pudieron ser evitados, minimizados o restaurados. Se aplica cuando las labores de remediación no han sido suficientes para restaurar el recurso afectado, actuando el Estado en forma subsidiaria.

La compensación se reconoce como el género que incluye a la indemnización como la especie; la primera aplicable a nivel colectivo, concretada a través de obras o planes de compensación; la segunda aplicable al nivel individual (singular o colectivo), de carácter pecuniario. La compensación toma en cuenta tres niveles de aplicabilidad: *a*) Compensación anticipada de afectaciones potenciales; *b*) Compensación aplicada a la gestión de impactos ambientales; y, *c*) Compensación aplicada a la gestión de pasivos socio ambientales.

Las medidas compensatorias son aquellas destinadas a restituir o resarcir las pérdidas asociadas a los PA configurados (daños ambientales) identificados y valorados, asegurando la rehabilitación, sustitución o adquisición de un equivalente de los recursos naturales dañados en el lugar originalmente dañado o en otro diferente. La dimensión del daño permitirá determinar si se requiere aplicar acciones de compensación o indemnización, adicionales a la ejecución de los procesos de remediación.

Las medidas compensatorias deben buscar la determinación del valor de uso de los componentes y servicios ambientales o sociales afectados, degradados, alterados o perdidos que evidencian la persistencia de afectaciones a los componentes ambientales o sociales relacionados.

Adicionalmente, se debe precisar un valor que repare el valor intangible y las estrategias que procuren restituir el daño inmaterial o al menos lo aminoren. La compensación al nivel de pasivos ambientales se aplica al ámbito comunitario. La compensación se entiende como parte de la restitución de derechos colectivos y se enfoca en las medidas que satisfagan a las poblaciones afectadas por las fallas en el desarrollo de un proyecto.

La compensación a este nivel implica que se tomen las medidas descritas en el ámbito anterior, más las medidas por daños y afectaciones a los servicios ambientales¹⁴⁹⁰ (patrimonio ecológico) y al componente social, restituyendo el valor de uso del bien natural que utiliza la población. La compensación a este nivel, implica que se tomen las medidas descritas en los ámbitos anteriores más los daños inmateriales o intangibles, por su relevancia social y cultural.

Los fondos de compensación ambiental (art. 34 Ley 25.675) constituyen un mecanismo complementario para ofrecer financiamiento para la reparación de daños ambientales y el saneamiento de pasivos ambientales residuales, que puedan no estar cubiertos por un sistema de responsabilidad. En el régimen argentino, el Fondo de Compensación Ambiental, sería en realidad un fondo de garantía colectiva. La composición financiera de estos fondos, según las

¹⁴⁹⁰ Vg. fijación de carbono (producción de oxígeno); protección de la biodiversidad; restitución de las fuentes de agua de la población; restitución del componente perceptual (paisaje/recreación), etc.

variadas y numerosas experiencias ya desarrolladas a nivel provincial, tanto a nivel general, sectorial o asignación específica¹⁴⁹¹, se integran con partidas presupuestarias especiales, con los fondos percibidos en concepto de multas, tasas, aranceles y recursos obtenidos a través del ejercicio de la acción de regreso que ejerce el Estado contra el verdadero responsable de los daños.

La ley especial prevista por el Art. 34 de la Ley 25.675, es el denominado “Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental de Administración y Financiero”, creado en virtud del artículo 52 de la ley N° 27.431, ley de Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos (2018), que rige en todo el territorio de la República Argentina con los alcances y limitaciones establecidos en las normas reglamentarias.

Los recursos del Fondo, estarán destinados, a la “compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente y a contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado (PA residuales), entre otros. En ningún caso el Comité Ejecutivo ni la Unidad Ejecutora podrán instruir al Fiduciario a que utilice el Fondo para asumir costos de restauración asumibles por particulares o por garantías contratadas por ellos. Entre los lineamientos para la aplicación de la compensación, por afectaciones socioambientales dentro del marco de la política pública de reparación integral, se encuentran las pérdidas asociadas a impactos irreversibles.

Este tipo de fondos, constituyen instrumentos financieros idóneos como complemento del instituto de responsabilidad, siempre que tengan una acción de regreso frente al verdadero responsable. La suscripción de convenios de colaboración entre quienes deban adoptar dichas medidas de remediación y las administraciones competentes, se debería realizar previo compromiso o garantías de que las posibles plusvalías que adquieran los predios después de su recuperación revertirán, en la cuantía subvencionada, a favor del Fondo que la haya financiado.

7. Pasivos ambientales contingentes y pactos de indemnidad

Cualquier operación comercial que involucre la compraventa de acciones de una sociedad, una fusión y/o una compraventa de activos implica la transferencia ya sea en parte, ya sea en su totalidad de los pasivos ambientales. En consecuencia, se requiere una completa y detallada descripción del estado patrimonial de la compañía *target* de la transacción, como entidad independiente respecto a las partes contratantes, cristalizado a la fecha en el que la transferencia se perfeccione, la cual se exterioriza a través del contenido de las “declaraciones y garantías” que otorga el vendedor, y cuyo contenido deberá adecuarse a las circunstancias del caso concreto, no requiriéndose –como principio general ninguna normativa sustantiva que regule sus términos.

En especial, incluye la asignación y distribución de riesgos patrimoniales derivados del manejo y administración de los negocios de la compañía *target*,

¹⁴⁹¹ Vg. Ley 26.168 por la que se creó la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como “ente de derecho público interjurisdiccional”, se creó un Fondo de Compensación Ambiental administrado por la Autoridad de Cuenca y destinado prioritariamente a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales.

abarcando en este particular escenario, los distintos tipos de pasivos ambientales una vez concluida la transferencia, que deberían quedar plasmados dentro de la cláusula de indemnidad, otorgada a favor del adquirente.

Las cláusulas de indemnidad resultan casi infaltables en los acuerdos de desvinculación y/o transacciones que ponen fin a una relación contractual, como por ejemplo en la compraventa de un paquete accionario, otorgada por los vendedores a los compradores respecto de pasivo ambientales ocultos, contingentes o configurados¹⁴⁹². Dichas cláusulas de indemnidad poseen génesis contractualista, materializada en el poder de negociación de las partes, implicando la necesaria adopción de diligencias que le son exigibles a las partes contratantes por aplicación de ciertas normas atributivas de responsabilidad civil¹⁴⁹³, según las características de la operación subyacente.

Como la fuente de la cláusula de indemnidad es contractual, se trata de una “cláusula de garantía sobre la consistencia patrimonial de la sociedad”, que incide sobre el devenir de la etapa post-cierre del *iter* transaccional. Su propósito reside en asegurar la existencia y cualidades de los activos y la inexistencia de pasivos ocultos, incluyendo aquellos contingentes o no declarados.

En lo que hace a nuestro interés, la elaboración de este tipo de pactos, consistirá en reglamentar detalladamente cuáles serán los compromisos asumidos por las partes contratantes, con vigencia durante la etapa “post-cierre”, a los fines de generar adecuados mecanismos de protección o garantías, tendientes a anticipar aquellos riesgos derivados de la existencia de pasivos ambientales contingentes, no declarados u ocultos.

El pacto de indemnidad posee una serie de características que lo tipifican, además de su naturaleza contractual, sus previsiones son operativas y su ejecución crea una obligación de resultados, por cuanto el obligado no puede eximirse de la responsabilidad por su cumplimiento, ante la sola circunstancia de haber desplegado ciertas diligencias, con fundamento en la regla de los “mejores esfuerzos” o “esfuerzos razonables”.

La característica más destacable como regla, es que la indemnidad no es oponible a terceros. Por tanto, el beneficiario no podrá invocar la indemnidad frente a un tercero reclamante para evitar cumplir su obligación hacia éste¹⁴⁹⁴.

En particular, es importante destacar que por revestir la Ley 25.675 la calidad de una norma de orden público (art. 3°), las previsiones que adopten las partes respecto a la responsabilidad por los pasivos ambientales serán inoponibles en la medida que contradigan dicha ley, en particular cuando

¹⁴⁹² C.N.Com. Sala C, “Calles, Ricardo c/General Motors Corporation s/queja”, IJ-XIII-824, 03.06.2003.

¹⁴⁹³ Cfr. CNCOM. Sala B. “Pocoví, O.y otro c/ Brennan, Horacio Marcelo Santos y otros s/ordinario”, 07.05.2012.

¹⁴⁹⁴ Cfr. C.N.Cont.Adm.Fed. Sala I, *in re* “Lalo, Aaron c/YPF”, 16.11.2004.

dispusiesen la liberación de causante de la contaminación (arts. 14, 240 y 1743¹⁴⁹⁵ CCyC).

Las cláusulas pactadas en la órbita privada de los co-contratantes, no pueden modificar los principios establecidos en normativa de orden público ambiental, razón por la cual serán inoponibles a los terceros, entre otros, a las autoridades públicas que pongan en ejecución las acciones para hacer efectivo el principio de responsabilidad de la Ley 25.675.

La ausencia de due diligence ambientales y evaluaciones de línea de base para detectar pasivos configurados y contingentes, previas a la privatización de YPF S.E., implicó que los pasivos ambientales existentes al 31 de diciembre de 1990 o generados por hechos ocurridos o por actos u operaciones originados antes del, o el 31 de diciembre de 1990, serían asumidas indefectiblemente por el Estado Nacional, es decir por todos los habitantes del país.

Más precisamente, la sucesora de YPF Sociedad del Estado (YPF Sociedad Anónima), no tomó a su cargo de los pasivos ambientales de las zonas donde operaba, preexistentes al 31.12.1990. En efecto, la Ley N° 24.145 en su Artículo 9° estableció que el Estado Nacional respondería por toda contingencia, reconocida o no por los estados contables, generado por hechos ocurridos o por actos celebrados a dicha fecha siempre que existiera decisión firme de autoridad jurisdiccional competente.

Con posterioridad, por ley N° 26.932 (2014), se declaró cumplido el objetivo de los artículos 7°, 11 y 12 de la ley 26.741¹⁴⁹⁶, y del artículo 12 de la ley 21.499, y en consecuencia se ratificó el Convenio de Solución Amigable y Avenimiento de Expropiación celebrado entre la República Argentina y Repsol S.A., Repsol Capital S.L. y Repsol Butano S.A. La valuación de los PA configurados, fueron incorporados al precio por el Tribunal de Tasación. Aunque el acuerdo del gobierno nacional con Repsol planteó el desistimiento de todas las acciones judiciales por ambas partes, se establecieron excepciones. Entre las “materias excluidas” se encuentran todos los reclamos y acciones que puedan derivar de las “actividades, operaciones, activos, pasivos, derechos y obligaciones” de una serie de empresas que tuvieron presencia en otros países antes del 16 de abril de 2012 y eran controladas directa o indirectamente por la petrolera argentina.

Las empresas cuya actividad puede derivar en denuncias futuras del Estado Nacional a Repsol son YPF Holdings, Inc.; Tierra Solutions Inc.; Maxus Energy Corporation; Maxus International Energy Company; Maxus (U.S.)

¹⁴⁹⁵ Cfr. Art. 1743 CCyC: “Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas”.

¹⁴⁹⁶ La Ley N° 26.741 (2012), modificó la estructura accionaria de la Sociedad al declarar de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. representado por igual porcentaje de acciones Clase D de la empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A. (hoy Repsol S.A.), sus sociedades controladas o controlantes, directa o indirectamente. De acuerdo a la Ley, las acciones sujetas a expropiación serán distribuidas de la siguiente manera: 51% para el Gobierno Nacional y 49% para Provincias hidrocarburíferas.

Exploration; CLH Holdings y Gateway Coal Company y las sociedades controladas por estas.

Ello implica el estudio de sucesivas cláusulas de indemnidad en relación con la venta de una ex subsidiaria de Maxus, Diamond Shamrock Chemical Company (“Chemicals”) a Occidental Petroleum Corporation (“Occidental”) en 1986, Maxus acordó indemnizar a Chemicals y Occidental por ciertas responsabilidades relacionadas con el negocio o las actividades de Chemicals, anteriores al 4 de septiembre de 1986 (la “fecha de venta”) incluyendo responsabilidades ambientales relacionadas con plantas químicas y vertederos de residuos utilizados por Chemicals antes de la fecha de venta (1950/60). La indemnidad y otras responsabilidades ambientales determinaron que Maxus, TS y otras sociedades vinculadas con ellas presenten el proceso de reorganización bajo la Ley de Quiebras.

Las leyes y reglamentaciones relacionadas con la calidad de la salud y el medio ambiente en los Estados Unidos de América afectan a la mayoría de las operaciones de: (a) Maxus Energy Corporation (“Maxus”) y sus subsidiarias Maxus International Energy Company, Maxus (US) Exploration Company y Gateway Coal Company; y (b) Tierra Solutions, Inc (“TS”), comprometiendo la responsabilidad de YPF SA, por pasivos ambientales generados hace más de 50 años.

Con fecha 14 de junio de 2018 el Liquidating Trust inició una demanda judicial contra la Sociedad, YPF Holdings, CLH Holdings, Inc., YPF International y otras compañías no relacionadas a YPF, reclamando supuestos pasivos ambientales no remediados, por un monto de hasta US\$ 14.000 millones, principalmente relacionados a supuestas operaciones corporativas de reestructuración que la Sociedad habría celebrado años atrás¹⁴⁹⁷.

8. Síntesis

Como se observa del análisis precedente, son diversas las dimensiones implicadas en la atribución de responsabilidad por la remediación de pasivos ambientales. Los PA contingentes y los PA configurados, son categorías conceptuales de origen contable, útiles para discernir el alcance de las obligaciones de prevenir, remediar o recomponer un sitio contaminado. La importancia de esta clasificación, radica en que ella permite valorar los PA tomando en cuenta el riesgo o la incertidumbre (prevención-precaución) o certidumbre de su ocurrencia (daño ambiental) y determinar la mutación del carácter de PA contingentes a PA configurados.

Sin embargo, sin la definición de una política pública orientada a gestionar y remediar efectivamente los actuales pasivos, y prevenir la generación de nuevos pasivos ambientales, mediante la exigencia de acciones de cierre de actividades ambientalmente seguras, no podrá arbitrarse un mecanismo jurídico que logre hacer efectiva la responsabilidad por el pasivo ambiental al agente responsable de haberlo causado, o a la cadena de agentes que hayan intervenido en su generación.

¹⁴⁹⁷ YPF SOCIEDAD ANONIMA, estados financieros consolidados al 31 de diciembre de 2018, 2017 Y 2016.

“LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS FRENTE AL CUMPLIMIENTO DEL MARCO NORMATIVO AMBIENTAL ACTUAL”

Marta Juliá

Sumario

Introducción 1.El estado de situación del marco normativo ambiental. 2. El desarrollo de los mecanismos jurídicos y administrativos, los nuevos instrumentos, su utilización y la trascendencia que tiene su conocimiento para las empresas. 3. El uso de instrumentos de política y de gestión adecuado a los objetivos para los que fueron creados. 4. La sustentabilidad de las empresas en los aspectos normativos y los instrumentos de política y gestión Reflexiones finales

1-EL ESTADO DE SITUACIÓN DEL MARCO NORMATIVO AMBIENTAL

La temática ambiental y su regulación viene ampliándose y complejizando en las últimas décadas donde los compromisos internacionales han tendido un rol importante en las formulaciones normativas cuyas exigencias se trasladan a los países.

Los objetivos del milenio, los objetivos de desarrollo sustentables entre otros documentos de Naciones Unidas lo reflejan y en particular, en la agenda 2030, convoca a distintos actores y cuando se referencia a las acciones por parte de las empresas se resalta: “Adopción de la responsabilidad ambiental, social y de gobernanza: empresas de la región adoptan medidas de responsabilidad social y ambiental, siguiendo los lineamientos de la meta 12.6, en que se alienta “a las empresas, en especial las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes”¹⁴⁹⁸

La gestión de los problemas ambientales en las últimas décadas ha tenido un desarrollo sostenido en todos sus elementos y componentes. Las agendas políticas han incorporado la dimensión ambiental y se han definido en los diferentes niveles de gobierno, generando y evolucionando en la implementación administrativa a través de nuevos instrumentos de política y

¹⁴⁹⁸ CEPAL Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe. (2018) LC/FDS.2/3

gestión. El marco normativo ambiental actual cuenta con una complejidad en su estructura y funcionamiento en las diferentes problemáticas que comprende.

El marco normativo ambiental vigente en Argentina viene desarrollándose en un proceso, que está en curso, que incorporó un nuevo orden ambiental a partir de la reforma constitucional de 1994, que modificó sustancialmente el sistema jurídico, político e institucional en la materia ambiental, y que ha impactado tanto en las distintas funciones de gobierno (ejecutiva, legislativa y judicial), como en los diferentes niveles de gobierno (federal, provincial y municipal). En este contexto es que planteamos la existencia de un nuevo orden jurídico ambiental.¹⁴⁹⁹

El escenario descrito se pone en marcha con mayor profundidad a partir del dictado de las leyes de presupuestos mínimos a nivel nacional, situación que se inicia a partir del año 2002 con el dictado de las primeras leyes de este tipo.

Las leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental, fijan el umbral, el piso, la base mínima exigible en la temática en todo el territorio argentino (Cafferata, Morello, Sabsay Di paola, entre otros), lo que implica un proceso en sí mismo, ya que el dictado de cada ley resulta una modificación en todo el sistema para la adaptación a los mínimos normados. En trabajos previos hemos profundizado en el proceso desarrollado desde 2002 en las leyes de este tipo.¹⁵⁰⁰

En la actualidad, contamos con once (11) leyes de presupuestos mínimos sancionadas, las que regulan diferentes temáticas ambientales, las que mencionamos a continuación: gestión ambiental de aguas, gestión y eliminación de PCBs, gestión de residuos provenientes de actividades industriales y actividades de servicios, general de ambiental, gestión de residuos domiciliarios, régimen de libre acceso a la información pública ambiental, ordenamiento territorial del bosque nativo, preservación de los glaciares y ambientes de periglaciares, control de actividades de quema, sistema federal de manejo del fuego y de gestión de envases vacíos de productos fitosanitarios.

Se puede observar la variedad de temas a los que hacen referencia, la necesidad de conocer y profundizar sus regulaciones¹⁵⁰¹ y en la actualidad se encuentran diferentes proyectos de nuevas leyes presentados al Congreso Nacional con otras temáticas como: biodiversidad, humedales, turismo, adaptación y mitigación del cambio climático, entre otras.

Por todo ello y teniendo en cuenta lo que establece la ley general de ambiente (ley 25.675) *“La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”* (art.3 ley 25675). Podemos observar la trascendencia de la ley general y el rol que cumple en el sistema

¹⁴⁹⁹ MARTA JULIÁ, “Introducción al nuevo orden jurídico ambiental” en ENRIQUE ELORZA y GLORIA TROCELLO. Política, Territorio y Medio Ambiente, Ciudad Autónoma, INFOJUS (2015)

¹⁵⁰⁰ MARTA JULIÁ ET. ALLI, MARÍA CAROLINA ULLA (Coor) Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina 2014-2015 Conflicto, debates y disputas en el campo jurídico político. Advocatus. (2016) Córdoba.

¹⁵⁰¹ Op.cit

jurídico para la interpretación y aplicación de las normativas en materia ambiental.

También es complementado por el artículo 4: *La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*” Aquí amplía a las políticas que se ejecuten en el territorio la sujeción a los principios establecidos en la ley.

Hacemos referencia a la existencia de un “proceso normativo” y de un “nuevo orden” en materia ambiental, ya que la adaptación a los mínimos que se establecen obliga revisar las normas y las políticas de la nación, de las provincias y municipios para poder adaptarse a este nuevo orden.

Asimismo, las nuevas normas se enfrentan con un sistema en funcionamiento, que cuenta con un esquema normativo que reguló múltiples temáticas vinculadas al ambiente, por lo cual nos encontramos con una mixtura de legislación vieja y nueva (es un carácter del derecho ambiental destacado hace tiempo por Jaquenod¹⁵⁰²), regulando problemas ambientales que pueden complementarse, entrar en contradicción o simplemente quedar reguladas solo por las nuevas normas. Todo ello implica una constante actualización e incorporación de normas al sistema, originando procesos de adaptación cuando es necesario o de implementación en los temas nuevos.

Aquí es de absoluta actualidad la clasificación realizadas por Brañes¹⁵⁰³ sobre la legislación ambiental en “Normas propiamente ambientales, de relevancia ambiental o de relevancia ambiental casual”, lo que permite ubicarnos en el sistema y su complejidad para sistematizar esta variedad normativa.

Al mismo tiempo, el dictado de la ley general de ambiente incorporó nuevos instrumentos de política y gestión ambiental (art.8 ley 25.675) considerando como mínimos los siguientes: ordenamiento ambiental del territorio, evaluación de impacto ambiental, acceso a la información, participación ciudadana, educación ambiental, seguro ambiental y alicientes o incentivos ambientales. La definición y los requisitos que deben cumplir los instrumentos, unifican en el territorio las exigencias jurídicas y administrativas en su aplicación.

Ante la incorporación de una actividad en el territorio precisar la normativa aplicable requiere de un análisis complejo, ya que comprende para una empresa, la ubicación de la legislación propiamente ambiental vigente (la legislación más nueva cuyo objeto de regulación es ambiental), las temáticas asociadas a los recursos naturales y su afectación (agua, aire, suelo, residuos etc.) y las consideraciones específicas para cada actividad (industrial, minera, agrícola) con las precisiones de cada rubro de actividad que se trate y cuente con regulaciones puntuales.

Las normativas a tener en cuenta, vigentes en el sistema jurídico Argentino, son las leyes de presupuestos mínimos, las leyes especiales, los Códigos de fondo,

¹⁵⁰² SILVIA JAQUENOD DE ZOGON Derecho Ambiental. Sistemas Naturales y Jurídicos. Dickinson, 2008, Madrid

¹⁵⁰³ RAÚL BRAÑES. Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental Fondo de Cultura Económica, (2000México

las leyes provinciales ambientales y también las reglamentaciones y disposiciones de tipo administrativo de cada nivel.

Esta aproximación a las normativas aplicables en actividades concretas debe sumarse la identificación de los requisitos administrativos que evidencian su cumplimiento en cada caso (habilitaciones, permisos, certificados, cánones, entre otros), que exige la administración como parte del cumplimiento de las normativas. Así en muchos casos una habilitación o certificado evidencia el cumplimiento de un procedimiento administrativo de cumplimiento de las normas para la autorización de una actividad determinada.

Se observa en esta breve síntesis descriptiva la complejidad del marco normativo ambiental en el cual nos encontramos inmersos, el que se actualiza e incorpora mecanismos jurídicos y administrativos. Todo ello implica la necesidad de actualizarse en el conocimiento de las exigencias normativas vigentes para las actividades que se desarrollan en el territorio.

2- EL DESARROLLO DE LOS MECANISMOS JURÍDICOS Y ADMINISTRATIVOS, LOS NUEVOS INSTRUMENTOS, SU UTILIZACIÓN Y LA TRASCENDENCIA QUE TIENE SU CONOCIMIENTO PARA LAS EMPRESAS

Las actividades que se desarrollan deben cumplir con el marco normativo ambiental vigente lo que genera una permanente actualización y profundización acerca de las permanentes formulaciones normativas nacionales, provinciales y municipales en el sistema jurídico Argentino. A ello debe sumarse los compromisos internacionales que generan obligaciones en el derecho interno.

Las empresas en general deben realizar sus actividades de conformidad a las exigencias establecidas por las autoridades ambientales en los territorios donde están asentadas, donde desarrollan sus tareas y de acuerdo al tipo de acciones, transporte, comercialización y otras operaciones que demandan la producción que llevan a cabo.

Para las nuevas empresas que pretenden instalarse en los territorios cuentan con una variedad de instrumentos jurídicos- administrativos a cumplimentar en referencia a la temática ambiental, como parte de las exigencias que complementan las habilitaciones y factibilidades de localización en un lugar determinado.

Para las empresas existentes y que vienen funcionando se encuentran sometidas a diferentes regulaciones y a nuevas exigencias a las que adaptarse, con nuevos instrumentos de tipo ambiental.

Nos parece importante distinguir las actividades y las normativas aplicables

a) Las nuevas actividades:

En las actividades nuevas siempre requieren conocer el marco normativo en el que van a insertarse con todos los requerimientos que establece el lugar donde se van a ubicar, para presentar sus propuestas o proyectos de nuevas actividades o emprendimientos.

El primer requisito es la posibilidad de localizarse en un lugar determinado del territorio, que está vinculado por una parte por la factibilidad de localización de acuerdo al uso del suelo y ordenamiento territorial que tenga el municipio o comuna en el que pretende establecerse. Si la actividad es en territorio que no esté comprendido en municipio o comuna igual debe contar con factibilidad por el municipio más próximo o en las comunidades regionales en el caso de la provincia de Córdoba.

En los casos que existen el ordenamiento ambiental del territorio general o de una legislación en particular como es el caso de la ley de bosque nativo, debe ubicarse en zonas que se encuentren habilitadas.

La localización es importante incluso para la elaboración de un aviso de proyecto o estudio de impacto ambiental donde se considera el lugar geográfico y su alternativa para proyectar e iniciar la nueva actividad. Tanto en el aviso de proyecto como en el estudio de impacto ambiental (EsIA) el marco normativo ambiental aplicable debe estar identificado y verificado su cumplimiento.

Hoy un requerimiento previo es obtener la licencia ambiental, lo que implica en el caso de la provincia de Córdoba, al formar parte de las actividades listadas en los Anexos I y II de la ley 10.208, que implica presentar o aviso de proyecto o estudio de impacto ambiental para iniciar el trámite para obtener la licencia ambiental, con exigencias complementarias.

El trámite en sí mismo tiene requisitos de información, difusión, participación ciudadana, documentación (aviso de proyecto, Estudio de impacto ambiental, plan de gestión ambiental, auditoría de plan de gestión) audiencia pública, dictámenes técnicos y legales hasta llegar a la aprobación o rechazo con que se obtiene o no la licencia ambiental.

En el desarrollo del trámite administrativo se puede solicitar audiencia pública cuando no se haya realizado, también el estudio de impacto cuando se hay iniciado por aviso de proyecto, el instrumento de la Evaluación de impacto en salud y la consulta popular ambiental, como complementos que pueden utilizarse.

El uso de la evaluación de impacto ambiental es obligatorio en todo el territorio con las exigencias mínimas que establece la ley general y las particularidades que cada jurisdicción exige.

b) las actividades existentes:

Las actividades ya instaladas y en funcionamiento en el territorio que vienen desarrollando sus tareas y se encuentran sujetas a las normativas ambientales existentes, a partir de los momentos en que iniciaron sus actividades y la adaptación a las normativas describiremos las diferentes situaciones a observar para su correcto desempeño.

En cada jurisdicción se ha utilizado el instrumento de evaluación de impacto ambiental (EIA) para la prevención y planificación de las actividades en el territorio. El diseño y ejecución del trámite de EIA ha tenido cambios a través del tiempo por el propio desarrollo del instrumento, variando las modalidades

en las distintas jurisdicciones, con denominaciones, plazos y precisiones específicas en cada trámite.

Frente a la situación nos encontramos con empresas que han estado fuera de los sistemas de EIA porque su instalación fue previa (en el caso de la provincia de Córdoba antes de 1990), algunas que han sido sometidas al proceso de EIA por ampliaciones, cambio de razón social, modificación en su procesos productivos y las que se incorporan con el proceso de EIA, con posterioridad a 1990, con cambios posteriores a 2000 y nuevamente cumpliendo la ley 10.208 a partir de 2014.

Además las empresas deben cumplir con las normas que van fijando nuevos estándares o límites en los diferentes impactos que pueden producir con motivo de sus actividades en los diferentes recursos (agua, aire, suelo, residuos).

La gestión ambiental de las empresas en funcionamiento debe cumplir con los parámetros establecidos en las normas vigentes (estándares de emisión, efluentes, tecnológicos o ambientales). Para su control y fiscalización existen también instrumentos específicos como son el plan de gestión ambiental y sus auditorías, las auditorías de cumplimiento, los sistemas de gestión ambiental, entre otros.

En la actualidad las actividades de las empresas se encuentran sujetas a marcos normativos ambientales que vienen desarrollándose incorporando nuevos instrumentos, mecanismos jurídicos y administrativos, exigencias en los trámites de las diferentes actividades asociadas a la problemática ambiental.

Las actividades que cuentan con exigencias de sus casas matrices, que exportan o tienen una envergadura importante se someten habitualmente a requerimientos voluntarios para mejorar su calidad, eficiencia, aspectos ambientales, relaciones con la comunidad, etc. Esta situación les permite verificar el cumplimiento de los marcos normativos vigentes, adaptarse a las nuevas exigencias, actualizarse en las exigencias nuevas y contar con mecanismos de cumplimiento continuo.

Existen por otra parte empresas intermedias y PYMES donde las que vienen funcionando y están conectadas como proveedoras de grandes empresas les sucede que deben adaptarse a las exigencias que mencionáramos en el párrafo anterior.

El resto de las empresas en funcionamiento les cuesta contar con información actualizada, adaptarse a las nuevas exigencias (solo cuando realizan trámites específicos toman contacto con las normativas), muchas requieren importantes gastos y constituyen una inversión que no siempre se considera necesaria.

Las exigencias de cumplimiento de las normativas ambientales es permanente y forma parte de la gestión ambiental de las empresas.

3-EL USO DE INSTRUMENTOS DE POLÍTICA Y DE GESTIÓN ADECUADO A LOS OBJETIVOS PARA LOS QUE FUERON CREADOS

La construcción de la política ambiental es un proceso que es muy importante analizar y profundizar, cada gestión de gobierno (encuentra políticas en curso e incorpora políticas nuevas), cada configuración política legislativa establece la agenda y da prioridades a los temas ambientales que tendrán objeto de

regulación, en cada institución ambiental se ejecutan las políticas establecidas por la gestión estableciendo los mecanismos jurídicos, administrativos a través de los cuales se implementan las políticas en el territorio.¹⁵⁰⁴

En la actualidad se han creado y aplicado nuevos instrumentos de política y gestión ambiental, los que se van agregando a las exigencias a cumplimentar. Lo importante de estos instrumentos es que permiten aplicarse para los objetivos para los que fueron creados.

En el caso de la provincia de Córdoba la ley 10.208 de política ambiental provincial ha incorporado algunos instrumentos y especificamos su uso orientado a las empresas.

Los instrumentos que incorpora y que no estaban en la ley general son los siguientes: Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), Planes de Gestión Ambiental (PGA), Sistema de Gestión Ambiental (SGA) el control de actividades antrópicas, los estándares y normas, la información y el diagnóstico ambiental, la participación ciudadana para la convivencia ambiental, la evaluación de impacto en salud (EIS) la consulta popular ambiental, los más relevantes.

Para uso por parte de las empresas se mencionan y comentan los siguientes: El procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA) es previo a cualquier actividad, por lo cual su uso está pensado para las nuevas actividades como mencionáramos anteriormente, entonces para quienes funcionan existen nuevos instrumentos de control que colaboran a lograr un desempeño ambiental adecuado.

En lo que se refiere a EIA una exigencia nueva en los proyectos que obligatoriamente se presenta estudio de impacto ambiental (anexo I de la ley) deben acompañarse con PGA y con una propuesta de auditorías de los planes de gestión propuestos, debe cumplir con la audiencia pública que es obligatoria para estos casos. En todos los proyectos se establecen nuevos plazos y requerimientos que están vinculados a la información y la participación ciudadana (se informan los proyectos en cuanto se inician con presentación en formato virtual de las síntesis como de los proyectos, de tal manera que pueden ser consultados por los ciudadanos ya que se cuelgan en la página web de la Secretaría de Ambiente)

Los planes de gestión ambiental (PGA), en este caso de los PGA el control y fiscalización supone corroborar lo presentado por la empresa en su plan de gestión saber si realmente a gestionado de acuerdo a lo planeado y si existieron deficiencias o problemas se tomaron las medidas propuestas. En el caso de las empresas en funcionamiento la elaboración de PGA le permite actualizar su estado de situación ambiental y realizar una propuesta de gestión que lo tome en cuenta.

Los PGA están reglamentados por el Decreto 247/ | 15 donde se establece como deben formularse y lo interesante es que la Autoridad de Aplicación puede solicitar PGA a las actividades que ya se encuentran funcionando.

¹⁵⁰⁴ MARTA SUSANA JULIÁ El proceso normativo de construcción de la política ambiental en la provincia de Córdoba en el contexto del sistema jurídico argentino, (2018) MJ-DOC-13524-AR | MJD13524

Los sistemas de gestión (SGA), suponen una revisión por parte de las empresas de sus políticas ambientales, la gestión que realizan y como la realizan para realizar un desempeño ambientalmente adecuado. La ley establece la obligatoriedad de contar con un sistema de gestión SGA en los organismos públicos y privados y se ha reglamentado a través del decreto 248/15.

Las auditorías ambientales (AA) evalúan el cumplimiento y el desempeño ambiental de las empresas, es el instrumento adecuado de control para quienes están en funcionamiento. Hay diferentes tipos de auditorías, en el caso de las auditorías de cumplimiento son las que utiliza la autoridad para el control de desempeño ambiental de las actividades.

Los estándares y normas como un nuevo instrumento de control y fiscalización En particular hacemos la referencia al Capítulo IX Control y Fiscalización de las Actividades Antrópicas donde el artículo establece que “Los estándares o normas fijan reglas técnicas a las que deben ajustarse las personas físicas o jurídicas -públicas o privadas- para evitar efectos perjudiciales sobre el ambiente como consecuencia de su actividad. El enfoque se centra en una política de orden y control que disuada y detecte el comportamiento en detrimento al ambiente de los distintos actores. Se reconocen tres (3) tipos de estándares: a) Estándares ambientales; b) Estándares de emisiones o efluentes, y c) Estándares tecnológicos. Compete a la Autoridad de Aplicación fijar e implementar dichos estándares, los que se controlarán a través del sistema de auditorías ambientales”¹⁵⁰⁵.

Los estándares además ofrecen no solo los trámites administrativos sino los valores que deben respetarse, las metodologías y otros aspectos a tener en cuenta para el cumplimiento de una estándar ambiental, de emisión o efluente o tecnológico.

Las reglamentaciones en la ley 10208 de política ambiental de la provincia de Córdoba aportan al uso de los instrumentos de política y gestión estableciendo las modalidades administrativas en que deben desarrollarse.

El proceso de reglamentación en curso se manifiesta en distintas normas (decretos y resoluciones), donde el aspecto a destacar, a casi 5 años de su sanción, son los avances y las expectativas actuales que plantean las normas. En la actualidad se encuentran vigentes las siguientes normativas: Resolución N° 106/14 Crea la Unidad Ejecutora de Diagnóstico Ambiental Provincial, Resolución N° 13/15 reglamenta la Evaluación Ambiental Estratégica, Decreto N° 247/15 reglamenta los Planes de Gestión Ambiental, Decreto N° 248/15 reglamenta los Sistemas de Gestión Ambiental, Decreto N° 288/15 reglamenta Seguro Ambiental, Resolución N° 544/16 Ministerio de Salud - Plan Quinquenal de Salud Ambiental, Resolución N° 174/16 Secretaría Recursos Hídricos MAAYSP “Normas provinciales de calidad y control de aguas para bebida”, Decreto N° 847/16 Reglamentación de estándares y normas sobre vertidos para la Preservación del recurso hídrico provincial, Resolución N° 029/17 Estándares ambientales de emisión o de efluentes y estándares tecnológicos para la gestión y aplicación agronómica de residuos pecuarios de la provincia de Córdoba, Res. 105/17 estándares de aire, Res.282/17 sobre

¹⁵⁰⁵ Art.51 ley 10.208

evaluación de impacto en salud (dictada como resolución conjunto del Ministerio de Salud y el Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos). Las diferentes reglamentaciones se realizan en forma parcial de la ley, teniendo en cuenta su complejidad y extensión, la progresividad en la implementación, las facultades y atribuciones que establece la propia ley para reglamentar, de esta manera el proceso reglamentario se lleva a cabo a través de la consideración de artículos o grupos de ellos que se vinculan a un instrumentos de política o gestión que regula la ley.

Analizando cada instrumento, la ley especifica la forma en que deben implementarse, para quienes están destinados las presentaciones, los contenidos que deben tenerse en cuenta, entre otros aspectos. Ello permite a las empresas aplicarlos para cumplir con una gestión ambientalmente adecuada.

4-LA SUSTENTABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LOS ASPECTOS NORMATIVOS Y LOS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA Y GESTIÓN

La definición de las actividades sustentables tiene su propia expresión en el tema objeto de análisis y se dice que “Una empresa sustentable o negocio sustentable o sostenible tiene un impacto negativo mínimo sobre el medio ambiente a nivel local o global. Es un negocio que se esfuerza en cumplir con la triple cuenta de resultados: economía, sociedad y medio ambiente. En términos simples, son empresas que ayudan al medio ambiente o por lo menos evitan al máximo perjudicarlo”.¹⁵⁰⁶

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Mundiales, son un llamado universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad.¹⁵⁰⁷

Entre los objetivos de desarrollo sustentable fijados por Naciones Unidas, seleccionamos los objetivos más vinculados a las empresas donde aparece el objetivo 8- Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. El objetivo 9 es “Construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación y en el objetivo 12-Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.”¹⁵⁰⁸

Los instrumentos de política y gestión nacionales, provinciales o municipales les ofrecen a las empresas mecanismos de cumplimiento del marco normativo ambiental determinado para el uso del territorio en el país. Cada norma ambiental fija nuevas exigencias a la que las empresas deben adaptarse, puede establecer modalidades, mecanismos, plazos, por lo que en forma progresiva se deben adaptar a las nuevas exigencias y cumplir normas y valores.

Las empresas también cuenta con normas voluntarias a las que suelen someterse para certificar su calidad, sus aspectos ambientales y favorecen su

¹⁵⁰⁶DESARROLLO SUSTENTABLE <https://www.desarrollosustentable.co/2015/10/empresas-sustentables-que-son-y-su-ranking.html>

¹⁵⁰⁷ <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

¹⁵⁰⁸NACIONES UNIDAS, ODS <https://onu.org.gt/objetivos-de-desarrollo/>

gestión interna y garantizan hacia terceros el cumplimiento de la calidad y los aspectos ambientales, en muchas situaciones exigidos por sus casas matrices o en los supuestos de exigencias de exportación.

Lograr la sustentabilidad por parte de las empresas en los aspectos normativos implica el cumplimiento de las exigencias y más. El uso de instrumentos de política y gestión les otorga a las empresas la posibilidad de revisar y gestionar en forma correcta sobre su desempeño.

REFLEXIONES FINALES

Las empresas en la actualidad se encuentran inmersas en complejos marcos normativos, institucionales y administrativos a los que deben cumplir con diferentes acciones o actos en las actividades que desarrollan y asociados en este caso a la problemática ambiental.

Los trámites y cumplimientos que se vinculan a temas ambientales aparecen en forma transversal en diferentes aspectos que constituyen exigencias para las empresas como aquellos casos que se vinculan al comercio exterior, a la obtención de créditos, a las normas de sus casas matrices o formar parte de cadenas productivas o comerciales como proveedores.

El desempeño ambiental por tanto es una exigencia que proviene de la propia actividad, de actores externos a la actividad que forman parte de las cadenas productivas o comerciales y también de la propia sociedad en la que está inmersa la empresa (barrio, ciudad, provincia, país).

Los gobiernos en sus diferentes niveles han desarrollado sus áreas ambientales, sus preocupaciones sobre las actividades que se encuentran en su territorio, los impactos que producen o pueden producir en sus poblaciones, al mismo tiempo cuenta con nuevos instrumentos de política y gestión que les permiten un mejor control y fiscalización de las actividades.

Las responsabilidades ambientales son cada vez más importantes para los ciudadanos, las empresas, los gobiernos y los organismos internacionales nos vienen marcando la necesidad de tomar medidas más drásticas en las diferentes problemáticas. Los Objetivos del Desarrollo Sustentable, los objetivos del milenio son un ejemplo de ello y cada vez habrá más exigencias sobre los países para lograr el cumplimiento efectivo de los compromisos internacionales.

Los territorios empiezan a vivenciar los efectos ambientales y también del cambio climático donde será necesario un mayor esfuerzo de todos para mitigar los mismos o adaptarnos a ellos, por lo que las empresas tienen un rol relevante en mejorar sus prácticas y desempeños ambientales encaminadas a los objetivos planteados.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y PASIVOS AMBIENTALES

GEORGINA DORONI

SUMARIO

*I. Planteamiento de análisis. II. II. Obligación de recomponer y los PA.
III. Precisiones conceptuales. IV. IV. Principio de responsabilidad y PA. V. Criterios de
atribución de responsabilidad por PA . VI. Consideraciones finales.*

I. PLANTEAMIENTO DE ANÁLISIS

Nuestro sistema normativo establece a través del principio de responsabilidad la obligación de asunción de los costos de las acciones prevención y corrección en cabeza del generador, de los daños actuales o futuros. Específicamente, en el tema concreto pasivos ambientales¹⁵⁰⁹, estas obligaciones se asocian, por un lado, con la imperativa necesidad de contar con planes de cierre y pos cierre seguro a los fines de prevenir la generación de nuevos PA (costos en prevención-evitación de PA) y por otro, con la necesidad de remediación de aquellos sitios que contienen PA, evidenciando niveles de contaminación que implican un riesgo (que se traduce en costos para saneamiento a los fines de evitar la configuración de un daño ambiental colectivo¹⁵¹⁰).

A partir de la conceptualización de PA se procura determinar la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental correspondiente, a los fines de definir los criterios de atribución de la responsabilidad ambiental –extracontractual- por PA, precisando las reglas, criterios normativos y jurisprudenciales acerca de la extensión de la responsabilidad ambiental en torno a la problemática de los PA. Los objetivos de este aporte serán, luego de la reconstrucción conceptual de PA, relevar y abordar desde un plano descriptivo el marco normativo de atribución de responsabilidad por PA, analizando cuáles son los criterios (alcance y extensión) al momento de determinar la responsabilidad por PA.

II. OBLIGACIÓN DE RECOMPONER Y LOS PA

A partir de la obligación imperativa y constitucional de que “*el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer*” se aborda la problemática de los PA. Dicha norma imperativa es incorporada como mandato constitucional

¹⁵⁰⁹ En adelante PA.

¹⁵¹⁰ En adelante DAC.

con la reforma del 94 en el artículo 41. Ante lo cual se plantea la siguiente cuestión ¿acaso las explotaciones anteriores de 1994 no contaban con la obligación de recomponer? Una primera respuesta intuitiva es que la obligación de no dañar existía incluso antes de la normativa sectorial ambiental¹⁵¹¹. Incluso, conforme el art. 1717 del CCyC “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. “Esto supone una falsa retroactividad o, todo lo mas “retrospectividad” o una retroactividad admisible o impropia”¹⁵¹². En nuestro ordenamiento existe un régimen de reparación de los daños (ambientales inclusive), y éste es preexistente a la normativa sectorial específica, “de forma que su aplicación “retroactiva” no sería en grado máximo; estaríamos ante una norma a efectos nacidos bajo su vigencia, aunque nacen de una relación o situación jurídica constituida anteriormente (grado mínimo)”¹⁵¹³. La retroactividad es una falacia: contaminar siempre estuvo prohibido¹⁵¹⁴.

“Actualmente, se ha asumido que, a pesar de que el origen de la contaminación fuera pasada, la contaminación sigue siendo contemporánea, con lo cual no existe ninguna retroactividad real y se debe afrontar su descontaminación en cualquiera de las posiciones que se está, causante, propietario o poseedor”¹⁵¹⁵. En ese sentido, “no resulta imprescindible exigir la violación a una conducta tipificada por una normativa expresa –al modo del derecho penal– para que la acción dañosa pueda tildarse de antijurídica, sino que es suficiente con que resulte contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado¹⁵¹⁶”. En sentido coincidente la jurisprudencia ha dicho: “(..) no es necesario que la conducta del demandado haya violado concretamente alguna norma expresa,

¹⁵¹¹ “Esa relación de causalidad es suficiente (...) independientemente que en el año 1978 no hubiese existido una normativa específica que imponga la obligación de abandonar técnicamente los pozos de hidrocarburos, pues esa responsabilidad surge del deber de no dañar que emerge de la parte dogmática de la Constitución Nacional (art. 19)”. Cfr. Corte de Justicia de Salta, Causa BELLINI, EDGARDO CARLOS VS. TRIPETROL PETROLEUM ECUADOR INC. - NETHERFIELD CORP. UTE; Y.P.F. S.A.; PETROLERA SAN JOSÉ S.R.L.; PROVINCIA DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° CJS 33.358/10), sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013.

¹⁵¹² Cfr. JORDANO FRAGA, Jesús. “Responsabilidad por daños al ambiente”. Derecho del Medio

Ambiente y Administración Local. Fundación Democracia y Gobierno Local ISBN: 84-609-8956-9, p.450.

¹⁵¹³ Cfr. JORDANO FRAGA, Jesús. *Ibidem*, pp. 450-451.

¹⁵¹⁴ En materia ambiental es muy usual que los daños masivos se generen por conductas que en principio no resultan violatorias de norma específica alguna, ya que no existe un catálogo preciso y exhaustivo de reglas que indiquen cómo actuar en cada caso particular en relación a los bienes colectivos. LORENZETTI, Pablo. “Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Ambiental Nro 43 julio/septiembre 2015, Abeledo Perrot.

¹⁵¹⁵ DE LA VARGA PASTOR, A. *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados*, La Ley, Madrid, 2012, p. 434.

¹⁵¹⁶ LORENZETTI, Pablo. “Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Ambiental Nro 43 julio/septiembre 2015, Abeledo Perrot.

siendo suficiente la relación de causalidad entre el hecho generador (...) y los efectos degradantes al ambiente (...)”¹⁵¹⁷.

III. PRECISIONES CONCEPTUALES

A los fines de determinar la relación entre los PA y el sistema normativo de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo, debemos comenzar necesariamente con el abordaje de la definición del concepto de pasivo ambiental. La reconstrucción del concepto “pasivo ambiental” no es tarea sencilla, atento la confusión y falta de determinación del término. Es asociado a la idea de externalidad¹⁵¹⁸, impacto ambiental¹⁵¹⁹, daño ambiental, sitio contaminado, deuda social-ambiental¹⁵²⁰, legado de contaminación histórica¹⁵²¹.

A los fines del trabajo delimitaremos un concepto operacional. Un PA refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación de impactos ambientales negativos no mitigados o por el riesgo de que un daño ambiental se configure; es producto de actividades desarrolladas en el pasado y/o en el presente –puede ser consecuencia de una contaminación histórica, pretérita o responder a una situación actual¹⁵²²–, que generan un efecto acumulativo y progresivo (con el transcurso del tiempo) y que representan un potencial riesgo para el medio ambiente, para la salud, vida de las personas, ante la existencia de un daño ambiental de incidencia colectivo o el riesgo que el mismo se materialice.

De la existencia de un PA se deriva la necesidad de remediación, saneamiento, mitigación o compensación por encontrarnos ante áreas o sitios contaminados, en los que se superan los umbrales tolerables de contaminación (sea del agua superficial, subterránea, suelo, subsuelo, atmósfera, eliminación de residuos). Sitios en los que no se encuentran debidamente gestionados los posibles

¹⁵¹⁷ Corte de Justicia de Salta, Causa BELLINI, EDGARDO CARLOS VS. TRIPETROL PETROLEUM ECUADOR INC. - NETHERFIELD CORP. UTE; Y.P.F. S.A.; PETROLERA SAN JOSÉ S.R.L.; PROVINCIA DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° CJS 33.358/10), sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013.

¹⁵¹⁸ Los economistas hablan de los daños ambientales como externalidades, es decir, como lesiones al medioambiente producidas por un fracaso del mercado, que hace que no sea el responsable del daño el que pague la reparación o compensación, sino la sociedad en su conjunto, cfr. Russi D. y Martínez- Alier J. “Los pasivos ambientales” en Íconos, pp. 123-131.

¹⁵¹⁹ Un **impacto ambiental** puede definirse como la alteración positiva o negativa de la calidad de una variable ambiental, es decir, realizada una acción o proyecto puede derivarse un cambio cualitativo, el cual puede ser positivo o negativo. En ese último caso, el impacto coincidiría con el concepto de daño ambiental.

¹⁵²⁰ Son éxitos de traslación de los costos a la sociedad que permiten a las empresas ser competitivas, cfr. Martínez- Alier y O’Connor, “Ecological anda economic distribution conflicts”, 1996.

¹⁵²¹ Un pasivo ambiental responde a un legado de contaminación histórica. Cfr. MORALES LAMBERTTI, Alicia. *Gestación y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, pág. 10

¹⁵²² “Se reclama por la reparación de los daños y perjuicios, pasados, presentes y futuros, que la contaminación del predio causa a COFRUVA S.A.” Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial Neuquén, Sala II, COFRUVA S. A. C/ Y.P.F. S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, sentencia de fecha 1 de febrero de 2007.

impactos negativos, por lo que se configura un potencial riesgo de daños para la salud, calidad de vida, propiedad (daños patrimoniales y extra patrimoniales producto de la situación de contaminación) y para los bienes y servicios ambientales.

Podemos asimilar un PA a un sitio contaminado como consecuencia de una actividad o conducta, realizada en el presente (actual) o que fue realizada en el pasado (pretérita), pero que en uno u otro caso, puede afectar el ambiente de manera adversa, lo que conlleva la obligación de incurrir en costos tendientes a la remediación de ese sitio.

De lo expuesto y a los fines de caracterizar un PA, enunciamos los siguientes elementos: a) supone una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto (costo) derivado de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados¹⁵²³; b) es un sitio que no se encuentra remediado; c) implica un conjunto de impactos negativos perjudiciales para el medio ambiente, la salud, calidad o vida digna, ocasionados por determinadas obras, actividades o conductas, existentes en un determinado período de tiempo¹⁵²⁴ (lo que refuerza la idea de la temporalidad, ya sea presente o pasada¹⁵²⁵; d) configura un riesgo potencial y permanente susceptible de configurar un daño ambiental colectivo, afectando bienes y servicios ambientales y derechos individuales (patrimoniales o extrapatrimoniales) como daño rebote, indirecto; e) su existencia implica una “interferencia en el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que puede tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos otros derechos humanos”¹⁵²⁶; f) esta situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro o un riesgo potencial implica un deterioro progresivo en el tiempo: el efecto proyectivo, acumulativo y sinérgico¹⁵²⁷ es ínsito a la generación,

¹⁵²³ Se lo define como el conjunto de daños realizados o gastos compensatorios que la empresa sufiere a lo largo de su historia. Cfr. MORALES LAMBERTTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, p.6.

¹⁵²⁴ Conforme artículo 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental de Bolivia-Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente-: Para efecto del presente Reglamento se entiende por pasivo ambiental: a) el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo; b) los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades.

¹⁵²⁵ “Daño ambiental derivados de la contaminación pasada y/o presente del complejo industrial YPF sitio en Ensenada y Berisso”. Cfr. Sala Tercera de esta Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 12 días del mes de julio del año dos mil doce, expediente 18.159 caratulado: “M., A. S. y otro c/ Y.P.F. S.A. s/cese de daño ambiental-daños y perjuicios”.

¹⁵²⁶ Naciones Unidas, Asamblea General: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017. 34/20. Los derechos humanos y el medio ambiente, A/HRC/RES/34/20.

¹⁵²⁷ Comisión IDH: Informe n° 69/04, petición 504/03. Admisibilidad comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004: La grave contaminación ambiental ocasionada por la cancha de relaves mineros había generado una crisis de salud pública en la Comunidad de San Mateo de Huanchor y que cada día aumentaba el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves (...) **los efectos de la exposición de los relaves en el transcurso del tiempo se han prolongado y se agudizan al no recibir el tratamiento adecuado (...)**. El resaltado me pertenece, para hacer énfasis en el elemento temporal.

acumulación y/o abandono sin las correctas medidas de cierre y mitigación de un PA. g) La situación fáctica de la existencia de un PA conlleva una exposición permanente a una situación de riesgo, que continúa en el tiempo hasta tanto el sitio no sea saneado y remediado: la existencia del PA conlleva actualidad por sus propios efectos. h) Exigen la necesidad de remediación.

IV. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y PA

La problemática de los PA lo podemos analizar desde el principio de responsabilidad, cuyo alcance está determinado en la propia Ley General del Ambiente: *“el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición”*. En este principio se observan claramente incluidas las dos facetas de la responsabilidad¹⁵²⁸: la prevención y la reparación¹⁵²⁹. Podemos determinar las siguientes obligaciones en cabeza de la empresa operadora (generadora): a) diseñar e implementar medidas de prevención para evitar la generación de nuevos daños ambientales y/o PA; b) obligación de realizar las medidas de remediación y restauración de las áreas afectadas por las actividades y proyectos en ellas implementadas a los fines de evitar la generación y/o acumulación de PA.

En este aspecto hay que considerar el riesgo o la incertidumbre (prevención-precaución) o certidumbre de su ocurrencia (daño ambiental). Desde la función de la responsabilidad preventiva y reparatoria es necesario realizar la distinción entre PA contingentes y PA configurados, categorías conceptuales de origen contable, útiles para discernir el alcance de las obligaciones de prevenir, remediar o recomponer daños ambientales que tienen las empresas. Dicha distinción tiene razón de ser en una doble vertiente de análisis: por un lado, 1) *según su materialización o reconocimiento en el balance*, hablamos de PA contingentes en cuanto contablemente constituyen una obligación posible surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia puede ser consecuencia, con cierto grado de incertidumbre, de un suceso futuro o no ser susceptible de cuantificación en un determinado momento¹⁵³⁰. De allí que el que se asocia un valor estimado al PA conforme la probabilidad de ocurrencia determinada, nos movemos ante un cierto nivel de incertidumbre sobre la posibilidad que se asigne dicho costo a la empresa¹⁵³¹. En tanto que el PA es

¹⁵²⁸ Reflejadas en el artículo 1708 del CCyC: *“Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”*.

¹⁵²⁹ La ampliación de las funciones de la responsabilidad civil en el nuevo Código revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental. Cfr. LORENZETTI, Pablo. *“La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*, p. 5. [en línea] <http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1oAmbiental-PABLO-LORENZETTI.pdf> Acceso 15 de agosto de 2019.

¹⁵³⁰ Conforme NIC 37.

¹⁵³¹ “ Se destacó que el pasivo emergente del estado que registraba el pozo MdT14 constituiría una deuda eventual o contingencia de YPF SA que se habría generado por hechos ocurridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1990 en los términos del art. 1º, inc. 2º, del decreto 546/93”.

configurado cuando nos encontramos ante una obligación presente que genera un costo (salida de recursos) estimable y cierto para la empresa a los fines de afrontarlo.

Por otro lado, 2) *según su configuración*, en dicho caso el PA configurado se asimila con el DAC, de allí que en las normativas¹⁵³² y la doctrina caractericen al PA como una especie o categoría de daño ambiental especial, que generará prioritariamente su recomposición, restauración o eventualmente su compensación¹⁵³³, está materializado (hay certeza del riesgo); mientras que el PA contingente refiere al potencial riesgo (incertidumbre) de un daño se configure, la probabilidad de que un daño ocurra (en términos potenciales).

De lo esbozado, podemos decir que el pasivo es la contracara del activo con que cuenta en la empresa y como tal debe materializarse en el balance, salvo que la posibilidad de tener que efectuar los costos (salida de recursos) para atender dicha obligación sea considerada remota¹⁵³⁴. La cuestión de fondo que subyace en torno a los PA es la atribución de costes y el reflejo contable (activos y pasivos) al interior o vida de la empresa.

V. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PA

Las normas de responsabilidad asumen la función de instrumentos eficaces para que los costos de prevención, control y reparación ambiental sean imputados y asumidos (internalizados) por quienes los producen y no por el conjunto de la sociedad¹⁵³⁵. Es decir, la esencia económica del derecho es que utiliza el sistema de responsabilidad para internalizar las externalidades. “El derecho ambiental es redistributivo, en el sentido de que procura paliar el impacto económico, a través de la incorporación a los costos, de todas las externalidades que significan las medidas de prevención de la contaminación”¹⁵³⁶. El daño ambiental colectivo puede generar costes a la sociedad en su conjunto, por lo que debería ser el autor del daño, no la colectividad, quien soportase dichos costes, razón de ser o fundamento que persigue el sistema de responsabilidad - principio de atribución de costes-.

Cfr. Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, 29266/2013 “TRIPETROL PETROLEUM SA-ANTRIM ARG-UTE-P.G.-INC MED- c/ YPF SA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”, Buenos Aires, agosto de 2014.

¹⁵³² Ley N° 14.343 - Ley de Regulación de Pasivos Ambientales de la Provincia de Buenos Aires- brinda una definición legal de pasivo ambiental “... se entenderá por pasivo ambiental al conjunto de los daños ambientales (...).Ley 10208 - Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba- que en su artículo 89 estipula que “se entiende por pasivo ambiental al conjunto de impactos ambientales negativos e irreversibles.

¹⁵³³ MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, 2008, p. 8.

¹⁵³⁴ Hay una escasa posibilidad de tener que liquidar dicha obligación o puede que no sea determinable o mediad con fiabilidad.

¹⁵³⁵ MORALES LAMBERTI, Alicia. *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional*. Córdoba, Alveroni, 2004, p. 221.

¹⁵³⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En Tutela Jurídica del Medio Ambiente, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen XLV. Año 2008. ISBN 978-987-1123-48-3, p. 158

Como sostiene Jordano Fraga, “significa optar entre las diversas alternativas posibles de distribución de los costes de descontaminación (sociedad en su conjunto- contaminador directo), por la solución en que los costes se imputan al contaminador directo”¹⁵³⁷.

En un principio la práctica frecuente era “que los costos ambientales no eran económicamente contabilizados o, incluso, muchas veces se asumían como costo cero. Esto en la práctica ha significado que los costos efectivos han sido con frecuencia subsidiados por los contribuyentes y los ciudadanos afectados”¹⁵³⁸. “Naturalmente, el impacto de la responsabilidad ambiental en las decisiones de las empresas depende del peso económico y financiero en la contabilidad empresarial y de la relevancia que esa tome en el ámbito jurídico, o sea, de la probabilidad de que la empresa pueda ser obligada a pagar a la comunidad por su pasivo ambiental”¹⁵³⁹. En este caso junto con los activos de la empresa se deben plasmar en el balance los pasivos, los gastos relativo a la prevención, restauración, remediación del aérea afectada, costos futuros que se imputan a la responsabilidad ambiental de la empresa¹⁵⁴⁰.

En estas situaciones la jurisprudencia se ha manifestado por la internalización de los costos ambientales¹⁵⁴¹: “(...) la industria ha producido daño ambiental porque ha ahorrado y “transferido” o “externalizado” los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad). El ahorro (o desinversión) por no implantar medidas de cese de contaminación han provocado el daño ambiental ya

¹⁵³⁷ JORDANO FRAGA, Jesús. La protección del derecho a un medioambiente adecuado. Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 137-139. En BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel “Responsabilidad medioambiental: ¿exigir garantías financieras en tiempos de crisis?”. En Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. VII, Núm.1, 2016. Pág. 1. [en línea]<http://derechoambiental.serglo.es/uploadedFiles/derechoambiental.3xr4m/fileManager/0042.pdf> Acceso 15 de agosto de 2019.

¹⁵³⁸ SOUGARRET SEITZ, Luis. Conferencia internacional sobre pasivos ambientales mineros, “La minería en Chile y los pasivos ambientales”. [en línea] <http://www.cepal.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/LuisSolugarret.pdf>. Acceso 15 de agosto de 2019.

¹⁵³⁹ MORALES LAMBERTTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, 2008, p.8

¹⁵⁴⁰ Ejemplos de tales obligaciones son las multas medioambientales o los costos de la reparación de los daños medioambientales causados en contra de la ley, los costos del abandono, cierre y post-cierre, costos de restauración del área afectada, en cuyo caso la empresa deberá pagar los compromisos correspondientes a través de la salida de beneficios económicos. Cfr. NIC37.

¹⁵⁴¹ “Especialmente, diríase, en el daño ambiental por contaminación sufrida en el pasado por cada uno de los actores, en cuyo concepto el a quo lo ha estimado en \$ 2500 para cada uno, como monto reparatorio y compensador fundado en la equidad, y a fin de “internalizar” los costos de un daño ambiental que ha perjudicado el desarrollo humano, la calidad de vida y el bienestar general de los actores y les ha impedido gozar de un ambiente sano y equilibrado. Del daño ambiental derivarán comúnmente otros tipos de daños, como a la salud, propiedad y moral/psíquicos, pero aún cuando existan y se comprueben dichos daños derivados permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino también social”. Cfr. Cámara Federal de La Plata, sala 1, “Maceroni MACERONI, Francisco y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares”, sentencia de fecha 3 de septiembre de 1996.

analizado y es entonces esa externalización la que ha afectado al ambiente como bien, a la vez propio y común, de cada vecino afectado”¹⁵⁴².

El marco jurídico-normativo de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es la base o piso inicial de análisis para identificar y delimitar las reglas y principios que delinean la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales. Conforme el art. 28 de la LGA “*el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable*”. Se establece en nuestro sistema de responsabilidad ambiental (y civil) un factor de atribución objetivo, fundamentado en el riesgo (potencial) que ciertas actividades implican para el medio ambiente. Será el propio operador de la actividad quién deba demostrar la ruptura del nexo causal (inversión de la carga probatoria). Todo aquel que casusa daño ambiental colectivo tiene la obligación de prevenirlo (cesar y evitar que el daño se agrave) y repararlo de su restablecimiento al estado anterior a su producción”.

Si asimilamos el sistema de responsabilidad con el juego “pinball”, podemos graficar a los distintos estadios (obstáculos) como el reflejo los criterios de atribución y la bola en juego ilustraría el PA a atribuir. La resolución del juego podrá derivar en dos posibles alternativas: a) la atribución de responsabilidad; b) la no atribución de responsabilidad. Se realizará un análisis conforme un abanico de posibilidades (casuística) esbozando los criterios de atribución:

1) Como primera apreciación podemos determinar que el sistema de responsabilidad resulta fácilmente aplicable y puede resultar inequívoco para aquellos daños que se exteriorizan súbitamente: acaecido el incidente el daño se sucede y concreta de manera inmediata y manifiesta, siendo su materialización indubitable. Pero la complejidad se suscita cuando la causa fuente del daño se distancia del momento de su descubrimiento o exteriorización: el daño puede que se exteriorice con posterioridad (dilación en el tiempo)¹⁵⁴³ pero responda a una causa fuente originada en el pasado. Esa posibilidad encierra la contingencia que puede o no manifestarse con el tiempo en un DAC, sin embargo, dicha posible erogación debería ser prevista por la empresa (costo futuro posible). Y esa contingencia se refleja en que “resulta imprescriptible la acción de responsabilidad extracontractual iniciada en representación de intereses difusos o colectivos cuando el daño es ambiental (PA), dadas sus connotaciones de perdurabilidad, al reclamo de los daños y perjuicios ocasionados por las filtraciones de combustibles a la estación”¹⁵⁴⁴.

2) Otra posibilidad es que los PA sean generados por individuos o grupos no identificables, provenientes de fuentes difusas. Cuando hay una concurrencia

¹⁵⁴² Cámara Federal de La Plata, sala 1, “Maceroni MACERONI, Francisco y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares”, sentencia de fecha 3 de septiembre de 1996.

¹⁵⁴³ Se trata de un caso de “daño continuado, es decir aquellos de producción sucesiva e ininterrumpida” y consecuentemente, “la fecha de inicio se debería fijar a partir de su verificación total y definitiva”. Sala Tercera de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, expediente n° 18.159 caratulado: “M., A. S. y otro c/ Y.P.F. S.A. s/ cese de daño ambiental-daños y perjuicios”, sentencia de fecha 12 de julio de 2012.

¹⁵⁴⁴ Cámara Nacional Civil, Sala H “Subterráneos de Buenos Aires Dociedad del Estado c/ Propietarios Estación de Servicio Shell”, sentencia de fecha

de distintos operadores (concatenados o paralelos en el tiempo) o no fuera posible la determinación precisa de la medida aportado del daño, situación que se evidencia en el efecto acumulativo de un pasivo, agravamiento de una situación previa o como consecuencia de distintas causas de gestación que de manera acumulativa generan el DAC o el riesgo potencial de sus ocurrencia, siendo las distintas causas necesarias (no suficientes) para tal situación. En estos casos la solución la encontramos en el art. 31 de la LGA¹⁵⁴⁵ que establece que *“todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad”*. Simular solución brinda el CCyC en su art. 1762: *“Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros”*. Criterio que se puede observar con palmaria evidencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁵⁴⁶.

3) Otras posibilidades son que la empresa generadora sea identificable pero no resulta solvente o no tiene la capacidad para afrontar los costos ambientales, y por último se puede dar el hecho de que sea imposible identificar al causante de la contaminación. Ante dichos supuestos encontramos normativas provinciales que colocan la carga del saneamiento en cabeza de los propietarios registrales¹⁵⁴⁷. Sería quien actúa en calidad de guardián¹⁵⁴⁸ de un sitio contaminado, que como tal configura una cosa riesgosa según el art. 1757 del CCyC¹⁵⁴⁹; por tanto, si una empresa desarrolla sus actividades en un sitio no remediado, pese a no ser la causante de dicho PA¹⁵⁵⁰, puede que tenga que

¹⁵⁴⁵ Ley General del Ambiente, N° 25.675.

¹⁵⁴⁶ Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental - 29/08/2006 - Fallos: 329 : 3493; Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) (M. 1569. XL; ORI).

¹⁵⁴⁷ **Ley 14.343, artículo 5°.-** DE LOS RESPONSABLES. Están obligados a recomponer los pasivos ambientales y/o sitios contaminados, los sujetos titulares de la actividad generadora del daño y/o los propietarios de los inmuebles, en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad. El pasivo generado puede encontrarse indistintamente en el propio establecimiento o en terrenos adyacentes a él, públicos o privados.

Ley 10.298, artículo 91.- Los sujetos titulares de la actividad generadora del pasivo o los propietarios de los inmuebles -en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad-, están obligados a recomponer los pasivos ambientales o sitios contaminados. En caso de que no pudiese ser establecida la identidad o ante la imposibilidad de ubicarla físicamente, las responsabilidades recaen en el titular dominial del inmueble donde se originó el pasivo ambiental.

¹⁵⁴⁸ Conforme el artículo 1758 del CCyC el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella.

¹⁵⁴⁹ Toda persona responde por el daño causado por el riesgo de las cosas.

¹⁵⁵⁰ “El anterior propietario del inmueble tenía por actividad principal la elaboración de productos para la construcción en fibrocemento (que contenían asbesto). Esa empresa, y no C., habría dispuesto en el predio restos originados en su actividad. Así, habría rellenado parte del terreno con materiales que contenían fibras de asbesto. Finalizado todo proceso industrial en el predio (...), y al excavar el perímetro del predio a fin de colocar un nuevo cerco, se detectó la presencia de materiales de relleno. Hasta ese momento C. desconocía el contenido del subsuelo del inmueble”. Crf. Sala Tercera- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sentencia de fecha 10 de marzo del 2009, expediente n15.700/08 caratulado: “ROMERO, Alicia Beatriz c/Colgate Palmolive Argentina S.A. s/amparo ambiental”.

responder, sin perjuicio de las acciones de repetición pertinentes. Criterio de atribución coincidente con la doctrina judicial¹⁵⁵¹: “el hecho de que la empresa del caso no haya generado los residuos en cuestión, no resulta determinante, como sí lo es que se encuentran en un predio de su propiedad, resultando responsable en su calidad de guardián”. Pese a que la contaminación del fundo hubiese sido causada por el anterior propietario del mismo, debiendo el actual propietario responder por el saneamiento del mismo, incurriendo al no hacerlo en una gravísima negligencia o imprudencia¹⁵⁵². Aquí vemos que un pasivo (enterramiento de asbestos sin las medidas de seguridad adecuadas) no se asocia necesariamente con un daño, en este caso hay un potencial peligro de daño (precaución), donde se configura la obligación presente de la empresa surgida a raíz de sucesos pasados y que para cancelarla la empresa debe desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos¹⁵⁵³. Hasta ese momento de la sentencia ese pasivo era contingente: obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados cuya existencia ha de ser confirmada por la ocurrencia o no-ocurrencia de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la empresa. Por la sentencia judicial se transforma en configurado, la naturaleza contingente se desvanece al igual que la incertidumbre a él asociada.

Se podría determinar una posible naturaleza “*propter rem*” de la obligación de remediación de los PA, inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina. Se presume que quien recibe la cosa lo hace con todos los vicios derivados de ella¹⁵⁵⁴. De esta forma, la responsabilidad se trasmite sucesivamente de propietario registral a propietario registral, o sea se traslada a quien va usando o se va sirviendo del inmueble contaminado o contaminante (...) Consecuencia directa de la responsabilidad ambiental tipo *propter rem* lo es el reforzamiento del deber de diligencia tanto por parte del transmitente como del adquirente, previo a la adquisición del inmueble”¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵¹ Sala Tercera- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sentencia de fecha 10 de marzo del 2009, expediente n15.700/08 caratulado: “ROMERO, Alicia Beatriz c/Colgate Palmolive Argentina S.A. s/amparo ambiental”.

¹⁵⁵² No obstante el conocimiento (incluso la demanda era generadora de residuos peligros de otra corriente de desechos), no denunció la presencia del asbesto, ni se hicieron trámites a ese respecto, ni adecuó su accionar a lo expresamente previsto en la legislación específica. La zona ni siquiera está señalizada. habría tomado conocimiento de la existencia del asbesto enterrado en el predio luego del traslado de la producción de la empresa a la provincia de San Luis, lo que –según también denuncia- ocurrió a mediados del año 1999. Recién el 23 de septiembre de 2004 la empresa dirigió una nota al señor Director Provincial de Evaluación y Control Ambiental de la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, por la que puso en su conocimiento que –sin especificar fecha- “personal de C. encontró material conteniendo asbesto, enterrado en distintas partes del predio”. Crf. Sala Tercera- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sentencia de fecha 10 de marzo del 2009, expediente n15.700/08 caratulado: “ROMERO, Alicia Beatriz c/Colgate Palmolive Argentina S.A. s/amparo ambiental”.

¹⁵⁵³ Conforme NIC 37.

¹⁵⁵⁴ Cfr. Unidad de Planificación Minero Energética (UPME). “Metodología para la valorización de pasivos ambientales en el sector eléctrico”, Colombia, 2002, p. 45.

¹⁵⁵⁵ PEÑA CHACÓN, Mario. “Régimen especial de responsabilidad ambiental de sitios contaminados” [en línea]

Esto se evidencia en la terminología empleada al momento de entablarse las acciones: “El grupo de vecinos de Berisso y Ensenada individualizados en el escrito de inicio promovió demanda contra YPF S.A. y/o quien en definitiva resulte responsable”¹⁵⁵⁶; “demandan a la Dirección General de Fabricaciones Militares y a quien resulte en definitiva responsable por los mismos hechos que los de la demanda principal y con los mismos objetos (reparación pecuniaria y cese de contaminación)”¹⁵⁵⁷. Asimismo, la doctrina judicial manifestó que: “Primeramente, dicha transferencia de fondo de comercio no es oponible a los actores que han demandado el cese de la contaminación ya que, más allá de quién sea el dueño del establecimiento, la acción se interpuso, en realidad, contra el establecimiento perjudicial para el ambiente y se demandó a su operador en aquel momento de demandar sin dejar de incoar la acción contra “ya quien en definitiva resulte responsable”. En este momento es responsable por la contaminación ambiental quien ahora manipula la planta si el daño continúa. Si la justicia se inhibiera de ordenar el cese de la contaminación de una industria por la sola transferencia del establecimiento con posterioridad a la demanda, la actividad jurisdiccional sería inútil y dicha posibilidad no puede admitirse. Todo pronunciamiento jurisdiccional en causas de interés público y colectivo como las de contaminación ambiental, ha de privilegiar la eficacia del mismo, so pena de transformar a la justicia en una instancia inocua que podría ser burlada con la transferencia de los bienes contaminantes”¹⁵⁵⁸.

Este criterio de atribución debe ir acompañado de un asiento registral respecto al uso de los inmuebles, lo que coadyuvaría a una trazabilidad respecto a ocupantes anteriores, actuales ocupantes y/o propietario registral. La importancia de la toma de nota en los asientos registrales sobre el destino de los inmuebles permite trazar hacia atrás una cadena de responsables como así también de custodia del predio o establecimiento impactado¹⁵⁵⁹.

En sentido contrario encontramos decisiones del derecho europeo en el que se establece que “el significado del principio de quien contamina paga (...) no puede socavarse determinando otros responsables junto a los causantes o en

<https://www.camjol.info/index.php/INNOVARE/article/view/2745/0> Acceso 15 de agosto de 2019.

¹⁵⁵⁶ Cfr. Sala Tercera de esta Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 12 días del mes de julio del año dos mil doce, expediente 18.159 caratulado: “M., A. S. y otro c/ Y.P.F. S.A. s/cese de daño ambiental-daños y perjuicios”.

¹⁵⁵⁷ Cámara Federal de La Plata, sala 1, “Maceroni MACERONI, Francisco y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares”, sentencia de fecha 3 de septiembre de 1996.

¹⁵⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁹ Posibles ejemplos encontramos en la Ley 9814, en lo que aquí interesa el art. 47 establece quienes son considerados responsables en caso de verificarse la comisión de algunas de las referidas figuras típicas. En ese sentido establece: “*En caso de condena administrativa firme por contravenciones a los incisos b), c), e), i) y l) del artículo 46 de esta Ley, serán solidariamente responsables: el titular del campo al momento de la comisión del hecho, los sucesivos adquirentes del predio en infracción, la empresa desmontadora o empresa forestal que ejecute la obra, el profesional técnico contratado para tal fin y todos aquellos que de un modo directo o indirecto hubieran participado en la comisión del hecho.*” En la Ley 24.051 que en el inciso c del art. 34 establece como requisito de inscripción de plantas de tratamiento y/o disposición final *la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble, en la que se consigne, específicamente, que dicho predio será destinado a tal fin.*

lugar de ellos: esos otros responsables solo pueden serlo a título subsidiario”¹⁵⁶⁰.

A modo de síntesis, podemos decir que: “ante la disociación propietario/ocupante, lo deseable sería que en primera instancia la responsabilidad recayere sobre el ocupante autor y generador del daño ambiental, sin embargo subsiste la responsabilidad civil y solidaria del propietario del predio y su deber de remediación, aun en aquellos supuesto donde no haya participado como generador del daño ambiental, esto por tratarse de una obligación por causa de una cosa de la que se es propietario”¹⁵⁶¹. Ello sin perjuicio de las acciones de repetición y las cláusulas que las partes contratantes puedan establecer: “la debida diligencia conlleva la incorporación de cláusulas especiales dentro de los contratos de transmisión de inmuebles o de cesión de activos que permitan eliminar o al menos minimizar el riesgo a posibles problemas ambientales que pudieran sobrevenir”¹⁵⁶². Análisis que excede el presente artículo y que refleja al tratamiento de atribución de responsabilidad por PA desde la óptica contractual. Sin embargo, en torno a ello es importante precisar que la jurisprudencia ha determinado: “La garantía de indemnidad prevista en el art. 9º de la Ley 24145 no obsta a la responsabilidad de Y.P.F. S.A. que ha determinado el “a quo” en este proceso, pues en esa norma se regula una **cuestión económica ajena al planteo aquí formulado, de índole exclusivamente ambiental**”¹⁵⁶³.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

En el análisis esbozado se procuró realizar un análisis de criterios de atribución de responsabilidad –extracontractual- de PA, insertándolo en nuestro marco normativo de responsabilidad ambiental, que establece el mandato imperativo constitucional “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de

¹⁵⁶⁰ Cfr. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, autos “Fipa Group SRL y otros”, presentadas el 20 de noviembre de 2014, concluyendo en el considerando 62 que: “En consecuencia, los principios de la Unión Europea en materia medioambiental establecidos en la Directiva 2004/35 (artículos 1, 8, apartado 3, y 16, así como considerandos decimotercero y vigésimo cuarto) y en el artículo 191 TFUE, apartado 2, –en particular, el principio de «quien contamina paga», el principio de cautela, el principio de acción preventiva y el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma– no se oponen a una normativa nacional que, en caso de que se compruebe que un sitio ha sido contaminado y sea imposible identificar a la persona responsable de la contaminación o conseguir que esta última realice las actuaciones de reparación, no permite a la autoridad administrativa imponer la ejecución de las medidas de aseguramiento de emergencia y de saneamiento al propietario no responsable de la contaminación, al prever únicamente a cargo de este último una responsabilidad patrimonial limitada al valor del sitio tras la ejecución de las medidas de saneamiento” (conclusión que no comparto).

¹⁵⁶¹ FRANCO, Horacio J., Pasivos Ambientales y realidad económica, en Revista Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, número 33, 2013.

¹⁵⁶² VIDAL DE LAMAS, Ana María y WALSH, Juan Rodrigo, “Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo”, LA LEY2003-B, 1279.

¹⁵⁶³ Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, “TRIPETROL PETROLEUM SA- ANTRIM ARG-UTE-P.G.-INC MED- c/ YPF SA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”, Buenos Aires, agosto 2014.

recomponer". En función de las particularidades del PA es que se evidencia la importancia de la temática en torno al desarrollo de la empresa, PA que conlleva la obligación de asumir los costos (de prevención, remediación, saneamiento) por parte de las empresas. La temática ambiental se instala en el corazón de la empresa conforme la importancia (probabilidad) económica-financiera de que deba asumir jurídica y contablemente la obligación de afrontar los PA.

“LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA (RSE) Y EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE SANO”

Lorena Eva Dasenchich

Sumario

I. Palabras introductorias; II. Estado de situación a nivel internacional; III. El futuro de la RSE y el derecho humano a un medio ambiente sano; IV. Palabras finales.

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS.

*“Es la primera vez que en la asamblea se generan diálogos con actores no estatales: líderes empresariales, autoridades locales, alcaldes y sociedad civil. (...) Doce de los propietarios de activos más grandes, responsables de dirigir más de 2 mil millones de dólares en inversiones, se comprometieron a concentrar sus recursos en portafolios de inversión de empresas que se comprometan con carbono neutralidad al 2050 (...) 87 grandes compañías con una capitalización de mercado en torno a los 2,3 mil millones de dólares se comprometieron a reducir sus emisiones y alinear sus negocios con las metas del Acuerdo de París. Además, 130 bancos, que representan un tercio del sector bancario global, también se comprometieron con el mismo objetivo. **Es muy inusual que actores no estatales tomen estas decisiones alineadas con los planes de la ONU, porque la ONU guía la acción de los gobiernos nacionales.** Pero esto es muy novedoso, y le da una mayor fuerza al Acuerdo de París como marco de referencia para la acción climática en todo el mundo (...)”¹⁵⁶⁴ Patricia Espinosa secretaria ejecutiva de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) en referencia a la Climate Action Summit in New York 23/09/2019.*

¿Es posible lograr acuerdos en relación a estándares internacionales exigibles sobre empresas y derechos humanos? Específicamente, en el caso que nos ocupa, el derecho humano a un medio ambiente sano, según las directrices de la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁴ Cristian GONZÁLEZ FARFÁN País circular <https://www.paiscircular.cl/agenda-2030/6880/> Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁶⁵CIDH - OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS (OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL - INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 4.1 Y 5.1, EN

¿Podrían los principios que inspiran la responsabilidad social empresaria (RSE), también llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o inversión socialmente responsable, ser la plataforma para lograr esos acuerdos?

¿Lo acontecido en la Cumbre de Nueva York, el pasado 23 de septiembre, evidencia un cambio de paradigma y una apertura del sector privado a consensuar mínimos en relación a la acción frente al cambio climático, dentro del marco de Naciones Unidas?

Lo que estos interrogantes evidencian, es el agotamiento del enfoque tradicional, centrado en el Estado, al momento de regular la actividad de las empresas en la era de la globalización¹⁵⁶⁶; en particular, su responsabilidad por los daños socio y medio ambientales causados no sólo en el contexto de su internacionalización o inversión exterior, sino también en su actividad local. A modo de ejemplo, ONGs como RAID¹⁵⁶⁷ han focalizado su actuación en los efectos destructivos de grandes proyectos de desarrollo de infraestructura, debido a sus prácticas ilegales y no éticas.

Se abordarán, entonces, los instrumentos que regulan la RSE a nivel internacional -ninguno obligatorio directamente para las empresas, salvo que los gobiernos trasladen esos compromisos a las empresas vía legislación interna, y en el caso de las empresas transnacionales, a través de códigos voluntarios de buenas prácticas- e iniciativas como la ISO 26.000 y el movimiento del Sistema B, junto a una mención de los temas que constituyen el futuro de esta temática.

A los fines del presente, entendemos que no existe una única definición universalmente aceptada de *responsabilidad social empresaria*¹⁵⁶⁸, sin perjuicio de

RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf v. a José E. ESAIN y su teoría del nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (ESCA) José E. ESAIN “La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, en La Ley Derecho Ambiental, Buenos Aires, Año XXV Nro.1 23/11/2018, pp1 a 4.<file:///D:/academia%20-%20instituto%20derecho%20ambiental/Sup-Ambiental-1-Noviembre-18%20ESAIn%20oc23%202017.pdf>

¹⁵⁶⁶ Patricia FEENEY *Scientific Electronic Library Online* http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/es_09.pdf Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁶⁷ Rights and Accountability in Development www.raid-uk.org

¹⁵⁶⁸ De acuerdo a las **Normas ISO 26000**, “la RSE es la responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que: i) tome en consideración los intereses de sus partes interesadas; ii) cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento; y iii) esté integrada en toda la organización y se lleve a la práctica en sus relaciones.” Por su parte, la Comisión de Comunidades Europeas, en el **Libro Verde** establece que “la RSE es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.”; en consecuencia “la RSE no se debe considerar sustitutiva de la reglamentación o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permite tampoco soslayar la elaboración de nuevas normas apropiadas. En los países que carecen de tales reglamentaciones -o agrego no son de cumplimiento efectivo-, los esfuerzos se deberían centrar en la instauración del marco legislativo o reglamentario adecuado a fin de definir un entorno uniforme a partir del cual desarrollar prácticas socialmente responsables”, Punto 22. Mientras que la **OIT** la define como “la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones

lo cual todas tienen relación con el desarrollo sostenible, la integración de las operaciones de la empresa con aspectos éticos, sociales y medioambientales, más allá de sus obligaciones legales (es decir tener estándares superiores a las normas), siempre en pro de la comunidad en la que opera. En este sentido, conceptualizamos a la *responsabilidad social ambiental*, como la respuesta de una organización por el impacto ambiental que generan total o parcialmente sus decisiones y actividades, basada en los principios de 1) responsabilidad ambiental, es decir el reconocimiento de los límites ecológicos de la organización, que es responsable de su propio desempeño y del desempeño de otras organizaciones e individuos dentro de su esfera de influencia, 2) el enfoque precautorio¹⁵⁶⁹ que ya conocemos, al que se suma el considerar la rentabilidad de la medida, considerando los costos, beneficios y riesgos a largo plazo, 3) gestión de riesgos¹⁵⁷⁰, desarrollando e implementando actividades de toma de conciencia y procedimientos de respuesta ante emergencias para reducir y mitigar los impactos y para proporcionar información acerca de los mismos a la comunidad y finalmente 4) la afirmación del principio “*quien contamina paga*”, directamente relacionada a internalizar el coste de contaminar y cuantificar los beneficios económicos y ambientales de preferir la prevención a la mitigación de sus impactos¹⁵⁷¹.

II. ESTADO DE SITUACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL.

“Ha aumentado significativamente la expectativa de que los bienes y servicios deban producirse y suministrarse de manera responsable, de conformidad con las normas internacionales que garantizan el respeto de los derechos humanos, el trabajo decente y la protección del medio ambiente. Al mismo tiempo, durante las últimas décadas se ha observado la convergencia de estándares internacionales sobre conducta empresarial responsable (CER), incluida la responsabilidad empresarial de respetar los derechos

que tienen en sus actividades sobre la sociedad y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que solo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se consideran rebasan el mero cumplimiento de la ley” ILO Helpdesk Factsheet No.1, Programa de Empresas multinacionales, Oficina Internacional del Trabajo, 2010, http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/--multi/documents/publication/wcms_142694.pdf

¹⁵⁶⁹ “(...) es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación: a) cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medio ambiente; b) cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y preservación del medio ambiente. En el primer caso, se impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar provisiones capaces de neutralizar el peligro; en el segundo caso se requiere la adopción de medidas que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos perjudiciales antes autorizar la actividad”. Profesora Zlata DRNAS DE CLÉMENT “ASPECTOS CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) www.acader.unc.edu.ar

¹⁵⁷⁰ La gestión de los riesgos busca entonces evitar, disminuir o transferir los efectos adversos de las amenazas mediante diversas actividades y medidas de prevención, mitigación y preparación. UNISDR. “Terminología sobre reducción de riesgos de desastres”, Estrategia internacional para la reducción de riesgos de desastres - Naciones Unidas, 2009, pp. 18/19.

¹⁵⁷¹ Programa Focalizado: Iniciación a la Responsabilidad Social para el Sector Público. ICDA – Instituto de Ciencias de la Administración. Universidad Católica de Córdoba. Año 2013.

humanos. *Los gobiernos, las empresas y la sociedad civil en los países de América Latina y el Caribe (ALC) también están evidenciando un mayor interés en promover una conducta empresarial responsable*". CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RBC_LAC_Fact-Sheet-SP.pdf

¿Cuáles son los pilares básicos de la RSE a nivel internacional y su abordaje de la materia ambiental?

Podemos mencionar a las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales elaboradas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁵⁷², la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social¹⁵⁷³, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en el marco de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵⁷⁴, las Normas de Derechos Humanos para las empresas¹⁵⁷⁵ y el Pacto Global (Global Compact)¹⁵⁷⁶. A estos tres pilares, sumamos la ISO 26.000 (Organización Internacional para la Estandarización – Guía Sobre Responsabilidad Social)¹⁵⁷⁷ y el movimiento Sistema B¹⁵⁷⁸, como

¹⁵⁷² Figuran en el escenario internacional desde 1976, y fueron revisadas por última vez en el año 2011. www.oecd.org <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁷³ Adoptada en Ginebra noviembre de 1977 y enmendada en noviembre de 2000, marzo de 2006 y marzo de 2017. www.ilo.org https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm Fecha de acceso 20/10/2019.

¹⁵⁷⁴ www.ohchr.org <https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx> El trabajo de la Oficina del Alto comisionado se ve complementada por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas y el Foro sobre empresas y derechos humanos. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx> Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁷⁵ PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" Nueva York y Ginebra, 2011. www.ohchr.org https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁷⁶ EL PACTO MUNDIAL DE NACIONES UNIDAS LANZADO EN EL AÑO 2000 ES UNA LLAMADA A LAS EMPRESAS A ALINEAR SUS ESTRATEGIAS Y OPERACIONES CON DIEZ PRINCIPIOS UNIVERSALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, NORMAS LABORALES, MEDIO AMBIENTE, Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, Y A TOMAR MEDIDAS QUE PROMUEVAN LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS). Es la mayor iniciativa internacional sobre sostenibilidad en la que participan empresas y de responsabilidad social corporativa en el mundo. www.pactomundial.org https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2018/02/Flyer-New-Strategy-GC-2018_20180126.pdf Fecha de acceso 10/10/2019.

¹⁵⁷⁷ Esta Norma Internacional proporciona orientación sobre los principios que subyacen en la responsabilidad social y el involucramiento con las partes interesadas, las materias fundamentales y sobre las maneras de integrar un comportamiento socialmente responsable en la organización. Hace énfasis en la importancia de los resultados y mejoras en el desempeño de la responsabilidad social. Pretende ser de utilidad para todo tipo de organizaciones del sector privado, público y sin fines de lucro, con independencia de que sean grandes o pequeñas y estén operando en países desarrollados o en países en desarrollo. www.iso.org <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es> Fecha de acceso 02/10/2019.

ejemplos de regulación administrativa globalizada¹⁵⁷⁹ dentro del espacio administrativo global¹⁵⁸⁰.

¿Cómo abordan la temática medio ambiental los tres pilares referidos?

Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, atento la fecha de su última actualización (año 2011), tratan de manera diferenciada a los derechos humanos (punto IV) y al medio ambiente (punto VII). Hacen incapié en que una “buena gestión del medio ambiente constituye un aspecto esencial del desarrollo sostenible y se considera, cada vez más, una responsabilidad y una oportunidad para las empresas”, instando la adopción de “sistemas internos de gestión medioambiental”¹⁵⁸¹ para controlar el impacto medioambiental de la empresa e integrar las consideraciones ambientales en sus operaciones comerciales.

Referencian los conceptos de información ambiental, prevención del daño, la aplicación del principio precautorio a nivel empresa, gestión del riesgo, adopción de nuevas tecnologías con impacto en las cadenas de suministro, educación ambiental de sus empleados y clientes, promoviendo incluso el “desarrollo de una política pública útil y eficiente desde el punto de vista medioambiental y económica a través, por ejemplo, de acuerdos de colaboración o de iniciativas que aumenten la sensibilización medioambiental y la protección del medio ambiente” (Punto 8 VI p48).

Por su parte, el instrumento de OIT, enmendada en el 2017, referencia una única vez el término “medio ambiente” en su Anexo I al remitir a

¹⁵⁷⁸ Con el fin de crear una nueva economía donde el éxito se mida por el bienestar de los individuos, de las sociedades y de la naturaleza, Sistema B es una Organización sin fines de lucro que tiene como misión construir ecosistemas favorables para un mercado que resuelva problemas sociales y ambientales, fortaleciendo las Empresas B. [sistemab.org https://sistemab.org/espanol/el-movimiento-global/](https://sistemab.org/espanol/el-movimiento-global/) Fecha de acceso 26/10/2019.

¹⁵⁷⁹ En este caso, “la Administración de instituciones privadas que desempeñan funciones de regulación”, ha adoptado a nivel mundial más de 13.000 estándares, que armonizan reglas para la fabricación tanto de productos como de servicios, de comercio y comunicación entre todas las ramas industriales. En una menor escala, algunas ONG establecen estándares y mecanismos de certificación sobre productos que se destinan al comercio internacional, como, por ejemplo, sobre el comercio equitativo del café o la tala sostenible de madera para la construcción. Sus actos no son muy distintos en su naturaleza a muchas normas públicas intergubernamentales de carácter no vinculante, y no sin frecuencia puede llegar a ser aún más efectivas. El supuesto de ISO constituye un buen ejemplo: sus decisiones no sólo generan el mayor impacto económico, sino que se utilizan asimismo como guía o directriz para las decisiones de carácter regulatorio que han de adoptar las autoridades creadas a través de los tratados, como sucede en el caso de la OMC. v. SCIACCA, Fabiana Josefa. “HACIA LA NECESIDAD DE COORDINAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOCAL. EL ROL DE LA JUSTICIA: PROSPECCIONES” (NOTAS DE LA AUTORA). Escrito que tiene por base al proyecto de investigación elaborado por Benedict Kingsbury y Richard B. Stewart “HACIA EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: FUNDAMENTOS, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN, GLOBAL LAW PRESS EDITORIAL DERECHO GLOBAL, 2015, ESPAÑA”.

¹⁵⁸⁰ Compuesto de múltiples estratos y caras, poblado de muy heterogéneas clases de instituciones administrativas de carácter regulatorio y de entidades destinatarias de esa regulación, entre las que se encuentran no sólo Estados, sino también los individuos, las empresas o las ONG.

¹⁵⁸¹ V. punto 63, p48 “En el contexto de las Directrices, la expresión “sistema de gestión medioambiental adaptado” debe interpretarse en su sentido más amplio; es decir, debería comprender las actividades de la empresa dirigidas a controlar el impacto directo e indirecto, a largo plazo, sobre el medio ambiente, la contaminación y la gestión de los recursos”.

recomendaciones sobre condiciones laborales y la contaminación del aire, ruido y vibraciones.

Finalmente, en relación a los Principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, no se menciona el término medio ambiente en su texto, sin perjuicio de lo cual, entendemos deben ser leídos con las pautas brindadas por la CIDH en su Opinión Consultiva 23/2017. El punto II consagra la “responsabilidad” de las empresas en respetar los derechos humanos, es decir, “abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas” (Punto II. A. 11.), ya sea evitándolas o previniendo/mitigando los eventuales impactos (Punto II. A. 13.), a través de “compromisos políticos”¹⁵⁸² y la “debida diligencia”¹⁵⁸³ en materia de derechos humanos, reparando las consecuencias negativas generadas (Punto II. B. 22), entre otras cuestiones.

El Pacto Mundial, por su parte, propone tres principios específicos en materia de medio ambiente, entendiendo que las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente, fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental y favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente (puntos 7, 8 y 9). Al construirse como una plataforma de alcance mundial y con conexión a múltiples actores, ayuda a las empresas a crear su agenda de sostenibilidad, a los fines de concretar los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁵⁸⁴ y el Acuerdo de París.

Lo que evidencian las iniciativas mencionadas, es el fracaso en lograr los consensos necesarios para elaborar estándares internacionales compartidos que responsabilicen a las empresas por su participación en violaciones de derechos humanos, entre ellas las que afectan el medio ambiente, desde un enfoque estadocéntrico¹⁵⁸⁵. Ninguno de los instrumentos incorpora mecanismos de exigibilidad.

¹⁵⁸² Punto II. B. 16. “(...) declaración política que: a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas; e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa”.

¹⁵⁸³ Punto II. B. 17. “Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”.

¹⁵⁸⁴ Plasmados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. www.onu.org.ar/https://www.onu.org.ar/agenda-post-2015/. Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁸⁵ “Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales”. Punto 1 del Prefacio. Para los Principios rectores sobre las Empresas y los derechos humanos, son los Estados los que tienen el deber de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control (entre otras) exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos y promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales, entre otros. Punto I “El deber del Estado de Proteger los derechos humanos”.

Este contexto de retrocesos, iniciado con el fallido Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para Empresas Transnacionales¹⁵⁸⁶ sumado a la presión social de encontrar nuevas formas de abordar la problemática, han impulsado la actuación conjunta de los tres organismos que fundamentan los pilares básicos de la RSE a nivel internacional, OCDE, OIT y Naciones Unidas. En efecto el proyecto "*Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe*"¹⁵⁸⁷, con un periodo de vigencia enero 2019 - 31 de diciembre 2022, propicia un diálogo entre los gobiernos, las empresas, la sociedad civil, los grupos afectados, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones internacionales sobre las tendencias, los desafíos y las buenas prácticas en la prevención y el tratamiento de los impactos sobre los derechos humanos (trabajo decente y medio ambiente, entre otros) relacionados con las empresas. Es decir, innova con una propuesta de abordaje colaborativa, que incluye a los distintos actores y se centra en la "prevención" de los impactos negativos, partiendo de entender conceptualmente al medio ambiente como un derecho humano en sí mismo.

III. EL FUTURO DE LA RSE Y EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO.

"(...) los miles de personas nos reconocemos como parte de un movimiento donde el encuentro surge cuando nos damos cuenta que compartimos la misma búsqueda: una nueva "genética" económica que permita que los valores y la ética inspiren soluciones colectivas sin olvidar necesidades particulares."
<https://sistemab.org/quienes-somos-4/>

¹⁵⁸⁶ Naciones Unidas 1983, proyecto propiciado por la Comisión de Empresas Transnacionales creada en el año 1973. Si bien nunca se pretendió que el Código de Conducta de Naciones Unidas fuera per se un instrumento de derechos humanos, sí hacía referencia expresa en su párrafo 13 a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: "Las empresas transnacionales deben/deberían respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que operan. en sus relaciones sociales e industriales, las empresas transnacionales no deben/no deberían discriminar sobre la base de la raza, color, sexo, religión, idioma, origen social, nacional o étnico u opinión política o de otra naturaleza. Las empresas transnacionales deben/deberían actuar conforme a las políticas de los gobiernos diseñadas para extender la igualdad de oportunidades y de trato". "Sin embargo, el proceso de elaboración de este Código de Conducta de Naciones Unidas enfrentó una dura resistencia de parte de gobiernos poderosos del norte, donde muchas ETNs tenían sus sedes. A pesar del apoyo de muchos gobiernos en el sur global, el Proyecto de Código de Conducta de la ONU fue primero marginado y posteriormente abandonado" una de las razones por las cuales el Código de Conducta para etns fue rechazado por los gobiernos del norte, fue que países en desarrollo que recientemente se habían independizado lo concibieron como parte de un 'nuevo orden económico internacional'. Patricia FEENEY *Scientific Electronic Library Online* http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/es_09.pdf_pp178_y_192. Fecha de acceso 02/10/2019.

¹⁵⁸⁷ El proyecto financiado por la Unión Europea, tiene como objetivo promover prácticas de conducta empresarial responsable de acuerdo con las normas internacionales. www.ohchr.org https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RBC_LAC_Fact-Sheet-SP.pdf Fecha de acceso 05/10/2019.

Los instrumentos referidos que regulan la RSE a nivel internacional, son anteriores a la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es necesario entonces referir a la 4ta. Consulta regional sobre Empresas y Derechos Humanos para América Latina y el Caribe¹⁵⁸⁸, realizada en Chile en la sede de la CEPAL¹⁵⁸⁹, en el mes de septiembre pasado, como el más novedoso encuentro entre lo público y lo privado sobre el tema, en el marco del referido proyecto de organización tripartita.

¿Cuáles fueron los temas que se debatieron relacionados específicamente a la materia ambiental como derecho humano? El papel de la empresas en el abordaje del cambio climático, la normativa sobre transparencia y debida diligencia en la cadena de suministro, las perspectivas de las comunidades indígenas, la contratación pública, la integración de los derechos del niño, las empresas estatales, las energías renovables (especialmente el caso del litio y los derechos de los pueblos indígenas), la minería social y ambientalmente responsable (la incorporación del enfoque de derechos humanos en la evaluación ambiental de los proyectos) y la perspectiva de género.

Especial relevancia adquirió la reactivación del proceso de elaboración de un “Tratado jurídicamente vinculante sobre Empresas y Derechos humanos” y lo referido a la facilitación del acceso a la justicia y la reparación, y la elaboración de un “Informe sobre Estándares Interamericanos sobre Empresas y Derechos Humanos”.

A este contexto internacional de iniciativas coordinadas bajo la órbita de Naciones Unidas, podemos sumar las mencionadas propuestas en el marco del espacio administrativo global, la ISO 26.000 y el movimiento Sistema B, como iniciativas que buscan constituirse como guías voluntarias de trabajo y estándares a alcanzar en materia de RSE, con la posibilidad de obtener las certificaciones pertinentes.

En particular la propuesta de Sistema B¹⁵⁹⁰, se pregunta “¿Qué sentido tiene una economía que crece financieramente y que por su misma naturaleza genera inequidad creciente, acaba el agua y otros recursos de la Tierra, profundiza el individualismo y la exclusión de miles de personas?” ; propicia entonces la creación de una “economía que pueda crear valor integral para el Mundo y la Tierra, promoviendo formas de organización económica que puedan ser medidas desde el bienestar de las personas, las sociedades y la Tierra, de forma simultánea y con consideraciones de corto y largo plazo”.

¿Qué tiene de novedosa esta propuesta? El uso de la internet y las redes sociales, la invitación constante a participar, el marketing y el direccionamiento a una franja etaria comprometida en “cambiar el mundo” y la búsqueda constante del reconocimiento social y la creación de valor público.

¹⁵⁸⁸ <https://4consultaregionalempresasyddhh.sched.com/> Fecha de acceso 23/10/2019.

¹⁵⁸⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe <https://www.cepal.org/es>

¹⁵⁹⁰ Organización sin fines de lucro que nace en Estados Unidos y Canadá en el año 2006 con el objetivo de re-definir el sentido del éxito en la empresa: Solucionar problemas sociales y ambientales a partir de los productos y servicios que se comercializan. Las empresas se certifican como BCorp y cambian sus estatutos. sistemab.org <https://sistemab.org/movimiento-global/> Fecha de acceso 26/10/2019.

IV. PALABRAS FINALES

¿Cómo se atreven a seguir mirando hacia otro lado y venir aquí diciendo que están haciendo lo suficiente, cuando la política y las soluciones necesarias aún no están a la vista?. Nos están fallando. Pero los jóvenes están empezando a entender su traición. Los ojos de todas las generaciones futuras están sobre ustedes. Y si eligen fallarnos, nunca los perdonaremos." Discurso de Greta Thunberg en la cumbre de Acción del clima en las Naciones Unidas, Nueva York, del pasado 23 de septiembre.

"Todas las personas y organizaciones económico empresariales tenemos el deber y la obligación de conservar y exigir el cuidado del medio ambiente y la protección de la biodiversidad para el disfrute de las generaciones presentes y futuras, haciendo un uso racional y eficiente de las energías y recursos naturales y garantizando el desarrollo sostenible". Artículo 17 del Proyecto de Declaración Universal de Deberes y Obligaciones del Hombre.

<http://cartadedeberesyobligaciones.humanidades.unam.mx/carta-universal.pdf>

Entiendo que el ámbito de Naciones Unidas, es el mejor contexto en el cual se pueden buscar alcanzar los consensos necesarios en relación a estándares internacionales exigibles sobre empresas y derechos humanos. Permitir la participación de la totalidad de los agentes abarcados por esta temática, evitando focalizarnos únicamente en los Estados, refuerza el reclamo social de mayor responsabilidad de los actores económicos por las consecuencias dañosas de su actividad.

El Pacto Global, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible e iniciativas como la "Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe" con vigencia hasta el año 2022, proponen metas a futuro que preparan a los Estados y empresas para asumir responsabilidad compartidas y acordar mecanismos de exigibilidad.

Para concluir, cabría preguntarnos *"¿A qué estamos obligados para con nosotros mismos y con quienes nos sobrevendrán, los sujetos y organizaciones de nuestro tiempo? ¿Qué deben hacer además de afirmar sus innegables derechos, los grupos económico empresariales, las asociaciones civiles, las comunidades religiosas, los medios de comunicación, los partidos políticos o los individuos concretos que habitan la tierra? Más allá de desesperanzas y posibilidades particulares de realización, ¿a qué debiéramos estar obligados cada uno de nosotros, en función de nuestras circunstancias, capacidades y posibilidades, para con nosotros mismos, con los demás, con nuestra comunidad, con nuestro sistema de gobierno o con el espacio que habitamos?"*¹⁵⁹¹

¹⁵⁹¹ <http://cartadedeberesyobligaciones.humanidades.unam.mx/introduccion.html>

PONENCIAS
INSTITUTO DEL FEDERALISMO

LIMITACIONES CUALITATIVAS AL FINANCIAMIENTO DE CAMPAÑAS ELECTORALES POR EMPRESAS PRIVADAS: LA CUESTIÓN EN EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO

**Paulina R. Chiacchiera Castro
Maximiliano R. Calderón**

Sumario

I. Introducción.

II. Las limitaciones cualitativas a las contribuciones de empresas privadas.

III. La regulación de las limitaciones cualitativas en la Nación y en algunas provincias argentinas.

IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Argentina ha elevado a rango constitucional la obligación de los partidos políticos de "*dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio*" y el deber estatal de contribuir "*al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes*" (art. 38).

A nivel nacional, la Ley 26.215¹⁵⁹² de Financiamiento de los Partidos Políticos establece un sistema de financiamiento de tipo mixto y completo, regula el reparto de los fondos públicos, introduce una serie de limitaciones y restricciones en cuanto a las contribuciones de origen privado de los partidos políticos, contiene una serie de mecanismos de control y disposiciones aplicables a las campañas electorales, entre otras cuestiones.

Esta normativa fue recientemente modificada por la Ley 27.504¹⁵⁹³, que tuvo su origen en un proyecto presentado por los senadores Pichetto, Urtubey, Mera, Catalan y Caserio en octubre de 2018 y que se centra fundamentalmente en tres cuestiones: la habilitación de contribuciones para campañas electorales por parte de empresas privadas, la prohibición de aportes en efectivo (en virtud de

¹⁵⁹² B.O. 17/01/2007.

¹⁵⁹³ B.O. 31/05/2019.

la imposibilidad de trazar el origen de esos fondos) y la publicación de toda información antes del acto electoral¹⁵⁹⁴.

Una de las nuevas reglas de juego introducidas, la habilitación de aportes con destino a campañas electorales por parte de personas jurídicas, supuso levantar la prohibición que existía al respecto a nivel nacional desde el año 2009 (art. 44 bis, Ley 26.215 texto según Ley 26.571¹⁵⁹⁵) y cerrar el período de diez años en el que estas contribuciones solo estuvieron permitidas para el financiamiento del resto de las actividades partidarias (diferentes de las campañas).

Con esta autorización se buscó fortalecer los aportes privados para aligerar las cargas sobre los contribuyentes (por aportes públicos) en épocas de crisis¹⁵⁹⁶, a la vez que evitar las donaciones ocultas de parte de sujetos alcanzados por una prohibición.

La posibilidad de que las empresas privadas contribuyan al financiamiento de las campañas electorales es una cuestión controvertida en el mundo -alrededor de 1 cada 5 países prohíbe donaciones de este tipo de empresas¹⁵⁹⁷- y no ha sido unánimemente receptada en las distintas jurisdicciones de nuestro país¹⁵⁹⁸. Mientras que a nivel nacional actualmente es receptada, al igual que en algunas provincias argentinas¹⁵⁹⁹, en otras jurisdicciones se encuentra prohibida¹⁶⁰⁰. Por otro lado, aún en aquellas jurisdicciones que la admiten, se presentan diferencias en cuanto a su regulación (limitaciones cuantitativas y cualitativas, controles, incentivos, incompatibilidades, sanciones por incumplimiento, etc.), por lo que no se observa en nuestro país uniformidad legislativa en la materia. En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de las limitaciones cualitativas (no cuantitativas) de acuerdo a las cuales las empresas privadas (no pertenecientes al sector público) no pueden aportar fondos para campañas electorales (más allá de que puedan o no hacerlo para el funcionamiento ordinario de los partidos políticos).

Asimismo, acotaremos nuestra mirada a la legislación nacional y a la de algunas provincias que cuentan con normativa específica sobre financiamiento de

¹⁵⁹⁴ Cfr. Exposición de Motivos del Expte. 3698-S-2018 (Disponible en: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3698.18/S/PL>). El proyecto original proponía también la habilitación de aportes por parte de los sindicatos, lo cual no fue finalmente aprobado.

¹⁵⁹⁵ B.O. 14/12/2009.

¹⁵⁹⁶ Cfr. Exposición de Motivos Expte. 3698-S-2018.

¹⁵⁹⁷ Cfr. OHMAN, Magnus, "Cómo acertar con el sistema de financiamiento político", en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, Estocolmo, Suecia, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 2015, p. 22. Disponible en: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/el-financiamiento-de-los-partidos-politicos-y-las-campanas-electorales.pdf>. Las direcciones de internet mencionadas en el trabajo se encuentran operativas en la fecha de su cierre (agosto 2019).

¹⁵⁹⁸ En nuestro Estado federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la potestad de regular la materia en sus respectivas jurisdicciones.

¹⁵⁹⁹ Por ejemplo, las provincias de Córdoba y Mendoza lo admiten como se analizará en el trabajo.

¹⁶⁰⁰ Tal es el caso de la CABA (art. 16, Ley A Nro. 268).

campañas electorales (Córdoba, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Santa Fe y Santiago del Estero)¹⁶⁰¹.

II. Las limitaciones cualitativas a las contribuciones de empresas privadas

1) *Limitaciones cualitativas y cuantitativas*

Mientras que a través de las *limitaciones cuantitativas* a las contribuciones a campañas electorales se busca poner un tope al monto de las aportes con el fin de limitar la influencia que cualquier donante pueda ejercer en un partido político y en el proceso político en su conjunto¹⁶⁰², con las *limitaciones cualitativas*, que se traducen en prohibiciones para los partidos políticos de aceptar aportes de determinados sujetos, se busca eliminar aquellas contribuciones que puedan dañar el sistema democrático¹⁶⁰³.

De este modo, unas y otras se distinguen por el fin perseguido y por el medio empleado, siendo más riguroso el método cualitativo, que implica la exclusión absoluta de aportes por parte del sujeto encuadrado como aportante o donante “indeseado”.

2) *El problema de las limitaciones cualitativas*

Se ha advertido que uno de los problemas que genera este segundo tipo de limitaciones, al designar a organizaciones o individuos como “donantes indeseados”, es que pueden empujar simplemente estas relaciones más hacia la sombra¹⁶⁰⁴. Igualmente, es factible en estos casos que se recurra al empleo de medios indirectos para la realización de aportes (donaciones a favor de fundaciones o asociaciones vinculadas a los partidos políticos, otorgamiento de créditos o préstamos ulteriormente renegociados o condonados, aportes indirectos, contrataciones particulares a candidatos o asesores, etc.)¹⁶⁰⁵, pasibles de calificarse como supuestos fraude a la ley (art. 10, Cód. Civ. y Com.).

Este efecto, de verificarse, resultaría contraproducente, pues en lugar de incrementar el control de aportes al financiamiento de las campañas terminaría

¹⁶⁰¹ La mayoría de las provincias argentinas no tienen una regulación específica sobre el punto, más allá de que pueda inferirse la regla de derecho aplicable (permisión o prohibición) en función de normas más generales.

¹⁶⁰² Cfr. OHMAN, Magnus, “Cómo acertar con el sistema de financiamiento político”, en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 22.

¹⁶⁰³ Cfr. OHMAN, Magnus, “Cómo acertar con el sistema de financiamiento político”, en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 21.

¹⁶⁰⁴ Cfr. LONDOÑO, Juan Fernando y ZOVATTO, Daniel, “América Latina”, en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 148.

¹⁶⁰⁵ Cfr., IGLESIAS BÁREZ, Mercedes, “La reforma de la financiación de partidos políticos en España: modelo y antimodelo”, en: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva, *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 94 y ss.

por aumentar un estado de opacidad, desplazando el fenómeno fuera de los márgenes de la legalidad y los controles.

Por ello, entendemos que estas limitaciones cualitativas sólo deberían emplearse en supuestos en que: (i) pueda lograrse el efecto perseguido mediante la introducción de la regla restrictiva; (ii) los beneficios al sistema generados por la regla restrictiva sean superiores a sus perjuicios; (iii) no exista otro medio más eficiente de lograr un resultado similar y (iv) no se diluyan o eviten los peligros que genera la habilitación por el solo hecho de su conocimiento y control.

Por lo demás, el sistema debería construirse de manera pragmática, considerando como dato relevante las concretas posibilidades de ejecución. La calidad democrática precisa reglas claras y efectivas antes que declamaciones o parámetros abstractos que sean difíciles de plasmar en la realidad.

III. La regulación de las limitaciones cualitativas en la Nación y en algunas provincias argentinas

1) *Exposición general*

Sobre el punto examinado se advierten diferencias en las legislaciones de los distintos niveles de gobierno argentino que admiten este tipo de aportes.

En el siguiente cuadro (Fuente: elaboración propia) hemos consignado las limitaciones cualitativas receptadas en la normativa nacional y de las provincias de Córdoba, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Santa Fe y Santiago del Estero, jurisdicciones que tienen regulación específica en materia de financiamiento de campañas electorales y que admiten los aportes y contribuciones de empresas privadas.

LIMITACIONES	NACION	PROVINCIA DE	PROVINCIA DE	PROVINCIA DE	PROVINCIA DE RIO	PROVINCIA DE	PROVINCIA DE SANTIAGO DEL
CUANTITATIVAS (PROHIBICIONES)	(arts. 15 y 44, Ley 26215)	CORDOBA (art. 200, Ley 9571)	MENDOZA (art. 6, Ley 7005)	NEUQUEN (art. 149, Ley 3053)	NEGRO (art. 101 Ley O 2431)	SANTA FE (art. 35, Ley 6808)	ESTERO (arts. 10 Y 11, Ley 6680)
POR EL ORIGEN DE LA EMPRESA	- Contribuciones de personas jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país	- Contribuciones de personas jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país	- Contribuciones de personas jurídicas extranjeras que no tengan residencia en el país	- Contribuciones de empresas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país	- Contribuciones de empresas extranjeras	- Contribuciones de empresas extranjeras	- Contribuciones de empresas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país
POR LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA	- Contribuciones de personas jurídicas que exploten juegos de azar - Contribuciones o Donaciones de permisionarios, empresas concesionarias o contratistas de servicios u obras públicas o proveedores de la Nación, las provincias, los	- Contribuciones de personas jurídicas que exploten juegos de azar - Contribuciones de empresas concesionarias de servicios u obras públicas, nacionales,		- Contribuciones de personas jurídicas que exploten juegos de azar - Contribuciones o donaciones de personas jurídicas concesionarias de servicios o concesionarias de obras públicas de la	- Contribuciones de empresas que exploten juegos de azar - Contribuciones de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación,	- Contribuciones de empresas que exploten juegos de azar - Contribuciones o donaciones de empresas concesionarias de servicios u obras públicas	- Contribuciones de personas jurídicas que exploten juegos de azar - Contribuciones o donaciones de personas jurídicas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, de las provincias o de los municipios

	municipios o la Ciudad de Buenos Aires	provinciales o municipales		Nación, de la provincias o municipios	provincias o municipalidades		
POR LA POSIBILIDAD DEL CONOCIMIENTO DE LA EMPRESA APORTANTE	- Contribuciones anónimas - Contribuciones con cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante	- Contribuciones anónimas - Contribuciones con cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante	- Contribuciones anónimas	- Contribuciones o donaciones anónimas - Contribuciones con cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante	- Contribuciones o donaciones anónimas - Contribuciones con cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante	- Contribuciones anónimas, salvo colectas populares	- Contribuciones o donaciones anónimas - Contribuciones con cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante
POR SU SITUACION IMPOSITIVA	- Contribuciones o donaciones de personas humanas o jurídicas que se encuentren imputadas en un proceso penal en trámite por cualquiera de las conductas previstas en la ley penal tributaria vigente						

2) *Relación con los aportes para el funcionamiento ordinarios de partidos*

Las limitaciones cualitativas para las contribuciones con destino a las campañas electorales no son en todas las jurisdicciones analizadas las mismas que aquellas establecidas para el financiamiento del resto de las actividades de los partidos políticos.

Mientras que a nivel nacional (arts. 15 y 44, Ley 26.215), en la provincia de Córdoba (arts. 200, Ley 9571 y art. 66, Ley 9572), en la provincia de Río Negro (art. 101, Ley O 2431) y en la provincia Santa Fe (art. 35, Ley 6808¹⁶⁰⁶) estas prohibiciones coinciden, en las provincias de Mendoza (arts. 5 y 6, Ley 7005 y art. 47, Ley 4746), Neuquén (art. 149, Ley 3053 y art. 60, Ley 716) y Santiago del Estero (arts. 10 y 11, Ley 6680 y art. 38, Ley 5562) son diferentes.

Este segundo modelo, denominado fragmentado o discontinuo¹⁶⁰⁷, genera dificultades de control y propicia la elusión de las reglas más restrictivas.

Lo usual en el derecho comparado es que las normas relativas a la financiación electoral sean más restrictivas que las atinentes a la financiación ordinaria de los partidos.

¹⁶⁰⁶ En la provincia de Santa Fe, la Ley 12.080 en materia de financiamiento de campañas electorales nada dice sobre las prohibiciones de aportes privados, por lo que entendemos que debe aplicarse lo dispuesto en la materia por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos santafecina (art. 35, Ley 6808). Del mismo modo, dado que la Ley O 2431 de la provincia de Río Negro solo contempla limitaciones cuantitativas al financiamiento de campañas electorales, resultarían aplicables las prohibiciones de aportes contempladas en el artículo 101 para toda actividad partidaria, incluso la electoral.

¹⁶⁰⁷ Cfr. IGLESIAS BÁREZ, Mercedes, "La reforma de la financiación...", cit., p. 89 y ss.

Llamativamente, las normas de algunos distritos nacionales parecen arrojar una solución diferente, al no prohibir ciertos aportes a los fines electorales pese a su restricción cuando se refiere al funcionamiento general de los partidos. Así, por ejemplo, en la provincia de Mendoza la Ley 7005 de Regulación y Financiamiento de Campañas electorales no contempla la prohibición de contribuciones o donaciones de empresas que explotan juegos de azar como lo hace la Ley Orgánica de los Partidos Políticos 4746 (art. 47 inc. b).

Más allá de las vías reglamentarias y las posibilidades hermenéuticas¹⁶⁰⁸, estas disparidades en la regulación y la falta de una regla legal clara que permita articular las normas en juego entrañan, en sí mismas, una inconsistencia del sistema que conspira contra sus objetivos, al propiciar vías elusivas de las reglas imperativas, restándoles eficacia. Sea cual fuere la decisión, se impone la adopción de una técnica legislativa ajustada, que evite estos intersticios y zonas de penumbra.

3) *Criterios de limitación*

En cuanto al fundamento de las limitaciones cualitativas establecidas a las contribuciones de empresas privadas que se aplican en las legislaciones analizadas, éstas fueron impuestas:

(a) *Por el origen de la empresa:* En todas las legislaciones analizadas se prohíben las contribuciones de empresas extranjeras de manera absoluta (Río Negro y Santa Fe) o relativa -cuando se admiten si tienen domicilio o residencia en el país (Nación, Córdoba, Mendoza, Neuquén, Santiago del Estero)-¹⁶⁰⁹. Esta prohibición, que es adoptada en la mayoría de los Estados del mundo, busca evitar injerencias externas en una cuestión tan sensible y directamente relacionada con el funcionamiento del sistema democrático de un país, como es la relativa al financiamiento de las campañas electorales.

El primer sistema es, en cierto modo, más eficiente, pues opera objetivamente y no requiere comprobaciones particulares. Más allá de eso, esta restricción de aportes sin ponderar el asiento local del aportante podría llevar a un exceso de rigor reglamentario, al excluir donaciones que no evidencian el riesgo que se procura conjurar.

Sin embargo, por difundido que resulta este criterio en el plano comparado, es susceptible de tres salvedades. Por un lado, la noción de empresa privada extranjera resulta insuficiente para abarcar y encuadrar los diversos supuestos organizacionales vigentes en la actualidad, que incluyen empresas transnacionales, internacionales, sin asientos precisos o bien con casas matrices localizadas en el extranjero pero dotadas de sociedades vinculadas o controladas con asiento nacional. Por el otro, la limitación a la injerencia privada extranjera no aparece como una amenaza preponderante en el contexto

¹⁶⁰⁸ Que admiten, incluso, la posibilidad de interpretar sistemáticamente las normas implicadas, aplicando en materia electoral las restricciones genéricas previstas a los aportes a partidos políticos. En este caso, la norma específica debería integrarse y complementarse por la general, no desplazándola a raíz del principio de especialidad.

¹⁶⁰⁹ En este caso, más allá de la extranjería de base de la entidad privada, se advierte una mayor conexión local y una vocación de permanencia en el territorio nacional.

histórico actual (al menos en nuestra realidad local), como otros fenómenos que examinaremos a continuación. Finalmente, el objetivo buscado por la norma podría, tal vez, ser alcanzado por un medio menos restrictivo como sería la limitación del monto del aporte -como sucede, por ejemplo, en Nueva Zelanda¹⁶¹⁰.

(b) *Por la actividad de la empresa:* Estas prohibiciones tienen como objetivo evitar que los intereses de ciertos sectores empresariales cuya actividad se encuentra estrechamente ligada al Estado influyan en las campañas electorales o afecten la independencia de los candidatos que luego accedan a cargos electivos, tanto como gobierno o como oposición.

En tal sentido, todas las legislaciones analizadas prohíben de manera absoluta los aportes de empresas que exploten juegos de azar, que cuentan con una regulación estatal (provincial). En este caso, también se ha señalado como posible fundamento de esta limitación la de evitar que se hagan apuestas al resultado de las elecciones¹⁶¹¹.

Otra de las prohibiciones comunes es la relativa a aportes de contratistas del Estado. Entre las razones específicas de esta limitación se cuenta la necesidad de evitar conflictos de intereses y hechos de corrupción, como también la de mantener la neutralidad del Estado, impidiendo que las empresas realicen donaciones con la expectativa de que se les concedan contratos gubernamentales¹⁶¹².

A nivel internacional, la tendencia consiste en restringir aportes de empresas que actúan en un sector intensamente regulado¹⁶¹³, cuya actividad depende de autorizaciones o habilitaciones¹⁶¹⁴ o, con mayor razón, de concesiones o permisos¹⁶¹⁵. Se procura evitar, de este modo, el intercambio de donaciones por contrataciones, regulaciones, subsidios, exenciones o créditos

¹⁶¹⁰ En Nueva Zelanda las donaciones extranjeras están permitidas siempre que no excedan los mil quinientos dólares zelandeses (cfr. NASSMACHER, Karl-Heinz, "Las democracias establecidas de los países anglófonos", en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 293/294).

¹⁶¹¹ Cfr. OHMAN, Magnus, *Regulación del financiamiento político en el mundo. Una visión general a partir de la base de datos de IDEA Internacional*, Suecia, Idea Internacional, 2013, p. 15. Disponible en: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/regulaci%C3%B3n-del-financiamiento-pol%C3%ADtico-en-el-mundo.pdf>.

¹⁶¹² Cfr. OHMAN, Magnus, "Cómo acertar con el sistema de financiamiento político", en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 22 y LONDOÑO, Juan Fernando y ZOVATTO, Daniel, "América Latina", en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 148 y 149.

¹⁶¹³ Se están llevando debates en Australia y Canadá, para discutir y evaluar los riesgos que conlleva permitir el aporte de estas empresas; pensemos en farmacéuticas, mineras, bancos, etc. Cfr. TCHINTIAN, Carolina, PAGE, María y SEIRA, Iván, "La reforma del régimen de financiamiento de la política: logros y desafíos", CABA, Documento de Políticas Públicas, CIPPEC, Mayo 2019, p. 8. Disponible en: <https://www.cippec.org/publicacion/la-reforma-del-regimen-de-financiamiento-de-la-politica-logros-y-desafios/>.

¹⁶¹⁴ V. gr., desarrollistas inmobiliarios.

¹⁶¹⁵ Típicamente, contratistas de obras y concesionarios de servicios públicos.

beneficiosos para los donantes, generando una reciprocidad lesiva de la transparencia y el sistema democrático.

Advertimos aquí un punto neurálgico del sistema de controles cualitativos. Estos donantes (que bien podrían calificarse como “donantes nocivos”, por su efecto sobre la transparencia del sistema) se ubican en una zona de sospecha, al reunir condiciones objetivas que permiten inferir (según las reglas de la experiencia) la posibilidad de que sus aportes no sean verdaderas donaciones (por definición, carentes de contraprestación) sino incentivos para un intercambio de aportes por beneficios tangibles o intangibles a futuro.

Esta práctica resulta especialmente preocupante, pues conecta con el problema de la corrupción política, cuyo arraigo en nuestra realidad propicia la búsqueda de herramientas eficaces para su desarticulación en todos los terrenos.

Por ello, entendemos que esta categoría de prohibiciones debería ser objeto de un desarrollo más intenso y sofisticado, que prevenga eficazmente los aportes nocivos (por definición, transaccionales e interesados). Este criterio nos lleva, en consecuencia, a ponderar como preferibles las regulaciones más comprensivas, que abarcan una mayor cantidad de supuestos dentro de la prohibición.

Por aplicación de este criterio, consideramos conveniente: (i) la indicación más exhaustiva de posibles sujetos alcanzados por la prohibición, procurando evitar interpretaciones restrictivas (v. gr., mencionando expresamente a permisionarios, subcontratistas, etc.); (ii) la extensión de la regla restrictiva a personas físicas o jurídicas controlantes, controladas, vinculadas o estrechamente relacionadas (accionistas mayoritarios, miembros del órgano de administración) con la empresa directamente alcanzada por la prohibición¹⁶¹⁶.

(c) *Por la posibilidad de conocimiento de la empresa aportante.* Según la posibilidad de conocer la identidad del aportante, es posible distinguir: (i) *las contribuciones o donaciones anónimas* –que son aquellas en las que no es posible identificar quien las realiza–, (ii) *las contribuciones o donaciones confidenciales* –que son las que permiten la reserva del sujeto que las hace– y (iii) *las contribuciones o donaciones públicas* – que son aquellas en las que se encuentra identificado claramente y es posible para todos conocer quién fue el aportante–.

¹⁶¹⁶ Esto con la finalidad de evitar mecánicas elusivas de la prohibición consistentes en aportes de empresas relacionadas, socios o directivos que no encuadran a título personal en el tipo prohibitivo (con fondos de la empresa excluida, previamente triangulados), sorteando de este modo la finalidad de la ley. En un interesante fallo de la Cámara Nacional Electoral en el que se analizaba la posible transgresión del artículo 15 inciso b de la Ley 26.215 (que impide que los partidos políticos acepten o reciban contribuciones o donaciones de permisionarios, empresas concesionarias o contratistas de servicios u obras públicas o proveedores de la Nación, de las provincias, de los municipios o de la CABA al Fondo Partidario Permanente), tras señalar que *la prohibición contemplada abarca aportes efectuados tanto directa como indirectamente*, el Tribunal revocó la sentencia apelada y dispuso que el Juez de primera instancia debía citar a declarar a un conjunto de personas físicas aportantes por tratarse de empresarios estrechamente vinculados a empresas concesionarias de servicios o contratistas de obras públicas (CNElectoral, 23/05/2017, “Partido Justicialista s/control de informe de campaña en elecciones generales – legislativas 28/06/2009 - Expte. N° CNE4014417/2009/CA1).

En todas las normas analizadas se encuentran prohibidos los aportes anónimos. Se suele mencionar como fundamento de esta limitación cualitativa que los votantes tienen derecho a saber los intereses que representa un partido revelando los orígenes de su financiamiento y que el anonimato impide garantizar y controlar el resto de las prohibiciones, a la vez que facilita el ingreso de dinero ilícito y su blanqueo¹⁶¹⁷.

Por lo demás, la comprobación de la identidad del donante resulta imprescindible a fin de poder aplicar los restantes controles resultantes de la normativa¹⁶¹⁸ y dotar de trazabilidad a la circulación de recursos, única manera de corroborar su licitud de origen¹⁶¹⁹.

En la regulación de la provincia de Santa Fe se aceptan como excepción a esta regla las colectas populares. La excepción sólo resulta atendible en supuestos en que se autorizan los donativos en dinero efectivo, pues en cualquier supuesto de bancarización resulta factible establecer la identidad del donante, lo que imposibilita la admisión del donante anónimo.

En cuanto a las contribuciones o donaciones confidenciales, se encuentran prohibidas expresamente a nivel nacional y en las provincias de Córdoba, Neuquén y Santiago del Estero. Las provincias de Río Negro y Santa Fe, en cambio, las permiten al prever que los donantes puedan imponer el cargo de que sus nombres no se divulguen, debiendo los donatarios conservar, por tres (3) o cuatro (4) años, respectivamente, la documentación que acredite fehacientemente el origen de la donación. Idéntica regla es contenida por la ley de partidos políticos de Mendoza, aunque la ley de financiamiento de campañas prohíbe las donaciones anónimas.

(d) *Por la situación impositiva de la empresa privada.* A nivel nacional, la Ley 27.504 prohíbe las contribuciones o donaciones de personas humanas o jurídicas que se encuentren imputadas en un proceso penal en trámite por cualquiera de las conductas previstas en la ley penal tributaria vigente. El texto legal sancionado también contemplaba la prohibición de contribuciones de sujetos demandados “...de un proceso en trámite ante el Tribunal Fiscal de la Nación por reclamo de deuda impositiva”, pero esta frase fue observada por el artículo 1 del Decreto Nro. 388/2019¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁷ Cfr. OHMAN, Magnus, “Cómo acertar con el sistema de financiamiento político”, en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 22 y LONDOÑO, Juan Fernando y ZOVATTO, Daniel, “América Latina”, en: FALGUERA, Elin, JONES, Samuel, OHMAN, Magnus (Eds.), *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, ob. cit., p. 149.

¹⁶¹⁸ Si se desconoce quién es el donante, mal podría determinarse si es extranjero, si es un donante nocivo, etc.

¹⁶¹⁹ La confidencialidad facilita el ingreso a la política de dinero proveniente de actividades ilegales como el narcotráfico, la trata de personas, etc. (cfr. ZOVATTO, Daniel, “El financiamiento electoral: subvenciones y gastos”, en NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel, OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (comp.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 773.

¹⁶²⁰ Según se explica en los considerandos de dicho decreto: “...el término “sujetos demandados” no resulta técnicamente correcto, por cuanto de acuerdo con la Ley N° 11.683 de Procedimiento Tributario, el Tribunal Fiscal de la Nación –más allá de la naturaleza jurídica de sus facultades- es una instancia

Si bien esta limitación cuantitativa no es común en el derecho comparado, en países como Croacia, Kirguistán y Mongolia también se prohíbe a las empresas y particulares con deudas tributarias no resueltas que hagan contribuciones¹⁶²¹. La regla es discutible, pues establece una restricción basada en una situación judicial no definida mediante una resolución firme, desconociendo en cierto modo el estatus de inocencia que mantiene el pretense infractor durante todo el proceso hasta su conclusión (arg. art. 18, Const. Nac.).

IV. REFLEXIONES FINALES

La actividad de los partidos políticos es inimaginable sin los recursos económicos necesarios para su ejecución.

A su vez, la financiación pública (asegurada constitucionalmente a los partidos políticos por el art. 38, Const. Nac.) se revela como insuficiente para sostener el funcionamiento de los partidos en su configuración y dinámica contemporánea. Por ende, el sistema jurídico se afinca en una regla de permisión de aportes privados que debe hallarse, en resguardo de la democracia, matizada por una serie de prohibiciones, estratégicamente seleccionadas y pasibles de un control eficiente.

En conexión con ello, se impone el establecimiento de reglas de *fair play* en la dinámica de aportes que evite la distorsión de la competencia en condiciones igualitarias de los partidos políticos intervinientes y coloque a todos ellos en condiciones paritarias frente a un esquema de limitaciones necesariamente neutral.

administrativa ante la cual los contribuyentes pueden recurrir la intimación de la AGENCIA FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) al pago de sanciones o tributos, por lo que no hay "sujetos demandados" ante dicho tribunal sino que, por el contrario, ante él ejercen las personas humanas y jurídicas un derecho que se les otorga frente a los posibles incumplimientos de la administración. Que la norma en análisis se refiere, entonces, a una situación que en los hechos no existe, cual es la de sujetos demandados por reclamo de deuda impositiva ante el Tribunal Fiscal de la Nación. Que, por otra parte, la vigencia de la norma propuesta podría incidir negativamente en el eventual ejercicio de un derecho en virtud del propio acto de defensa con el que se cuenta frente a una resolución administrativa. Que asimismo, siendo optativa la vía del Tribunal Fiscal de la Nación, no resultaría razonable imponer la restricción a realizar aportes y contribuciones sobre quienes deciden recurrir las determinaciones de impuestos o reclamos por repetición de tributos o la aplicación de multas ante el Tribunal Fiscal de la Nación, y no sobre quienes frente a una misma situación optan por las otras vías recursivas que habilita la Ley N° 11.683. Que el derecho a realizar aportes a los partidos políticos encuentra en nuestro ordenamiento jurídico una reglamentación razonable cuando se imponen topes económicos en razón de la equidad en la competencia, plazos para hacerlos, instrumentos financieros para implementarlos y modos de registrarlos e informarlos, todo ello en razón de la transparencia y el derecho a la información. Pero no resulta razonable una reglamentación que lisa y llanamente prohíba los aportes a cualquier persona humana o jurídica que tome o haya tomado la decisión de impugnar una pretensión de la AFIP, menos aún si ello se limita a una determinada vía recursiva y no a otras que también otorga la normativa procesal tributaria. Que por lo expuesto resulta conveniente observar en el artículo 5° del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 27.504, que modifica el artículo 15 de la Ley N° 26.215, la última parte del inciso i), donde dice: "...o que sean sujetos demandados de un proceso en trámite ante el Tribunal Fiscal de la Nación por reclamo de deuda impositiva".

¹⁶²¹ Cfr. OHMAN, Magnus, *Regulación del financiamiento político en el mundo. Una visión general a partir de la base de datos de IDEA Internacional*, ob. cit., p. 15.

La traslación de estos propósitos al plano particular de los aportes de empresas privadas nos sugiere las siguientes reflexiones:

(i) Es conveniente optar por prohibiciones claras en cuanto a su ámbito de aplicación, construidas en base a tipologías objetivas y sin segmentar los aportes de funcionamiento ordinario y de campañas electorales.

Esto es relevante a fin de posibilitar la instrumentación de controles efectivos sobre el cumplimiento de las normas imperativas en la materia.

(ii) Las limitaciones cualitativas sólo deberían emplearse en supuestos en que pueda lograrse el efecto perseguido mediante la introducción de la regla restrictiva, los beneficios al sistema generados por la regla restrictiva sean superiores a sus perjuicios, no exista otro medio más eficiente de lograr un resultado similar y no se diluyan o eviten los peligros que genera la habilitación por el solo hecho de su conocimiento y control.

(ii) Considerando los diversos criterios que la legislación contempla para el establecimiento de limitaciones cualitativas, el que requiere un desarrollo más profundo en nuestro contexto sociológico es el relativo a las actividades de las empresas privadas.

En tal sentido, debe avanzarse en la identificación y categorización de sectores de actividad cuya participación en el mercado de aportes puede resultar nociva para el funcionamiento del sistema democrático, aun potencialmente o en apariencia.

A estos efectos, es condición necesaria y suficiente el riesgo potencial de existencia de un conflicto de intereses o intercambios de favores, apoyado en la dependencia más intensa del ramo de actividad respecto de regulaciones, habilitaciones, concesiones, permisos y otras decisiones equivalentes del Estado.

LA EMPRESA COMO ACTOR POLITICO Y ECONOMICO CONSTITUCIONAL

Ricardo Alberto Muñoz

Sumario

I.- La Empresa en la Constitución.- II. Estado y Mercado. 1. Presupuesto Institucional del Mercado: Estado Democrático y Social de Derecho. 2. La empresa como actor constitucional en el Mercado. 3. Contenidos constitucionales del mercado y consecuentemente del empresario aunque no exclusivo de éste. 4. Mercado regulado y protegido. III. La Empresa como actor político.

I. LA EMPRESA EN LA CONSTITUCION

La Constitución Nacional menciona a la “*empresa*” en dos oportunidades. En el art. 4to referido a la conformación del Tesoro Nacional, incluye a los empréstitos y operaciones de crédito para “*empresas de utilidad nacional*”, norma enlazada al art. 75.30 sobre “*establecimientos de utilidad nacional*”, lo que permite interpretarlo referido tanto a actividades o emprendimientos-art.75.18 - como a estructuras organizativas, públicas y privadas, para la consecución de los fines preambulares y los previstos en los incs.18 y 19 del art. 75.. La otra mención concreta lo da el art. 14 bis, en cuanto reconoce a los trabajadores el derecho a participar en las ganancias de las *empresas*, con control de la producción y colaboración en su gestión, que implica una organización jurídica-económica.

No obstante tales escuetas menciones, el reconocimiento constitucional a la empresa,- no obstante las dificultades para conceptualizarla - resulta de la vinculación y anudamiento de diversos derechos cuyo ejercicio confluyente brinda el marco protectorio, resultando producto de la libertad que el Estado reconoce a los habitantes en materia económica-social, por lo que en su conformación se encuentran los derechos económicos emergentes de la Constitución Nacional, que no son otros que los contenidos constitucionales del mercado y que son ejercidos por los diversos actores que en él interactúan. Como lo destaca ARAGON REYES, libertad de empresa y mercado están indisolublemente ligados, aunque no es posible confundirlos conceptualmente¹⁶²²,, no solamente porque la empresa es uno de los actores en

¹⁶²² ARAGON REYES, Manuel. “*Libertades Económicas y Estado Social*” McGraw-Hill Editorial. Marid.1995, pag. 23.

el mercado- no el único ni excluyente aunque insustituible como todos – por lo que en el próximo punto abordaremos las relaciones entre Estado y Mercado y los derechos del empresario individual o colectivo.

II. ESTADO Y MERCADO

*“La actividad económica, en particular, la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político”
(Centésimus Annus)*

Las actuaciones públicas son necesarias y a la vez fundantes de un modelo económico social, tal lo demuestra la circunstancialidad histórica, por lo que no compartimos la concepción que asigna un carácter natural al mercado en el cual las “ *manos invisibles*” conformarían un orden existente antes y fuera del ordenamiento jurídico; sino que, por el contrario, el mercado depende de decisiones políticas estatales que se exteriorizan en normas jurídicas que lo diseñan; confluencia de lo político, económico y jurídico y que asume los caracteres de politicidad, juridicidad y artificialidad¹⁶²³ sin desconocer que las relaciones de fuerza y obviamente de poder económico al influir en las decisiones tienen incidencia en tal construcción.

El Estado, en sus relaciones con el Mercado es dinámico, variable, contingente e histórico y se muestra – nos dice PREDIERI¹⁶²⁴ - *sobre el mercado* cuando regula la producción y distribución de bienes y servicios, determinando directa o indirectamente precios, reglamentando características de información para el consumo, definiendo mercados competenciales, monopólicos y oligopólicos, defensa del medio ambiente, prohibiendo el comercio de determinados bienes y servicios, en todos los casos por razones de bienestar general y cohesión social; es decir, tanto en la decisión política económica fundamental adoptada constitucionalmente, como mediante la legislación y administración. Actúa *en el mercado*, cuando coloca títulos públicos, realiza operaciones mediante Banco Central, produce y comercializa bienes y servicios en competencia con los particulares como empresario. Opera *fuera del mercado* pero con incidencia *en el mercado*, cuando sanciona el presupuesto general de gastos y recursos, el que no solamente define las políticas públicas, sino que direccionaliza las erogaciones estatales al mismo tiempo que detrae impositivamente riqueza de los particulares.

Los procesos de transformación del Estado, han evidenciado el relacionamiento entre éste y la sociedad, diferenciando en cada caso los roles y

¹⁶²³ TOBIAS, José W. “ Persona y Mercado” Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2da. Época, año LVI, N° 49. 2011.

¹⁶²⁴ PREDIERI, Alberto. “ Estado y Mercado. La ósmosis como elemento cualificador y legitimante”, en “ Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 17, enero-abril. Madrid. 1994

modelos de acumulación, y por ende las modalidades de su participación en la economía. Siguiendo a REY PEREZ decimos que “ el mercado debe estar también sometido al Derecho, debe estar sujeto a las reglas de la mayoría y al respeto a los derechos y valores morales que en el momento constitucional hemos decidido que ordenen nuestra sociedad”¹⁶²⁵ . Al Estado, le corresponde ejercer sus funciones de ordenación de la actividad económica, tendiente a la satisfacción de necesidades sociales, dirección del proceso económico general y promover la reforma de estructuras, de acuerdo a la voluntad política expresada electoralmente dentro del marco de la Constitución¹⁶²⁶

1.-Presupuesto institucional del mercado: Estado Democrático y Social de Derecho

Por las razones apuntadas, consideramos que el presupuesto institucional del mercado, lo constituye el Estado Democrático y Social de Derecho, que surge implícitamente del bloque de constitucionalidad federal integrado por la CN y los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente y, también, aquellos tratados que no obstante no haber alcanzado todavía dicha jerarquía – Protocolo de San Salvador – están por sobre las leyes sancionadas por el Congreso.

Implica ello que el pueblo es el protagonista, en ejercicio de los derechos políticos, de la adopción de la forma u opción de economía social de mercado que estime corresponder a la circunstancialidad histórica, pero dentro del marco adoptado como decisión política fundamental, por lo que amplia o reduce los márgenes de participación estatal en cada caso frente al mercado, pero, no podrá eliminar a éste ni tampoco “auto minimizarse”. En otras palabras, hay libertades o derechos que deben preservarse, pero también hay mandatos constitucionales que deben cumplirse¹⁶²⁷

No obstante, resulta válida la observación de LECHNER¹⁶²⁸ que la relación de mercado y estado no puede ser visualizada como de “ suma cero” en que el avance de uno implica retroceso del otro, sino fortalecimiento de la sociedad que afiance un mejor Estado democrático que integre a sus ciudadanos. Precisamente, FITOUSSI¹⁶²⁹ afirma que las relaciones entre mercado y democracia no son necesariamente conflictivas, sino *complementarias*, ya que,

¹⁶²⁵REY PÉREZ, José Luis (2012) “ La democracia amenazada”. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos N° 6.Universidad de Alcalá.

¹⁶²⁶de JUAN ASENJO, Oscar. “ La constitución económica española”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984

¹⁶²⁷ ARAGON REYES, “ Libertades...”op. cit, pag. 11

¹⁶²⁸ LECHNER, Norbert. “El debate sobre Estado y Mercado”. Revista Nueva Sociedad N° 121. Caracas.1992, pag.246

7.-FITOUSSI, Jean Paul “ Globalización, mercado y democracia”, en “ La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas. Contribuciones para el debate”. PNUD. Buenos Aires. 2004, pag.329.¹⁶²⁹

incrementa la legitimidad del sistema económico y una mayor adhesión a la democracia.

2.-La Empresa como actor constitucional en el mercado

Las relaciones de mercado requieren la presencia inevitable de todos los actores que en él interactúan e inciden en su dinamismo, sin que sea posible prescindir de cualquiera de ellos. En este sentido, resulta clara la observación que realizan HERNANDEZ, RODRIGUEZ y MORENO¹⁶³⁰ que tanto el Estado como los demás actores intervinientes en el Mercado realizan actividades de regulación, siendo *visibles* las estatales que se expresan a través de reglamentaciones y definiciones de políticas públicas, mientras *invisibles* las ejercidas por empresas y consumidores. Cabe anotar que, para nosotros, además del Estado y de las empresas, son actores del mercado los trabajadores, organizaciones sindicales, usuarios y consumidores.

El *habitante* es el titular de los derechos económicos, que encuentra recepción en diversas normas de la CN y en los tratados internacionales de derechos humanos. El *habitante* del art. 14, tanto nacional como extranjero atento el art. 20, y la *empresa* del art. 14 bis, son los sujetos económicos privados, individuales o colectivos, operantes en el mercado en ejercicio de sus derechos económicos y atento el principio de libertad jurídica, pero dentro del marco normativo y finalista previsto por el Estado.

Al respecto, y sin perjuicio de volver sobre la cuestión, adelantamos que el agente colectivo económico privado emergente del derecho de asociarse con fines útiles (14 CN), conforma una parcialidad que se inserta en el concepto de *empresa* (art. 14 bis) toda vez que en ésta confluyen no solamente el capital y la gestión empresarial sino también el trabajador el cual aporta su energía en la actividad laboral específica.

Sustentada en la libertad de empresa, la combinación de recursos materiales y trabajadores realizada por quien o quienes ejercen la conducción de la misma, propone la producción de bienes o servicios para ponerlos a disposición en el mercado, conformando una "unidad" productiva. Requiere un ámbito de decisión libre de interferencias para realizar tanto la combinación de factores en lo que hace a la organización interna empresarial como para determinar el "*qué, cómo, cuándo y en qué condiciones, han de realizarse las diversas operatorias necesarias para abastecer al mercado*"¹⁶³¹ No obstante ello, se trata de un derecho con limitaciones emergentes de la vigencia de los restantes derechos fundamentales y aquellas que surgen de la ley - conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio - y con los límites del art. 28 CN.

¹⁶³⁰ HERNANDEZ, Iván; RODRIGUEZ, María Cristina y MORENO, Álvaro. " Mercado vs Estado: un debate inconcluso". Economía y Desarrollo, Vol 3, N° 1, marzo,2004-www.fuac.edu.co/revista/iii/III/cincoa.pdf

¹⁶³¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio. " Libertad de empresa en la Constitución Argentina". Revista Derecho del Trabajo. 1993-B-1793.

Como señala Miguel MANZANERA¹⁶³² hay que considerar a la empresa como un “ *nosotros económico*” de capital y trabajo en la que corresponde erradicar prácticas deshumanizantes tanto hacia el exterior cuyo objetivo se limite a la maximización del beneficio sin reparar en prácticas ilegales o éticamente reprochables, como hacia su interior como lucha entre capitalistas y obreros o explotación de estos por aquellos y sin omitir el conflicto intra empresarial entre titulares del capital fraccionado en acciones y los sectores gerenciales e incluso con accionistas.

3.- CONTENIDOS CONSTITUCIONALES DEL MERCADO Y CONSECUENTEMENTE DERECHOS DEL EMPRESARIO AUNQUE NO EXCLUSIVOS DE ÉSTE

3.1.-Libre empresa o derecho a la libre iniciativa privada.

Se trata la libertad de empresa, al decir de ARAGON REYES¹⁶³³ del elemento nuclear del modelo constitucional económico y esencialmente ligado al principio de libertad económica. En todos los campos y el económico no es la excepción, la persona humana siente la necesidad de iniciativa que para BIDART CAMPOS es prioritaria en una economía de mercado, sea para producir, para vender, comprar, trabajar, inventar, aunque ello no implica que pueda hacerse irracionalmente o que no pueda planificarse¹⁶³⁴.

Del art. 19 CN se infiere el derecho o libertad de realizar todas aquellas actividades económicas no prohibidas legalmente a los particulares y aquellas autorizadas. Asimismo, siguiendo a ARAGON REYES¹⁶³⁵ pensamos que la libertad de iniciativa o de empresa contiene la libertad de acceder y permanecer en el ejercicio de la actividad no prohibida, aunque cumpliendo la normativa que hacen al poder de policía estatal, y libertad para abandonarla o no imposición para continuar salvo que por razones justificadas de interés público y para sustentar necesidades básicas impostergables resulte conveniente tanto la continuación como el cese, pero siempre a actuar en el marco de un mercado concurrencial o que asegure la competencia, que comprenda la libertad de los competidores y consumidores para optar realmente por los mejores productos a menores precios.

De tal modo que el derecho a desarrollar una actividad económica y a crear una empresa, son emergentes del sistema sustentado en la libre iniciativa, lo que lleva a tener protección constitucional por llevar implícito el ejercicio de

¹⁶³² MANZANERA, Miguel. “ Crítica filosófica del neoliberalismo (II). Propuestas de humanización”, en “ Ética y Economía” (J.C. Scannone y G. Remolina, compiladores). Edit. Bonum. Buenos Aires, 1998, pag. 90.

¹⁶³³ ARAGON REYES, Manuel “ Libertades económicas...” op.cit, pags 12,13

¹⁶³⁴ BIDART CAMPOS, Germán. “ La re-creación del liberalismo. Política y Derecho Constitucional”. Edit. Ediar. Buenos Aires.1982,pag. 152.

¹⁶³⁵ “Libertades económicas...” , cit, pag. 33.

derechos fundamentales e incluso la obligación estatal de respetarle su individualidad confiriéndole personalidad jurídica y limitación de responsabilidad, lo que a juicio de LORENZETTI implica un subsidio a la empresa por el Derecho¹⁶³⁶

Asimismo, para TOBIAS¹⁶³⁷ en posición que compartimos, la libertad de competir de las empresas y la libertad de elegir de los consumidores, son manifestaciones particulares de la defensa de la libre competencia (art. 42 CN) y de las libertades de iniciativa económica (arts. 14,19,20 y 42 CN) y de elección (art. 42 CN)” .

3.2.-Derecho al trabajo y ejercer industria lícita

Entendido ello como el derecho de elegir libremente la actividad que desee realizar, de disfrutar de su rendimiento económico, en forma individual o asociada, de acuerdo a la organización que estime pertinente. Para QUIROGA LAVIÉ¹⁶³⁸ es aquella facultad de elaborar y transformar bienes y servicios, de organizar dichas actividades y que supone el derecho de propiedad para poder efectivizarlo. La *licitud* de dicha industria opera como limitante a este derecho, al mismo tiempo que en ejercicio del poder de policía, sea en sentido estricto – salubridad, moralidad o seguridad – o amplio – promoción del bienestar general y proveer al desarrollo humano con justicia social – e incluso protección del medio ambiente (art. 41) el Estado puede establecer restricciones, dentro de las limitaciones del art. 28 CN.

3.3.- Derecho de comerciar

Comprende el ejercicio de la intermediación en la circulación e intercambio de bienes y servicios de cualquier tipo, sea o no profesional¹⁶³⁹, siendo uno de los instrumentos que contempló el constituyente en 1853 para movilizar a la economía argentina y uno de los reclamos desde los albores de la revolución¹⁶⁴⁰. No obstante, sea por decisión del constituyente como del legislador, determinadas categorías quedan fuera del comercio. En el primer caso, las disposiciones del art. 15 CN y del art. 75.17. En el segundo, por la calificación de bienes del dominio público prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación y en otras leyes, con la consecuencia de su inajenabilidad Asimismo,

¹⁶³⁶ LORENZETTI, Ricardo. “ Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente” LL 1998-A-1024.

¹⁶³⁷ “Persona y...”, cit., pags. 269/270.

¹⁶³⁸ QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves.” Derecho Constitucional Argentino” Rubinzal Culzoni Editores. 2001, pag.162.

¹⁶³⁹ DALLA VIA, Alberto “ Derecho Constitucional Económico”, 2da. Edición. Edit. LexisNexis Abeledo Perrot. Buenos Aires,2006, pag 288; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. “ Tratado de Derecho Constitucional”. Edit. Delpalma. 1993.Tomo I, pag. 499

¹⁶⁴⁰ ROSATTI, Horacio. “ Tratado de Derecho Constitucional”. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2010, T I, pag 532

mediante la *publicatio* el Estado declara que determinadas actividades pasan a ser regidas por el Derecho Administrativo y quedan excluidas de la libre iniciativa, en razón del interés público, al calificarlas como servicio público, constituyendo uno de los mayores grados de regulación estatal en ciertas actividades económicas, lo que lleva a que las mismas sean prestadas por el propio Estado o que éste fije las condiciones o requisitos de acceso a la actividad o mercado involucrado para los particulares, determinando si es por concesión, permiso o licencia, al mismo tiempo las condiciones de prestación y determinación de tarifas.

3.4.- Derecho de contratar

Derecho que, para EKMEKDJIAN,, DALLA VIA y ROSATTI¹⁶⁴¹ se encuentra incluido en el concepto de derecho de comerciar o implícito según QUIROGA LAVIÉ y BIDART CAMPOS¹⁶⁴². Para este último autor, este derecho importa la libertad de decidir la celebración o no de un contrato, de elegir con quién hacerlo y de regular el contenido contractual en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Para SOLA¹⁶⁴³, la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, constituyen el “equivalente jurídico del principio de la descentralización de la decisión económica” y conforma una condición previa para la libre competencia, aunque también puede servir para abolirla creando un monopolio, por lo que debe ser protegida estatalmente. Según SAGÜÉS este derecho es consecuencia, expresa o implícita, de cada uno de los derechos personales patrimoniales o transables que reconoce la Constitución¹⁶⁴⁴.

La libertad de contratar tiene limitaciones permanentes en tanto la reglamentación legal pone determinados marcos a la autonomía, o excepcionales en situaciones de emergencia económica¹⁶⁴⁵ y, además, conlleva como limitación la prohibición de discriminar, realizar prácticas monopólicas o abusar de posición dominante en el mercado, entre otras. En definitiva, la dignidad humana y el orden público imponen un límite a la autonomía privada.

¹⁶⁴¹ EKMEKDJIAN, pag. 502; DALLA VIA, pag 288 y ROSATTI, pag. 530, citados en notas 10 y 11.

¹⁶⁴² QUIROGA LAVIE, ob cit, pag. 165; BIDART CAMPOS, Germán. “ Manual de la Constitución Reformada”, Edit. Ediar. Buenos Aires, 1998, tomo II, pag. 58

¹⁶⁴³ SOLA, Juan Vicente. “Constitución y Economía” Edit. LexisNexis Abeledo Pererot. Buenos Aires 2004, pag.268.

SAGÜÉS, Néstor P. “Derecho Constitucional. Estatuto de los derechos” vol 3. Edit. Astrea Bs.As. 2017, pag¹⁶⁴⁴ 443

¹⁶⁴⁵ BIDART CAMPOS, “ Manual de la...!, cit, not, pag. 59.

La relación entre mercado y contrato es directa, ha dicho SANTARELLI ¹⁶⁴⁶ por lo que la regulación del contrato es un momento decisivo de la regulación del mercado por parte del Estado; así como el mercado es el hábitat del contrato, aquel debe desarrollarse dentro de las pautas constitucionales, que protege tanto a la libre iniciativa privada como los derechos fundamentales de los habitantes, correspondiendo al Legislativo y Judicial ponderar tales parámetros para lograr el equilibrio contractual. En la causa “ *Cine Callao*” la Corte admitió la constitucionalidad de la contratación obligatoria de números en vivo para actuar en cinematógrafos,- lo que puede interpretarse como lesión al derecho a no contratar- mientras que en la causa “ *Argenova c/ Pcia de Santa Cruz*” , descalificó por inconstitucional la ley provincial que obligaba a las empresa pesqueras a contratar personal residente en Santa Cruz, por entender que establece un privilegio lesivo a la igualdad e implicar una fuerte restricción a la libertad de contratar.

3.5.- Asociarse con fines útiles

Si bien todas las personas pueden asociarse libremente con diversos fines útiles, cuando se lo ejerce en miras de actividades económicas tiene su mayor relación con la libertad de iniciativa económica¹⁶⁴⁷. Implica el derecho a crear una asociación, o ingresar a una ya constituida - aunque en este caso en las sociedades de personas con limitaciones- y a su vez, deriva el derecho a gobernar la sociedad que tienen sus miembros; asimismo importa el derecho a no ser asociado en forma compulsiva a una entidad privada con fines de lucro. Esto último, no resulta aplicable para las personas jurídicas de derecho público no estatales, por lo que la Corte Suprema en el caso “ *Ferrari*” (F 308: 987) admitió la constitucionalidad de la afiliación obligatoria de abogados al colegio pertinente para el ejercicio de la profesión, por tener la entidad el poder de policía delegado. En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que no es violatoria al art. 16 de la CADH.

No obstante, surgió la obligatoriedad de aportar, en un caso, a cargo de ganaderos a favor de la Corporación Argentina de Productores de Carnes (CAP), y en otro, de viñateros de San Juan de hacerlo a favor de CAVIC que llegaba incluso a la adquisición de acciones. La Corte Suprema en los precedentes “*Inchauspe Hnos*” (F 199:483) y “ *CAVIC*” (F 277:147) convalidó la constitucionalidad de ambas por considerar que el sistema era el medio para salvaguardar la economía frente a una grave situación crítica. Para EKMEKDJIAN¹⁶⁴⁸ se trata de “ formas subrepticias de violación a la libertad de asociación no compulsiva”, mientras que para OYHANARTE¹⁶⁴⁹ la

¹⁶⁴⁶ SANTARELLI, Fulvio G. “ La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil” LL 2007-C-1044.

¹⁶⁴⁷ DALLA VIA, “Derecho Constitucional...”, cit, pag. 289

¹⁶⁴⁸ EKMEKDJIAN, “ Derecho....”, cit, pag 634

¹⁶⁴⁹ OYHANARTE, Julio. “ El caso CAVIC” II 139-1118.

constitucionalidad deviene de ejercicio razonable del poder de policía de prosperidad frente a situaciones monopólicas, lo que llevó a la creación de una sociedad no estatal, gobernada por los propios productores, que implica reglamentación del derecho a contratar. Asimismo, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre la cuestión en 1974 en la causa “*Bonfante c/ Junta Nacional de Carnes*” donde ratificó dicha línea jurisprudencial.

3.6.- A usar y disponer de su propiedad

El derecho de propiedad es un componente esencial de la libertad de empresa y como contenido constitucional del mercado que conforma uno de los pilares del orden económico constitucional o constitución económica. Reconoce, lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, a “ todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”, por lo que por la amplitud de sus contenidos y sin agotar su alcance, comprenden a los derechos reales, creditorios, intelectuales, emergente de patentes y marcas de fábrica, derechos adquiridos por sentencia firme o al amparo de una legislación anterior, a dirigir por parte de los titulares del capital a la empresa en cuanto a qué, cómo, cuándo y donde producir y a qué precio ofrecerlo. Aunque, con las limitaciones de los arts.14, 14 bis, 41 y 42, entre otros.

Propiedad inviolable según la manda constitucional y que el art. 21 inc. 1 de la C.A.D.H., consagra el derecho a toda persona del uso y goce de sus bienes, agregando que *la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*; lo cual implica el reconocimiento de la propiedad privada con función social¹⁶⁵⁰ y que la jerarquización constitucional de la citada Convención por el art. 75.22 CN, la hace integrar el Bloque de Constitucionalidad Federal y por ende los derechos por ésta reconocidas deben entenderse complementarios de los previstos constitucionalmente, por lo que la propiedad en función social no riñe con la inviolabilidad de la propiedad sino que caracteriza a ésta¹⁶⁵¹ Asimismo, la libertad de empresa se funcionaliza en sentido social, porque debe coordinarse con las pautas emergentes del 75.19, tales productividad de la economía nacional, generar empleo - digno - formación profesional de los trabajadores.

4.- Mercado regulado y protegido

La protección constitucional conforma un reaseguro para una verdadera libre competencia evitando distorsiones. El Estado actúa *sobre el mercado*, en cuanto, de acuerdo al art. 42 CN, debe: a) proteger a los consumidores y usuarios; b) defender la competencia contra toda forma de “distorsión de los mercados”, c) controlar a los monopolios legales y naturales; d) controlar la calidad y

¹⁶⁵⁰ BIDART CAMPOS, “ Manual.....”, cit, tomo III, pag. 226,227

¹⁶⁵¹ MUÑOZ, Ricardo Alberto. “ Propiedad en función social Recepción constitucional y convencional. Su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, ponencia a las “ XXXIV Jornadas de intercambio de conocimientos científicos y técnicos”. FCE-UNRC.2017

eficiencia de los servicios públicos y e) promover la participación de usuarios - y de las provincias interesadas - en los organismos de control.

La defensa de la competencia, alcanza tanto a los destinatarios finales de la relación de consumo como a las empresas de bienes y servicios afectadas por conductas monopólicas o prácticas abusivas de posición dominante, lo que lleva a la necesidad que el mercado opere en condiciones de transparencia y ofertas adecuadas, " que implica también atender a la conservación de las empresas, a su permanencia y desarrollo en el tiempo"¹⁶⁵², alentando la competencia, fomentando la mayor oferta de bienes y servicios de calidad. Protección de la competencia, advierte GUAJARDO¹⁶⁵³), que no sólo debe realizarse frente a los empresarios o prestadores argentinos, sino también que mediante acciones preventivas y represivas se asegure respecto de prestadores del exterior. Para Julio OLIVERA ninguna etapa del proceso económico es ajena a la " relación de consumo" ´prevista constitucionalmente- no obstante la ley 24240 más restrictiva que el art. 42 CN - por lo que protege a todo usuario que utiliza un bien, sea directo o instrumental, es decir, debe tutelarse también al consumidor- productor"¹⁶⁵⁴.

III. EMPRESA COMO ACTOR POLITICO

Así como existe la regulación de la sociedad -y por ende el mercado - por parte del Estado, también existe la pretensión de limitar o condicionar al Estado por medio de los actores económicamente fuertes del mercado. En efecto, influye en la adopción de las políticas públicas, persuadiendo la adopción de determinadas medidas de promoción, inversión en infraestructura, incentivos, disminución de impuestos, rebaja de " costos laborales" o establecer aranceles protectorios a la importación de determinados productos o eliminación de " retenciones a la exportación"; al mismo tiempo que disuade la adopción de ciertas decisiones de políticas públicas o de sanción legislativa.

En otras palabras, así como el Estado penetra en la sociedad, también hace lo propio ésta en el Estado, pero para que un interés económico se haga valer, tiene que estar representado al decir de GARCIA PELAYO¹⁶⁵⁵ , por tener capacidad de estar presente en el centro de decisiones políticas. Ello depende de la magnitud empresarial y posición en el proceso económico-financiero, de tal

¹⁶⁵² DALLA VIA, Alberto Ricardo y Alberto Manuel GARCIA LEMA. "Nuevos derechos y garantías" (Dalla Via y García Lema, directores". Rubinzal Culzoni, Editores. 2008, tomo II, pag, 137

¹⁶⁵³ GUAJARDO, Carlos Alberto " Algunas reflexiones sobre la protección a los consumidores y usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional", en " La reforma constitucional interpretada" (Sarmiento García y otros) Edit. Depalma. Buenos Aires. 1995, pag. 131

¹⁶⁵⁴ OLIVERA, Julio H. G "La defensa del consumidor-productor" LL 2010-A-1228,

¹⁶⁵⁵ GARCIA PELAYO, Manuel. " Las transformaciones del Estado contemporáneo" Edit. Alianza. Madrid.1989, pag.116.

modo que algunas empresas - las grandes y las multinacionales - se representan a si mismas, mientras que las restantes en general mediante organizaciones que agrupan intereses que conforman grupos de presión.

Es por ello que la gran empresa y la multinacional, sin dejar de ser actores económicos, se politizan, en la medida que de diversas formas intervienen en el proceso de toma de decisiones. Precisamente la macro empresa, que no en pocas ocasiones se coloca por sobre el mercado cuando adopta formas monopólicas u oligopólicas, al ser proveedor necesario de las restantes empresas de determinados bienes y servicios indispensables para la producción o prestación y ejercer abuso de posición dominante en el mercado, alcanza una potencia de autodeterminación que se despliega al campo político toda vez que tienen capacidad de provocar conflictos tanto locales como internacionales, por los medios de presión a su alcance y poder de lobby consecuente, como así también porque el propio Estado o no tiene fortaleza para contrarrestar tales poderes fácticos o porque tales empresas suelen ser agentes necesarios para la ejecución de determinados planes estatales. En realidad, expresa LOEWENSTEIN, se han borrado las fronteras entre intereses económicos y políticos, toda vez que las cuestiones políticas no pueden ser separadas de sus consecuencias económicas, mientras que ningún problema económico puede ser resuelto sin medios políticos¹⁶⁵⁶

La empresa en su relacionamiento externo lo hace en varios frentes: a) con los consumidores y usuarios de los bienes y servicios que brinda, a los cuales pretende convencer para su conversión en clientes y fidelizarlos para su conservación como tales; previamente inducirle necesidades, lo que implica penetrar en el ámbito del proyecto vital del otro¹⁶⁵⁷ b) con otras empresas, con las cuales su relacionamiento es variable: b1) con proveedores de materias primas, insumos y servicios que su producción requiere; b2) con otras empresas con las cuales compite, se asocia o realiza acuerdos estratégicos; b3) absorber empresas o sacarlas del mercado, implica lograr poder de decisión en el mismo con posibilidades de controlar la escasez del bien y fijación de sus precios^{1658c)} con organizaciones sindicales, a las cuales sus trabajadores se encuentran afiliados y con las que celebrara convenios colectivos de trabajo; d) con partidos políticos, a través de los cuales exterioriza sus requerimientos para transmitir sus demandas y lograr que éstos combinen en sus plataformas tales intereses y a los cuales puede apoyar económicamente en sus campañas ahora autorizados por ley 27504; e) con los legisladores, a los fines que los intereses empresarios sean tenidos en cuenta al momento de discusión y sanción de leyes; f) con los máximos funcionarios estatales, encargados del diseño y ejecución de las políticas públicas; g) con los medios de comunicación a los fines de generar opinión pública favorable a sus pretensiones, visibilizándolas o incluso tornándolas invisibles si ello conviene a sus intereses, h) lograr que sus

¹⁶⁵⁶ LOEWENSTEIN, Karl. " Teoría de la Constitución" Edit. Ariel. Barcelona. 1976, pag. 428.

¹⁶⁵⁷ GONZÁLEZ FABRE, Raúl. " La cuestión ética en el mercado", pag 50, en "Ética y Economía" (J.Scannone y G Remolina, compiladores). Edit. Bonum. Bs.As.1998.

¹⁶⁵⁸ GONZALEZ FABRE, citado nota anterior, pag48.

directivos ingresen a las posiciones ejecutivas gubernamentales, sea en ministerios, secretarías, empresas estatales u órganos regulatorios y de control; i) la incorporación – o reincorporación – a sus planteles ejecutivos privados de quienes han cumplido funciones estatales. En estos dos últimos casos, conformando la llamada “puerta giratoria de entrada y salida”¹⁶⁵⁹ En todos los casos, se evidencia claramente el carácter político de la empresa en tanto pretende lograr la adhesión por diversos medios – lícitos o ilícitos- a sus pretensiones de políticas económicas; en otros términos a la *captura de la decisión política* por parte de intereses privados. Implica ejercicio de poder político generado por poder económico, aunque no exclusivamente por éste, controlando conductas aunque también es controlada¹⁶⁶⁰ Por ello la empresa, va mas allá de su función económica y realiza actividad política, sea en sentido agonal o arquitectónico¹⁶⁶¹

Asimismo, las empresas transnacionales han pasado a ser actores protagónicos en la economía mundial constituyendo un gran reto a los Estados Nacionales en el proceso globalizador, en la medida que actúan en una suerte de mercado mundial traspasando las fronteras estatales, intentando realizar una “captura” de lo público y de la democracia, por su capacidad para movilizar capitales, repatriar ganancias o someterse a jurisdicciones internacionales. Precisamente, uno de los instrumentos jurídicos que ha incrementado el poder de las corporaciones económicas y el consiguiente debilitamiento institucional de Estado, lo da el sistema de protección recíproca de inversiones mediante la celebración de tratados en este sentido (TBIS), de características asimétricas – ver al respecto el Tratado entre Argentina y EEUU – por el cual se someten las diferencias entre empresas inversoras y país receptor, a la resolución, en gran parte de los casos, a un tribunal arbitral – CIADI – de escasa transparencia, sin responsabilidad democrática y cuyas decisiones, generalmente adversas a los Estados al oponerse frontalmente a decisiones de política económica por la aplicación de cláusulas lesivas a los principios de derecho público del art. 27 CN, tales de “trato nacional y de la nación más favorecida”, “trato justo y equitativo”, “restricciones de potestades expropiatorias” y “cláusula de estabilización legal” y resolver cuestiones sin tener en cuenta los principios de los derechos humanos por entenderlos ajenos a los conflictos de naturaleza económica¹⁶⁶².

¹⁶⁵⁹ CASTELLANI, Ana “Lobbies y puertas giratorias. Los riesgos de la captura de la decisión política”. Revista Nueva Sociedad Septiembre- octubre 2018

¹⁶⁶⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Empresa y Derecho Constitucional (La empresa en el constitucionalismo europeo contemporáneo)”. Diario El Derecho 11/09/1981.

¹⁶⁶¹ Los alcances de lo agonal y arquitectónico son tomados de acuerdo a Juan F. LINARES en “Política y Comunidad”. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960

¹⁶⁶² MUÑOZ, Ricardo Alberto. “Los tratados bilaterales de inversión y la Constitución Argentina”, en “Justicia Global e Identidad Latinoamericana” (Pérez Zavala, Loyo y Michelini, editores). Ediciones del ICALA. Río Cuarto 2008, pag. 305.; ROSATTI, Horacio “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino” LL 2003-F-1283.

LA EMPRESA COMO UN ENGRANAJE DE LA JUSTICIA SOCIAL

Cristián Augusto Fatauros

A modo de introducción, corresponde hacer algunas referencias generales para responder a la cuestión de qué es la ética económica y cómo es que se aplica a la actividad de las empresas. Para eso debemos tener en cuenta, primero que la ética pública es una rama de la filosofía moral que se aplica al ámbito público y se distingue de la ética privada porque su objeto de análisis son las instituciones sociales y jurídicas y las conductas individuales pero que tienen lugar al interior de esquemas institucionales públicos. No debe confundirse la ética pública con la ética de la administración pública. La ética pública que también podría llamarse ética política. La ética pública es más amplia e incluso abarca a la ética de la administración pública. Su objeto de estudio son los juicios normativos sobre la distribución de poder y de la protección de derechos y libertades. Estos juicios sobre cómo debe regularse las relaciones en una sociedad que se pretende legítima y justa, básicamente tienen la función de proveer un standard moral crítico para evaluar las instituciones existentes y la distribución de recursos económicos existente¹⁶⁶³.

Sería sorprendente encontrar posturas que sostuvieran que las empresas y el mundo de los negocios son inmunes a la crítica moral, o que nada tienen que ver con exigencias que provienen de la ética pública. Quizás alguien podría sugerir que los principios que se aplican a este ámbito son diferentes a la del que se aplica al ámbito no comercial. Para algunos, la cuestión de la ética política permite determinar las obligaciones y derechos morales de los individuos, pero no los derechos y obligaciones morales de las empresas. Se reclamaría así cierta excepcionalidad para el fenómeno empresarial, en el mismo sentido en que las conductas que se dan en las competencias deportivas están motivadas por el deseo de ganar. Sin embargo, aún en las competencias deportivas existen reglas que, pese a no estar escritas, se interpretan como exigencias que deben ser respetadas. Un ejemplo de ello es el espíritu del "juego limpio". Así como nadie sostendría que las únicas obligaciones que tenemos los ciudadanos son las que derivan de las reglas jurídicas positivas, sobre todo cuando las estructuras institucionales pueden ser defectuosas. Del mismo modo, respetar las normas jurídicas no es todo lo que las empresas deben hacer.

¹⁶⁶³ Dentro de las éticas aplicadas encontramos la ética de las empresas, y tal como afirma Adela Cortina: "[I]a ética de la empresa es, en este sentido, una parte de la ética aplicada, como lo es toda ética de las organizaciones y de las profesiones y tiene que reflexionar sobre cómo aplicar los principios mencionados a la actividad empresarial" (ADELA CORTINA, 1994, p. 32)

En la primera sección de este trabajo expongo una visión consecuencialista los resultados que podrían ser promovidos por los emprendimientos empresariales y que tienen un impacto sobre el bienestar y el mercado laboral. En la segunda sección presento el interrogante sobre los límites de la actividad empresarial y los principios que hacen de la actividad comercial una actividad éticamente justificada y comprometida. A lo largo del trabajo identificaré las consideraciones más salientes que regulan la actividad empresarial desde el punto de vista de la justicia distributiva y de la ética política. Dejo aclarado que la determinación de los deberes de la ciudadanía presupone un ideal de sociedad que se concibe como una cooperación recíproca entre ciudadanos y ciudadanas libres e iguales.

Tanto en la primera como en la segunda sección discuto la postura que sostiene que las actividades comerciales de las empresas y de las personas dedicadas al comercio, no deben tener exigencias morales. Presento diferentes argumentos que justifican una concepción de las empresas como vinculadas por exigencias morales y de ética política. Sus implicancias se pueden observar en las reglas éticas para los administradores y gerentes, para los asesores y para los abogados de empresas (ADELA CORTINA, 1994, p. Cap. V y VI). Pero, en este trabajo sólo me ocuparé de las obligaciones de las empresas como sujeto colectivo y que tienen como destino a nuestros conciudadanos y no las que se aplican al interior de la organización empresarial.

I. LAS CONSECUENCIAS SÍ IMPORTAN

En este apartado destacaré algunas de las obligaciones que podría uno razonablemente preguntarse si vinculan a las empresas y a su actividad comercial. En principio se puede pensar en cuáles son las obligaciones que tienen las personas que viven en una sociedad en la que las instituciones están bien ordenadas y tratan a todos como si fueran ciudadanos libres e iguales. Por supuesto que esta formulación de la pregunta supone una idea específica de sociedad, pero por el momento pongamos esa cuestión entre paréntesis. No será el objetivo de este trabajo fundamentar que la sociedad debe concebirse en esos términos, aunque podemos aceptar que tiene cierto atractivo. En una sociedad, tenemos obligaciones que derivan de ciertas instituciones y otras que no provienen de las instituciones¹.

Una de las obligaciones más importantes que tenemos en tanto ciudadanos y ciudadanas, es la obedecer las instituciones, actuar en conformidad con lo que la autoridad exige de nosotros. En caso de que nuestras instituciones fueran injustas, ¿no tendríamos el deber de reformarlas? ¿Pero qué pasaría en el caso de un conjunto de ciudadanos y ciudadanas asociados con un objetivo comercial? ¿Tienen obligaciones de establecer instituciones comerciales justas, si las instituciones comerciales no fueran justas? ¿Podría uno preguntarse si, en un mercado con fallas estructurales, los beneficios quizás no sean todo lo justo que deberían ser?² En los párrafos siguientes encaro la cuestión de si la obligación de las empresas no es solamente ocuparse de maximizar sus beneficios económicos.

I.1. ¿SÓLO LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS?

Se suele asimilar el consecuencialismo con el utilitarismo, que es una de las teorías éticas normativas más importantes del siglo XX y que fue preponderante en el análisis de la ética económica¹⁶⁶⁴. Sin embargo, el utilitarismo es sólo una versión del género de teorías consecuencialistas. El utilitarismo es un consecuencialismo que considera que la consecuencia más importante es la utilidad, y por ello, es el único valor con el que se debe evaluar la conducta de las personas. Es útil remarcar que no todas las teorías consecuencialistas reconocen como valioso sólo un valor o estado de cosas.

El consecuencialismo, como teoría de ética normativa aplicada al ámbito público, se define por subordinar las instituciones y las decisiones políticas a la promoción (i.e., maximización) de algún resultado o consecuencia considerada objetivamente valiosa (PHILLIPE PETTIT, 1995). Cualquier teoría consecuencialista (como así también cualquier teoría deontologista) rechaza la subjetividad y el relativismo. Las consecuencias son, entonces, el elemento primordial. Tienen preponderancia y su valor se determina de manera independiente de los instrumentos o los medios necesarios para conseguirlos. Las políticas públicas, las instituciones y las decisiones políticas serán correctas o incorrectas en la medida en que maximicen o no los resultados valiosos¹⁶⁶⁵.

I.2. ENTONCES ¿QUÉ CONSECUENCIAS DEBERÍAN PROMOVERSE?

La respuesta obvia parece ser: maximizar los beneficios económicos de los empresarios. No obstante, veremos que los argumentos consecuencialistas son un poco limitados y su fuerza relativa viene dada de que toma diferentes valores en juego, es decir, es pluralista. Considerar que el único valor relevante es la productividad entendida como maximización de ganancias y la búsqueda irrestricta de réditos económicos es como mínimo limitado. Es necesario distinguir el interés egoísta del interés en la búsqueda de beneficios económicos. Es un error concebir que el egoísmo es la motivación de la actividad empresarial tanto como lo es concebir que es la motivación de la actividad humana en general. Una de las formas en que las decisiones

¹⁶⁶⁴ Sobre los argumentos en favor y en contra del utilitarismo cf. (WILL KYMLICKA, 1995; JOHN STUART MILL, 2001; AK SEN et al., 1982; JOHN SMART - BERNARD WILLIAMS, 1973)

¹⁶⁶⁵ El consecuencialismo adopta una teoría de lo correcto sobre la base de que una vez definido lo que es bueno, cualquier acción o política institucional que promueva dicho bien, será correcta. Como la posibilidad de que un agente que intente constantemente calcular las consecuencias de cualquier acto, se equivoque, o que calcular constantemente sea contraproducente, o que eventualmente no pueda controlar estas tendencias calculadoras, se intenta presentar al consecuencialismo como una estructura teórica que permita justificar las decisiones y las políticas públicas, pero no necesariamente que sirva para deliberar sobre qué se debe hacer. Es decir, el consecuencialismo se presentaría mejor como un criterio de justificación, y determinar si una acción o política fue la correcta, que como un criterio de deliberación. Por ello, para evitar desarrollar tendencias o rasgos que conviertan a los agentes en personas desvinculada de sus emociones y sentimientos y sólo preocupadas por calcular el valor de los resultados probables de cualquier decisión que vayan a tomar, el consecuencialismo debería adoptar una forma estratégica o indirecta.

empresariales podrían evaluarse, si aceptamos el consecuencialismo, es observando cuales son los resultados y consecuencias de institucionalizar y reconocer la personalidad jurídica de empresas. Las empresas son el resultado de la cooperación humana y sirven a propósitos íntimamente vinculados con cuestiones económicas y humanas.

Las empresas son capaces, y en este sentido podrían tener la obligación de llevar adelante estos objetivos económicamente redituables a la vez que socialmente valiosos:

- Promover y generar empleo de calidad dinamizando la economía al ofrecer oportunidades para acceder a bienes que permitan la subsistencia humana.

- Promover la transparencia para que la información fluya libremente y para que los consumidores tengan control sobre sus decisiones a partir del conocimiento más completo posible.

- Promover la equidad y la igualdad para grupos desaventajados. Las empresas pueden tener un rol institucionalmente requerido para lograr la inserción y la promoción del respeto por sí mismos de grupos históricamente desaventajados y empobrecidos.

- Promover el bienestar. Dinamizar la economía también tiene la función de provocar una mejora del bienestar y de los índices de felicidad, autonomía e independencia.

- Promover actividades y valores democráticos al interior de las empresas. Se discute el ámbito de aplicación de los principios de justicia al interior de las empresas porque forman parte de la estructura básica de una sociedad, porque afectan la vida de las personas de manera significativa y porque, aunque son elegidas voluntariamente, las personas no tienen genuinas alternativas a no trabajar.

I. 3. NO OBSTANTE, LA MOTIVACIÓN EMPRESARIAL ES MAXIMIZAR BENEFICIOS ECONÓMICOS

Analicemos el argumento consecuencialista que afirma que las empresas deben lograr resultados económicamente valiosos. Una forma de entender esta exigencia es como si afirmara que las empresas deben intentar lograr otros objetivos valiosos, más allá del objetivo por el cual han sido creadas. No todos están de acuerdo con esta tesis. Para algunos autores, los directivos de una empresa no deben buscar otros resultados más que el crecimiento y las ganancias comerciales¹⁶⁶⁶.

Para teóricos que comparten esta concepción, defendida por teóricos como Milton Friedman, la búsqueda de beneficios y la maximización de rentas económicas es lo que debe guiar y motivar la conducta de los empresarios. De lo contrario, si se dedican a realizar actividades caritativas, se está malversando

¹⁶⁶⁶ Friedman presenta este argumento y afirma que “...in his capacity as a corporate executive, the manager is the agent of the individuals who own the corporation [...] and his primary responsibility is to them.” (MILTON FRIEDMAN, 2007, p. 211)

el dinero de los accionistas. Es decir, un dinero que podría utilizarse para la maximización de ganancias, se utiliza para otros fines. Si se detrae dinero de las ganancias de la empresa se utiliza el dinero de los accionistas; si se incrementa el costo de los bienes o servicios que se proveen, se utiliza el dinero de los consumidores. Por otra parte, el argumento se refuerza si se admite que, de hacer financiamientos benéficos o actividades caritativas, se está imponiendo este financiamiento, o bien a los clientes, o bien a los accionistas, o a los empleados.

Uno podría argumentar que la manera en que se utilizan el dinero podría atraer mayores ganancias. Ésta es una de las principales motivaciones detrás de las actividades de responsabilidad social empresarial. Pero no parece una respuesta contundente ya que persiste el problema de realizar actividades filantrópicas, si se puede comprobar que esto no necesariamente produce mayores ganancias ulteriores. ¿Es que acaso las empresas deben promover objetivos socialmente valiosos más allá del objetivo de maximizar sus ganancias?

El hecho de que existan formas de organización comercial como las empresas produce resultados y consecuencias positivas generales. La existencia de una empresa no solo beneficia a los accionistas, también beneficia a la sociedad en la que actúa. Es obvio que la empresa debe actuar conforme a la ley. Es obvio que las externalidades positivas también deberían contabilizarse junto con las externalidades negativas, tales como la competencia que se produce, la necesidad de regular la actividad, la situación desfavorable en la que quedan los pequeños comerciantes. Se puede suponer, sin mucho esfuerzo, que las externalidades positivas son mayores.

Pero, como el consecuencialismo nos ofrece ayuda para saber si una acción o una institución está justificada sólo si produce las mejores consecuencias, no es posible afirmar de antemano que la existencia de empresas puede considerarse justificada moralmente *antes* de saber cuáles son las consecuencias reales de tener una empresa. Los análisis consecuencialistas sólo nos permiten afirmar la permisibilidad de reconocer personas jurídicas como las empresas, pero no nos ayudan a saber qué tipo de responsabilidades o deberes específicos tendrían dichas empresas. Incluso se puede pensar en el argumento de la incapacidad epistémica para determinar cuál es el curso de acción correcto que se debe tomar¹⁶⁶⁷.

II. LÍMITES: ACCIONES QUE SON MALAS EN SÍ MISMAS

El deontologismo es otra de las teorías de ética normativa más relevantes. Si tuviéramos que definir rápidamente lo que caracteriza al deontologismo esto sería su oposición al consecuencialismo; la noción de lo que es bueno o valioso no se define de manera independiente de las acciones que son moralmente correctas. Es más, no cometer acciones moralmente prohibidas tiene prioridad

¹⁶⁶⁷ "[o]n the one hand, suppose he [the CEO] could get away with spending the stockholders' or customers' or employees' money. How is he to know how to spend it? He is told that he must contribute to fighting inflation. How is he to know what action of his will contribute to that end?" (MILTON FRIEDMAN, 2007, p. 212) (lo agregado me pertenece).

sobre la persecución de aquello que sea bueno o valioso. Esto quiere decir que una acción no se caracteriza como moralmente correcta según cuáles sean sus resultados. Las acciones son permisibles o impermisibles, prohibidas o permitidas, en sí mismas.

Para la ética deontológica aplicada a la economía y a las empresas, lo importante sería determinar cuáles son las exigencias que deberían cumplir las empresas y cuáles las acciones moralmente permisibles. La versión más restrictiva y estrecha de cualquier teoría normativa deontológica es la que establece que las limitaciones a la actividad deben: a) expresarse negativamente, b) tienen una interpretación estrecha y limitada, es decir que se prohíbe la analogía, y c) se orientan hacia los sujetos y sus intenciones. Esta última característica es la que mayor utilidad y discusión tiene en el razonamiento moral y posibilita distinguir entre resultados que se provocan intencionalmente y resultados previsibles, pero no provocados intencionalmente¹⁶⁶⁸.

II. 1. PRINCIPIOS Y DEBERES

El deber de establecer instituciones justas, derivado del deber de asistencia, ¿está fundado en un deber negativo de no dañar? El argumento sería cuando las instituciones no son justas, las partes no pueden estar seguras que están cobrando lo que les corresponde, no pueden saber que están tratando a los empleados o a los clientes de manera equitativa y no saben si están violando la exigencia de no interferir en la vida y en los proyectos de vida de los demás. En un sentido para saber que no se están aprovechando de otros es necesario contar con un marco institucional que determina la magnitud de la porción distributiva que le corresponde a cada ciudadano.

El autor afirma que aquellos que se preguntan sobre el alcance y magnitud de los recursos que deben ser utilizados para lograr la satisfacción de las necesidades, intereses y derechos de las partes involucradas con las que interactúan o pueden afectar, presupone un marco institucional justo (NIEN-HÊ HSIEH, 2009, p. 252). Dado que esto no se da al nivel global es necesario un "cambio de paradigma". En vez de preguntar sobre cuáles son los servicios o bienes que las empresas deben proveer en el caso de mercados defectuosos, lo que se demanda es que las empresas mejoren las condiciones institucionales.

II. 1.A. TODOS SOMOS IGUALES FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

El primer argumento que se debería considerar es el que afirma que los principios de justicia no se aplican *directamente* a las acciones que buscan maximizar los réditos económicos individuales, porque dichas acciones no forman parte del objeto primario de la justicia. El argumento parte de afirmar

¹⁶⁶⁸ También se afirma que el deontologismo está interesado de manera primordial en los deberes negativos, que exigen no actuar, dejando de lado los deberes positivos que exigen actuar. Otros afirman directamente que no existen los deberes positivos, ya que lo único que tiene sentido son los deberes negativos de abstención, de no interferencia, de no dañar a otros (NANCY A. DAVIS, 1995).

que una sociedad democrática constitucional que pretende que sus miembros se traten con justicia exige que la distribución de recursos, satisfaga dos principios (JOHN RAWLS, 1971-1999, p. 52 y ss):

- *Primer Principio: igual esquema de libertades para todas las personas.*
- *Segundo Principio: igualdad de ingresos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, a menos que cierta desigualdad de ingresos mejore de manera prioritaria la posición de los que obtienen menos ingresos.*

El segundo principio se compone de dos sub-principios. El principio de la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia. Éste último justifica las desigualdades de ingresos, sólo si hace que los que menos ganan, ganen más de lo que ganarían si esa desigualdad no existiera. Sólo cuando se satisfacen dichos principios la sociedad alcanza una distribución justa.

Sin embargo, para algunos autores, la concepción de la sociedad ideal que defiende Rawls tiene problemas para acomodarse a los tiempos actuales. El principal problema es el debilitamiento de las instituciones del estado encargadas de la distribución de bienes que son importantes para llevar adelante un proyecto de vida digno. Esto podría ser un argumento para reconfigurar el rol de la teoría rawlsiana, e incluir a los actores más importantes del sector privado dentro de la “estructura básica” que conforman las principales instituciones jurídicas y sociales (SANDRINE BLANC - ISMAEL AL-AMOUDI, 2013). La tesis rawlsiana es que, en una sociedad justa, cuando las principales instituciones jurídicas y sociales, i.e., su estructura básica, están diseñadas en conformidad con los principios de justicia, las personas actúan de acuerdo con esos principios. Sin embargo, es necesario distinguir los principios que se aplican al esquema institucional y que determinan los derechos y las instituciones y obligaciones de los principios que se aplican a los individuos¹⁶⁶⁹. Se ha dicho que la única manera de acercar el comportamiento empresarial a la ética es mediante los instrumentos coercitivos legales (W MICHAEL HOFFMAN et al., 2014, p. 73 y ss.). Parece obvio que su personalidad legal establece una capacidad limitada, para realizar actos que sean conformes con la

¹⁶⁶⁹ Rawls considera que el objeto primario de la justicia es la estructura básica, la cual define del siguiente modo: “[e]l objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o de modo más exacto, la manera en la cual las principales instituciones sociales distribuyen los deberes y derechos fundamentales y determinan la división de las ventajas producto de la cooperación social. Por instituciones mayores entiendo la constitución política y los principales acuerdos económicos y sociales. Así la protección legal de la libertad de pensamiento y de conciencia, los mercados competitivos, la propiedad privada en términos de producción y la familia monógama son ejemplos de las instituciones sociales más importantes. [...] La estructura básica es el objeto primario de la justicia porque sus efectos son muy profundos y están presentes desde el inicio.” (JOHN RAWLS, 1971-1999, pp. 6-7). Es necesario distinguir, además, los principios que se aplican a los individuos se dividen en condiciones ideales, y los que se les aplican en condiciones no ideales. En condiciones ideales, de cumplimiento perfecto y de instituciones más o menos justas, el principal, y quizás único, deber originado en las instituciones es el deber de obedecer las reglas del ordenamiento jurídico. En condiciones no ideales, de cumplimiento parcial, cuando las instituciones no son justas, las personas tienen el deber de actuar para reformar las instituciones. Ambos tipos de deberes se aplicarían a los empresarios en la constitución de una sociedad comercial, la diferencia es si existe algún tipo de obligación más allá de las que surgen del propio ordenamiento jurídico.

ley y con el objetivo que se tuvo en cuenta para su constitución. Aunque puedan considerarse otros deberes morales diferentes de simplemente cumplir con las normas jurídicas, el problema es cómo cambiar los comportamientos empresariales en un contexto en el que no existen incentivos para hacer más de lo que exige la ley positiva.

Una cuestión diferente es que las empresas se aprovechen de sistemas jurídicos que no satisfacen ni siquiera mínimos estándares de derechos humanos. En estos casos, el mero cumplimiento de las leyes de un gobierno dictatorial podría colocar a las empresas en una situación complicada. El deber moral natural es el de lograr que las instituciones estén bien ordenadas y que sean decentes. Esta exigencia no apunta a lograr sistemas jurídicos justos, sino más bien legítimos. Esto lo analizaremos un poco más adelante.

II. 2. LAS EMPRESAS NO SERÍAN PARTE DE LA ESTRUCTURA BÁSICA Y POR ELLO ESTARÍAN MÁS ALLÁ DE LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Analizaré la cuestión de los deberes de cumplir y obedecer las instituciones jurídicas cuando existe un estado bien ordenado. Desde el liberalismo igualitario se ha argumentado que las principales instituciones que distribuyen cargas y beneficios, no incluyen las acciones cotidianas de la ciudadanía. El argumento afirma que, aunque los y las ciudadanas deberían actuar conforme con los principios de justicia, esto sólo implica cumplir con las reglas básicas de la sociedad¹⁶⁷⁰. Una de las principales dificultades, es que la estructura básica parece reunir ciertas características que no todas las instituciones tienen, a saber, tienen efectos muy profundos en la vida de las personas, son efectos que están presentes desde el comienzo de sus vidas, sus efectos son coercitivos y representan instituciones que son configuradas por la acción política (HUGO SELEME, 2011, p. 31).

La actividad comercial empresarial no produce efectos coercitivos directos; a priori no vincula a las personas independientemente de su voluntad, y no está configurada por el ejercicio de un poder político público. Las empresas y la actividad empresarial están representadas en la forma de una persona jurídica que tiene un origen consensual; en un acuerdo de personas con intención de organizar mancomunadamente su economía. De ningún modo ejercen coerción sobre las personas, ni para generar relaciones comerciales, ni para que trabajen para ellas. Por otra parte, lo único que debería evaluarse son las leyes y las instituciones jurídicas más importantes porque ellas constituyen el resultado

¹⁶⁷⁰ En (JOHN RAWLS, 2005, p. 468 y ss) Rawls aclara que los principios de justicia efectivamente se aplican a la institución familiar, y que es una concepción errada pensar que no. No obstante, los principios no se aplican directamente a las estructuras institucionales intermedias, a las acciones que son parte de la vida interna de instituciones como la familia, las iglesias, las universidades, las asociaciones científicas o profesionales, las empresas comerciales y a los sindicatos de trabajadores. No afirma que no se aplique una concepción particular de justicia apropiada a la naturaleza y rol de cada entidad, sino que afirma que no se aplica una concepción *política* de justicia que regule la vida interna. La concepción política de justicia se aplica en tanto se protegen los derechos y libertades básicas de los miembros de las asociaciones, en tanto ciudadanos.

del ejercicio político de la ciudadanía, y que debe satisfacer ciertos estándares morales (HUGO SELEME, 2011, p. 56 y ss). Incluso se podría afirmar que sólo bajo la estructura básica, i.e., solo en el ámbito de aplicación de las instituciones estatales formales, la ciudadanía debe exigir que sus instituciones satisfagan criterios de legitimidad moral y de justicia.

II. 3. LA ESTRUCTURA BÁSICA INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS ACTUALES DEBE RECONFIGURARSE

El principal argumento en contra ha sido formulado por Gerald Cohen (2000b) quien niega que una sociedad justa e igualitaria pueda alcanzarse sin requerir un conjunto de valores igualitarios (*ethos igualitario*). Esta conclusión se basa en dos argumentos independientes. El primero afirma que los ciudadanos de una sociedad justa, actúan motivados por el valor de la igualdad que es representado en los principios de justicia. Si fuera cierto que las acciones individuales no deben ser sometidas a los principios de justicia, podría darse que la distribución de cargas y beneficios fuese menos igualitaria de lo que podría ser si las acciones fueran igualitarias (GERALD A. COHEN, 2001, p. 190 y ss).

Además, afirma que la estructura básica está conformada no solo por las instituciones sociales formales sino también por instituciones sociales informales, compuestas por acciones individuales y actitudes valorativas que no han llegado a conformar instituciones formales (GERALD A. COHEN, 2001, p. 185 y ss). Por ejemplo, el hecho de que en una familia se prefiera al hijo varón para continuar los estudios universitarios por sobre la hija mujer, constituye una estructura informal de decisiones que terminan afectando la igualdad en la distribución. En el mismo sentido, las acciones y decisiones de las empresas deben satisfacer los principios de justicia, porque o bien impiden la distribución más igualitaria que podría acontecer, o bien porque constituyen parte de la estructura informal que genera desigualdades, por ejemplo, al no contratar a personas de un grupo desaventajado.

Sin dejar de considerar este argumento como correcto desde un punto de vista ideal, otra línea argumental ha sido desarrollada para contextos más alejados de la teoría ideal. Se esgrime que la noción de estructura básica, propia de la teoría rawlsiana, debe reconfigurarse para aplicar a las empresas y personas jurídicas los mismos principios de justicia que se les aplica al resto del esquema institucional (SANDRINE BLANC - ISMAEL AL-AMOUDI, 2013). Lo único en que se diferencia de la crítica clásica que afirma "lo personal es político" es que para ella lo relevante es la ineficacia y la retirada del estado en sus políticas de bienestar. Se apoya sobre la premisa de que los estados han fallado en proveer los bienes que deberían proveer. Ahora que el estado no cumple con esos mínimos, las empresas deberían ponerse a trabajar para colaborar (GEERT DEMUIJNCK, 2013, p. 752 y ss).

Esta postura se apoya sobre la premisa de que los estados de bienestar son mucho más austeros de lo que eran o más débiles de lo que Rawls había imaginado como estados de bienestar plenos o estados democráticos de propietarios. La diferencia se apoya sobre supuestos no ideales, que reconocen

que la estructura básica de una sociedad contemporánea, se aleja demasiado, quizás, de la representación ideal de una sociedad bien ordenada al modo rawlsiano.

II. 3. A. PERO, ¿LAS EMPRESAS O CEO`S NO TIENEN LEGITIMIDAD POLÍTICA!

Al argumento formulado más arriba se le podría objetar que los directivos de las empresas son agentes representantes de los intereses de los accionistas y empresarios, y es sólo para eso han sido seleccionados. No deberían actuar motivados para defender cualquier interés social. Además, si fuesen a actuar como servidores públicos deberían haber sido elegidos a través de un proceso político legítimo, y no lo han sido. Por lo tanto, es injustificado su rol y no son representantes políticos de los ciudadanos y ciudadanas¹⁶⁷¹. Aunque parece convincente, el argumento de la falta de representación y legitimidad para cuidar de los intereses de las personas que participan en la sociedad de personas que pretenden tratarse como si fuesen ciudadanos libres e iguales, existe un tipo específico de bienes cuya distribución es fuertemente afectada por la configuración institucional de las empresas (SANDRINE BLANC - ISMAEL AL-AMOUDI, 2013).

II. 3. b. *Aun así, las empresas distribuyen bienes socialmente muy importantes*

La teoría de la justicia como equidad de John Rawls toma como parámetro de las porciones distributivas la noción de bienes sociales primarios. Dichos bienes son tales que cualquier persona racional desearía tener, y mientras más tuviera más fácil sería la consecución de su plan de vida. Obtener dichos bienes sociales tiene límites que están dados por la capacidad de tener un sentido de la justicia, que razonablemente antepone la idea de actuar correctamente a la idea de maximizar la satisfacción de los intereses propios. Entre estos bienes encontramos, las libertades básicas que están contenidas en las constituciones modernas, las libertades políticas, las oportunidades de acceso a cargos y profesiones que determinan el salario de las personas, y el acceso a recursos e *ingresos económicos* (JOHN RAWLS, 1971-1999, pp. 54-55). Pero, además encontramos como bien social primario, las bases del auto-respeto. Este es, quizás, uno de los bienes más importantes de la teoría de la justicia rawlsiana. Este bien está fundado sobre el valor de la reciprocidad, y se expresa en la manera en que las instituciones tratan a las personas (JOHN RAWLS, 1971-1999, pp. 54, 155-156, 348, 386).

En el mundo actual, algunos de estos bienes, no se puede alcanzar con las políticas debilitadas del estado contemporáneo, que tiene una conformación y una intervención muy distinta a la del estado de bienestar del siglo XX, y más alejada aún de un estado en el que se garantiza una democracia de ciudadanos propietarios que se tratan como libres e iguales. Dadas estas condiciones del

¹⁶⁷¹ Milton Friedman lo expresa en el siguiente párrafo: "[t]he whole justification for permitting the corporate executive to be selected by the stockholders is that the executive is an agent serving the interests of his principal [...] If they are to be civil servants, then they must be elected through a political process. If they are to impose taxes and make expenditures to foster "social" objectives, then political machinery must be set up to make the assessment of taxes and to determine through a political process the objectives to be served." (MILTON FRIEDMAN, 2007, p. 212)

mundo contemporáneo, que las oportunidades de acceder a recursos económicas están íntimamente vinculadas al acceso a empleos, cargos y profesiones, que las empresas tienen la capacidad de influir en la distribución de ese acceso, y que, además, los estados son incapaces de brindar dichos accesos, correspondería preguntarnos si exigir un poco más de las empresas no sería deseable.

II. 4. A. ¿LOS INDIVIDUOS ORGANIZADOS EN ASOCIACIONES TIENEN UN DEBER NATURAL DE JUSTICIA PARA APOYAR INSTITUCIONES JUSTAS Y REFORMAR LAS INSTITUCIONES INJUSTAS?

Si ello no fuera suficiente, podríamos pensar en lo que las empresas, tal como las personas de existencia real, deberían hacer en contextos de injusticia pronunciada o extrema. Si la justicia es la primera virtud de las instituciones, tal como la verdad es la virtud de los sistemas de pensamiento, entonces, las instituciones injustas deberían ser reformadas, ante una injusticia deberíamos motivarnos a reformar el sistema. La teoría de la justicia de Rawls determina cuales son los principios de justicia aplicables a las instituciones, pero además identifica los principios éticos que se aplicarían a las personas. En este ámbito, lo que se exige de los individuos es que actúen motivados por el deseo de establecer instituciones justas allí donde no las hubiera, y por mantener las instituciones justas allí donde sí las hubiera.

Las personas de existencia ideal, cuya creación es legalmente admisible, también tienen deberes. En tanto agrupación de personas organizadas para actuar de manera colectiva, las empresas constituyen un centro de imputación de responsabilidad que permite a las personas satisfacer los deberes individuales que tienen, pero de manera colectiva. Es decir, si consideramos que cada persona tiene deberes individuales de establecer y mantener instituciones justas, el colectivo de personas agrupadas bajo la forma de una empresa tiene deberes colectivos de establecer y mantener instituciones justas. El hecho de estar organizados colectivamente les brinda una oportunidad diferente de cumplir con un deber que tienen.

II. 4. B. ARGUMENTO DE LOS DEBERES NATURALES DE JUSTICIA

Los principios de justicia natural se aplican a las personas por fuera de las instituciones. Son deberes que surgen del hecho de compartir una sociedad con independencia de las instituciones existentes. Cuando una persona busca ocupar una posición profesional o laboral o un cargo o empleo público se genera la obligación (moral) de cumplir los deberes que implica el cargo. Esta obligación de cumplir los deberes es moral, y el principio moral que subyace es el de equidad. Es interesante destacar que el deber de equidad no sólo manda cumplir las reglas y los deberes institucionales especificados por el cargo, sino también, actuar de buena fe, tal como cuando en un juego, las partes se comprometen a respetar el reglamento de juego, pero también a "jugar limpio" y ser un "competidor leal" (*to be a good sport*) (JOHN RAWLS, 1971-1999, p. 97). Cuando se afirma que las asociaciones no son parte de la estructura básica porque tienen un origen en la voluntad de las personas y no se aplican con

independencia de los deseos de las personas a las que se aplican, sólo se hace referencia a las relaciones internas de la asociación. Para el resto de los ciudadanos, contratar con una empresa no es igual que contratar con una persona o con una empresa unipersonal. Se les impone una forma jurídica, una forma de contratación, y una forma de responsabilidad jurídica. La cuestión de la habilitación legal para actuar como empresa o como sociedad comercial implica una posición frente a los consumidores y frente a los demás ciudadanos. Las relaciones internas de los participantes, accionistas y asociados no están directamente reguladas por las reglas de las estructuras básicas. Pero frente a los demás ciudadanos, tienen un privilegio, un derecho fundado en su capacidad legal, y un estatus para presentarse ante el mundo.

Un argumento para sostener que los deberes naturales de justicia podrían ser colocados sobre la cabeza de individuos asociados ha sido formulado por Hugo Seleme (HUGO SELEME, 2011). Seleme utiliza el ejemplo de los alumnos de un conocido compositor que juraron nunca tocar otras obras que no fuera de su autoría. Podrían tocar obras solistas, pero también podrían tocar obras colectivas. Son dos formas en que la promesa realizada podría ser mantenida y de este modo honrar la memoria de su maestro.

A nivel colectivo, los estados, en tanto asociaciones de personas, podría tener una oportunidad para satisfacer los deberes que surgen de los deberes naturales de justicia que se aplican a los individuos. El deber de asistencia a los pueblos extranjeros es un tipo de deber que surge de los principios de justicia global. Pero el deber de ayudar a los individuos que pertenecen a los pueblos extranjeros, es un deber natural de justicia. Por ello, los individuos tienen un deber diferente del deber de asistencia, y es un deber humanitario, que puede, a su vez, también ser satisfecho si se encuentran agrupados en asociaciones.

El estado es un tipo de asociación de individuos pero que tiene características diferentes de las empresas comerciales. Por una parte, los estados están asentados sobre un determinado territorio y las empresas pueden tener sedes en diversos territorios. Por otra parte, los estados son asociaciones de individuos que se generan de manera no voluntaria, mientras que las empresas surgen por voluntad de quienes las integran. Además, las empresas surgen dentro de un marco de instituciones jurídicas y políticas que son establecidas por los estados. Estas características dan razones para negar que los individuos y las empresas tengan deberes "políticos" tales como el de asistir a los pueblos foráneos. Pero en tanto son asociaciones de individuos se les pueden atribuir responsabilidad para cumplir obligaciones que todos los demás individuos tienen. Si bien tienen una personalidad limitada, en tanto tengan relaciones con otras personas físicas, tendrán la posibilidad de realizar acciones que respeten la dignidad de los demás.

II. 5. A. ¿DEBEN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COLABORAR EN EL ESTABLECIMIENTO DE INSTITUCIONES LEGÍTIMAS?

A nivel internacional, la idea de que los estados tengan el deber de distribuir recursos económicos de manera justa o igualitaria es altamente controvertida. La posición liberal igualitaria más ortodoxa afirma que los principios de justicia

que se aplican al nivel internacional no exigen distribuir de manera igualitaria, y que los principios que se aplican al ámbito internacional son de tipo suficientistas. Esto significa que los únicos deberes de justicia a nivel internacional entre estados independientes se satisfacen colaborando para que cada pueblo cuente con un nivel suficiente de recursos institucionales y económicos para gobernarse de manera legítima. No se exige que todos los estados deban contar con el mismo nivel de recursos. La idea subyacente es que para gobernarse de manera legítima un pueblo no necesita estar en el mismo nivel de riqueza que otros. En este sentido, el criterio de corrección moral no es comparativo, sino que es absoluto, y por ello, las exigencias de justicia internacional son “suficientistas”.

II. 5. B. ¿NO ESTARÍAN ACTUANDO LAS EMPRESAS COMO REPRESENTANTES ILEGÍTIMOS DE LOS INTERESES DE LOS CIUDADANOS DEL PUEBLO EN CUESTIÓN?

El problema que enfrentamos es que la intervención de empresas transnacionales en el ámbito de los asuntos domésticos de un estado no constituye un ejercicio legítimo del poder político (NIEN-HÊ HSIEH, 2009, p. 264 y ss). Como vemos esta objeción replica la idea presentada más arriba sobre que los directores de empresas no han sido elegidos como funcionarios ni representan los intereses de los miembros de la sociedad.

Sin embargo, las personas tienen un deber natural de no dañar a otros. Este deber de no dañar, que podría estar fundado en el deber de no tratar a las personas como medios, podría exigir que las empresas y el directorio de las empresas sean cautos en el desarrollo de actividades comerciales en un estado en el que, por ejemplo, los derechos humanos no son garantizados. Más allá de que el estado en cuestión no respete ni garantice los derechos de sus ciudadanas y ciudadanos, las empresas deberían ser cuidadosas con las relaciones que se establecen con las autoridades. Tienen un deber de no dañar, y este deber no sólo se expresa en términos negativos, ya que uno podría razonablemente afirmar que el deber de no dañar también puede incumplirse por omisión. En este sentido si las empresas transnacionales omitieran brindar a los trabajadores las condiciones laborales mínimas necesarias para garantizar condiciones dignas de trabajo, entonces, se infringe el deber de no dañar y no podría valer como justificación que las empresas no sean legítimos representantes de la ciudadanía.

Por supuesto que es cierto que las empresas no tienen legitimidad para intervenir, que no son titulares de un poder político. Pero, para algunos autores, si un estado incumple los estándares más básicos de decencia humana, entonces, la empresa debería abstenerse de actuar en dicho estado so pena de convertirse en cómplice de las violaciones de derechos humanos. Es más, la empresa tiene suficiente legitimidad para actuar en nombre propio y para exigir que las instituciones se adecúen a estándares mínimos de satisfacción de autogobierno colectivo.

Incluso aunque alguien pudiera sostener que los empresarios o los directivos no deberían intervenir de manera paternalista en los asuntos de otros países, esto no vuelve moralmente permisible el incumplimiento de estándares laborales,

que son cumplidos en otros estados por parte de la misma empresa transnacional. Sería terriblemente hipócrita considerar correcto cumplir con ciertos parámetros en un estado, pero considerar correcto que el mismo parámetro puede ser infringido en otro estado.

II. 6. A. NO ES IRRAZONABLE VINCULAR EL OTORGAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA AL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE CUIDADO

El reconocimiento de la personería jurídica se funda en la obtención de objetivos sociales relevantes. La aceptación de las empresas como agentes sobre los cuales convergen un haz de derechos y deberes, que ha sido artificialmente creado y que responde a ciertos propósitos socialmente admisibles y jurídicamente válidos, supone ciertos privilegios para las personas físicas que conforman dicha empresa (JOSEPH HEATH, 2004, p. 29). Nadie podría razonablemente negar que las personas jurídicas tienen capacidad limitada y que su accionar no solo debe acotarse a realizar los actos que han sido facultados para realizar, sino que también debe respetar las leyes, no cometer actos ilícitos, y por supuesto si existen dos cursos de acción en el cual uno de ellos produce los mismos beneficios económicos para los accionistas, pero uno de esos cursos de acción produce mejores resultados en términos de valores sociales, ese es el curso de acción que la empresa debería desarrollar¹⁶⁷². En palabras de Adela Cortina, la empresa debe velar además por el respeto y la promoción de los valores sociales que, de hecho, son respetados en la sociedad en la que actúa (ADELA CORTINA, 1994, p. 25).

II. 6. B. EL DEBER MÁS IMPORTANTE: NO DAÑAR A LAS DEMÁS PERSONAS

Según lo expuesto, el deber natural de respeto mutuo y el de asistencia mutua, en tanto deberes positivos, o deberes que exigen comportamientos activos, no tiene la misma prioridad que el deber natural de no dañar. Este último sólo exigiría una abstención, un comportamiento pasivo de no interferir. Sobre esto corresponde hacer algunas aclaraciones. Aun cuando uno respete la diferencia entre deberes de abstención y deberes de acción, y que uno acepte la distinción entre causar daño por acción o por omisión, uno todavía podría fundar el deber de establecer instituciones justas en donde no las hay sobre la base del deber de no causar daños. Si los empresarios afirman que el único deber negativo es no causar ningún daño a las personas, podrían intentar afirmar que la única manera en que esto se satisface es cumpliendo las reglas del orden jurídico vigente. El problema es que cuando las reglas no son como deberían ser, la posibilidad de causar daño es mayor, y, por lo tanto, la posibilidad de incumplir el deber de no dañar aumenta. ¿Cómo podrían asegurarse de cumplir de la mejor manera las exigencias derivadas de este deber de abstención? ¿Cumpliendo con las reglas que creen que deberían formar parte del orden

¹⁶⁷² “La meta de la actividad empresarial es la satisfacción de necesidades humanas a través de la puesta en marcha de un capital, del que es parte esencial el capital humano –los recursos humanos –, es decir, las capacidades de cuantos cooperan en la empresa” (ADELA CORTINA, 1994, p. 40).

jurídico vigente? ¿Trabajando para que las reglas del orden jurídico vigente sean reformadas para distribuir de manera equitativa lo que le corresponde a cada persona? Si el deber negativo de no dañar contuviera exigencias positivas, entonces, las empresas y los empresarios deberían actuar con debido cuidado y precaución, y deberían intentar satisfacer este deber reformando las instituciones para acercarlas a lo que debería ser¹⁶⁷³.

III. CONCLUSIONES

Como conclusión, luego de haber revisado los argumentos en favor de considerar que las empresas tienen deberes que exceden los que se derivan de las instituciones jurídicas vigentes, debemos reconocer que: a) no es irrazonable exigir que las empresas no tengan como único fin la maximización de beneficios económicos. Incluso aunque tuvieran este fin como objetivo directo, existen restricciones que provienen de la estructura institucional jurídica de una sociedad justa. Estas restricciones pueden imponer la persecución de otros fines socialmente valiosos. Además, debemos aceptar que: b) en estados que incumplen las normas de derechos humanos o que no proveen los bienes sociales primarios básicos que las personas deberían tener garantizados, las empresas quizás deberían actuar para reformar las instituciones de la que se denomina "estructura básica" de una sociedad.

Es evidente que existe una conexión necesaria entre la ética y el mundo de las empresas y es un terreno que requiere mayor exposición y claridad. En este sentido creo que el trabajo realiza un aporte significativo. Parece poco razonable, por otra parte, afirma que el único deber de los empresarios es cumplir con las obligaciones jurídicas que impone el ordenamiento. La buena fe comercial y la actitud de compromiso social podría dejar de ser parte del terreno de las buenas intenciones y de la responsabilidad social empresarial, para incorporarse como exigencias de legalidad propia del derecho comercial.

Queda todavía por delante una gran tarea debido a que uno de los principales problemas que se presenta cuando se investiga sobre los principios y los deberes de las personas en situaciones alejadas del mundo ideal. Situaciones en las que el incumplimiento es común, o en las que los sistemas no son todo lo perfectamente justos que deberían ser. Deberíamos sin embargo distinguir entre los deberes que surgen en un estado que es moralmente ilegítimo, porque falla en la satisfacción de las prestaciones básicas, o porque no garantiza un umbral

¹⁶⁷³ “[...] porque el derecho en una sociedad es el conjunto de leyes que han sido promulgadas de forma legítima, según los procedimientos estipulados en ella. Si una norma ha sido promulgada siguiendo los procedimientos legítimos, es ya una norma jurídica y su cumplimiento es legalmente exigible por parte de la autoridad competente. Sin embargo, que una norma haya sido promulgada según los procedimientos legales no significa ya que sea justa, porque puede haber derecho injusto [...] Tampoco es suficiente para tomar decisiones racionalmente justas atender sólo al derecho positivo y a la conciencia moral alcanzada por una sociedad determinada, porque el hecho de que en ella no exista sensibilidad, por ejemplo, hacia determinados derechos humanos, no significa que podemos atenernos tranquilamente a unas convicciones que están por debajo de las convicciones morales generadas por una moral crítica” (ADELA CORTINA, 1994, pp. 26-27)

mínimo de decencia, y los deberes que surgen en un estado que es injusto, porque la distribución de riquezas no satisface los principios de justicia adecuados. Sólo en este segundo caso, surgen deberes de justicia que no se yuxtaponen a los deberes legalmente creados, ya que, en el primer caso, el deber principal es el de transformar en legítimas las instituciones que coaccionan a la ciudadanía o asistir para que la ciudadanía se gobierne de manera legítima.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BLANC, SANDRINE - ISMAEL AL-AMOUDI. (2013). "Corporate Institutions in a Weakened Welfare State: A Rawlsian Perspective". *Business Ethics Quarterly*, 23(4), 497-525.

COHEN, GERALD A. (2000b). *If you're an Egalitarian, how come you're so rich?* Cambridge: Harvard University Press.

COHEN, GERALD A. (2001). *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* (L. A. L. y. Ó. A. Llopis, Trans.). Barcelona: Paidós Ibérica.

CORTINA, ADELA. (1994). *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*. Trotta.

DAVIS, NANCY A. (1995). El deontologismo. En P. Singer (Ed.), *Compendio de ética*. Madrid: Alianza Editorial.

DEMUIJNCK, GEERT. (2013). "Duties of Justice in Business". *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, 743-760.

FRIEDMAN, MILTON. (2007). The social responsibility of business is to increase its profits. En *Corporate ethics and corporate governance* (pp. 173-178): Springer.

HEATH, JOSEPH. (2004). A market failures approach to business ethics. En *The invisible hand and the common good* (pp. 69-89): Springer.

HOFFMAN, W MICHAEL- ROBERT E FREDERICK - MARK S SCHWARTZ. (2014). *Business ethics: Readings and cases in corporate morality*: John Wiley & Sons.

HSIEH, NIEN-HÊ. (2009). "Does Global Business Have a Responsibility to Promote Just Institutions?". *Business Ethics Quarterly*, 19(2), 251-273.

KYMLICKA, WILL. (1995). *Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción*. Barcelona. Ariel.

MILL, JOHN STUART. (2001). *Utilitarianism* (2nd ed.). Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Co.

PETTIT, PHILLIPE. (1995). El consecuencialismo. En P. Singer (Ed.), *Compendio de ética* (pp. 323-337). Madrid: Alianza Editorial.

RAWLS, JOHN. (1971-1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.

RAWLS, JOHN. (2005). *Political liberalism*: Columbia University Press.

SELEME, HUGO. (2011). *Las fronteras de la justicia distributiva. Una perspectiva rawlsiana*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SEN, AMARTYA - BERNARD WILLIAMS. (1982). *Utilitarianism and beyond*: Cambridge University Press.

SMART, JOHN - BERNARD WILLIAMS. (1973). *Utilitarianism: For and Against*. New York: Cambridge University Press.

PONENCIAS

INSTITUTO DE DERECHO

COMPARADO

"ENRIQUE MARTINEZ PAZ"

EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO (2019). REFLEXIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO

José Daniel Cesano
Director del Instituto de Derecho Comparado
"Enrique Martínez Paz"

Al Sr. Académico Dr. Luis Moisset de Espanés (in memoriam): por su prolífica labor como Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y sus valiosos aportes al comparatismo

Sumario

I.- En búsqueda de las fuentes externas empleadas por la comisión al diseñar el modelo de atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. II.- De las fuentes externas en particular: España y Chile. III.- El uso del Derecho comparado como reflexión conclusiva. Bibliografía.

I.- EN BÚSQUEDA DE LAS FUENTES EXTERNAS EMPLEADAS POR LA COMISIÓN AL DISEÑAR EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA JURÍDICA

El 25 de marzo de 2019, ingresó al Senado de la Nación, el Anteproyecto de Código penal elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto N° 103/2017.

El texto que ha tomado estado parlamentario prevé, en el Libro I, Título VII, arts. 38 y 39, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El art. 38 establece, entre otros aspectos, el modelo a atribución adoptado. Dispone dicha norma:

Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables, en los casos expresamente previstos en éste Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio.

También serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones

para obrar en representación de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona física que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla.

En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

La responsabilidad de la persona jurídica subsistirá si, de manera encubierta o meramente aparente, continuare su actividad económica y se mantuviere la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

La persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Las personas jurídicas podrán ser responsables por los delitos previstos en el artículo 145 y los Títulos XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVII del Libro Segundo de este Código.¹⁶⁷⁴

La regulación se completa, con las penas que pueden imponerse a la persona jurídica (art. 39) y las pautas para su graduación y exención (art.41).

En la exposición de motivos con que se acompañó el texto presentado en la Cámara, hay tres aspectos destacables: a) que la incorporación de la responsabilidad penal se habría realizado de conformidad con la ley 27.401 de Responsabilidad Empresaria (B.O. 1/12/17); b) que en orden a las fuentes externas se menciona el art. 30 del Código Español y c) que, según la Comisión redactora el proyecto estableció un criterio de responsabilidad por culpa in vigilando, que prevé la exención de pena si la persona jurídica cumple con los siguientes requisitos: espontáneamente denuncia la comisión del delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna, ha implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito, y devuelve el beneficio indebido obtenido¹⁶⁷⁵.

De lo expresado hasta aquí puede deducirse que, salvo la referencia a la legislación española, no hay otra alusión a derechos extranjeros que puedan haber servido de insumo para la elaboración de la norma proyectada. Sin embargo, la utilización como interna preponderante de la mencionada ley 27.401, hace necesario que indagemos, en que ordenamientos jurídicos foráneos se inspiró el legislador al sancionar dicha norma.

Puesto es este cometido si analizamos el debate suscitado en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores, es

¹⁶⁷⁴Proyecto de Código Penal de la Nación Argentina, Bs. As., Ediciones SAIJ, 2019, pp. 354/355. Disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/27/2572/proyecto_codigo-penal.3.pdf. Accedido:30/08/2019

¹⁶⁷⁵Proyecto..., pp. 16/17 y 51.

posible señalar que, entre las fuentes externas empleadas, los expertos invitados – junto a la ley española - mencionaron, además, a la legislación chilena¹⁶⁷⁶.

II.- DE LAS FUENTES EXTERNAS EN PARTICULAR: ESPAÑA Y CHILE

1. Introducción

¿Por qué esta insistencia en una indagación comparativa?

Al menos por tres razones:

Por una parte, en relación a la fuente interna que se utilizó (ley 27.401), indudablemente no hay acuerdo en la doctrina nacional en relación al modelo de atribución que adoptó; visualizándose, al menos, tres posicionamientos distintos; concretamente: a) que se establece un modelo de heteroresponsabilidad (también llamado de responsabilidad vicarial o por transferencia)¹⁶⁷⁷; b) que se trata de un modelo de autoresponsabilidad o responsabilidad propia del ente ideal¹⁶⁷⁸; y c) que la ley consagró un sistema mixto¹⁶⁷⁹.

En segundo término porque si se coteja la Exposición de Motivos del Proyecto con las disidencias parciales efectuadas, es posible observar cómo, algunos de los propios miembros de la Comisión, no están de acuerdo con el modelo con que se vincula al art. 2, en los citados fundamentos. En efecto – como ya lo anticipamos – la Exposición expresa: “Se establece un criterio de responsabilidad por *culpa in vigilando*”¹⁶⁸⁰. Sin embargo, en su disidencia conjunta, Fernando Córdoba y Patricia Ziffer señalaron al respecto: “En el acápite referente a la responsabilidad de las personas jurídicas, consideramos insuficiente la regulación de corte vicarial que se adoptó, y en su reemplazo propusimos otra, basada en un modelo de responsabilidad por defecto de organización”¹⁶⁸¹. La contradicción es flagrante y, especialmente preocupante porque aquella disidencia controvierte, ni más ni menos, que el texto de la Exposición de Motivos; instrumento de singular valor para la interpretación de

¹⁶⁷⁶Dijo en aquella reunión Mora Kantor, una de las responsables de la redacción del anteproyecto del Poder Ejecutivo Nacional: “Nuestra ley (...) está muy basada en el modelo chileno de responsabilidad penal de personas jurídicas. Esto para que lo tengan en cuenta. Y también estudiamos mucho la ley española” (cfr., Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación. Reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, 1° de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos. 18).

¹⁶⁷⁷De esta opinión LASCANO, CARLOS JULIO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401”, en *Foro de Córdoba*, Córdoba, Ed. Advocatus, Año XXVIII, n°198, 2019, pp. 97/98.

¹⁶⁷⁸Así lo afirma RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA, “Comentario al art. 2”, en LINA ANLLO (dirección), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance). Ley 27.41. Comentada*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019, pp. 117/118.

¹⁶⁷⁹Esta es nuestra opinión. Al respecto, cfr. AROCENA, GUSTAVO A. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Responsabilidad penal empresaria y “criminal compliance”*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019, p. 26 y siguientes.

¹⁶⁸⁰*Proyecto...*, cit., p. 17.

¹⁶⁸¹ *Proyecto...*, cit., p.213.

las normas que integran el texto que ha tomado estado parlamentario. Es que, si no están de acuerdo en relación al tópico, los propios miembros de la Comisión, los problemas hermenéuticos que, de sancionarse este texto, generaría, resultan incalculables.

En tercer lugar Córdoba y Ziffer se lamentaron porque el texto finalmente consensuado por la Comisión no sacó el aprovechó debido de “la evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial en países con los que compartimos nuestra tradición jurídica, como España y Chile, y que ofrece una descripción precisa y detallada de [la responsabilidad de] las personas físicas que pueden generarla, los criterios de atribución y exención de esa responsabilidad”¹⁶⁸².

De esta forma, el análisis de las legislaciones española y chilena tendrá una doble utilidad:

Por una parte, servirá para esclarecer cuál es el modelo de atribución que adoptó el proyecto. En este cometido el comparatismo puede aportar un mejor conocimiento del sistema jurídico local, propiciado por la evidencia de características afines a otros sistemas que le han servido como fuente externa; en la medida que las normas jurídicas nacionales se inspiran en aquéllas¹⁶⁸³.

Desde otra perspectiva, la visualización de cada sistema extranjero y su comparación, permitirá extraer todos aquellos aspectos que sean de interés para optimizar la regulación legal nacional.

2. La legislación chilena

La responsabilidad penal de la persona jurídica fue introducida en la legislación chilena a través de la ley 20.393, entrando en vigencia el 1/12/2009. El sistema de atribución de responsabilidad está previsto por el art. 3º, cuyo texto dispone:

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización,

¹⁶⁸²Proyecto..., cit..., p.213.

¹⁶⁸³FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS - MORAIS CARVALHO, JORGE, *Introducción al Derecho Comparado*, Santiago - Chile, Ed. Olejnik, 2018, p. 33.

administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.¹⁶⁸⁴

Junto a esta previsión, el art. 4 determina las características que debe tener el modelo de prevención de los delitos, previéndose, en su inc. 3, el contenido mínimo de los mismos; a saber:

- a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.
- b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.
- c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.
- d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos.¹⁶⁸⁵

¿Cómo fue caracterizado este modelo por la doctrina chilena?

En términos generales se sostiene que esta ley ha abrazado un modelo atenuado de responsabilidad derivada (vicarial) que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado deficitariamente, de tal modo que favorezca o, en todo caso, no impida ni dificulte la realización de ese tipo de hechos. Esta última particularidad constituye el núcleo de lo que se ha denominado responsabilidad por defecto de organización. En efecto, conforme al art. 3° de la ley los requisitos de la responsabilidad penal por los delitos. Desde un punto de vista político más amplio, "el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía *autorregulación forzada* (*enforced self-regulation*), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan

¹⁶⁸⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Legislación Chilena. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf. Accedido: 2/8/2019.

¹⁶⁸⁵ Idem nota anterior.

también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de *programas de cumplimiento (compliance programs)*¹⁶⁸⁶.

Esta caracterización ha sido compartida por la jurisprudencia. En efecto, el carácter mixto que se le adjudica al sistema de atribución de responsabilidad previsto en la ley reposa en el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica, que refiere el inciso 3, del artículo 3 ya citado¹⁶⁸⁷: se trata de la existencia de un delito cometido tanto por una persona física vinculada a la empresa (núcleo del modelo vicarial o de transferencia), como de la existencia de un defecto de organización de la propia empresa que se refleja en aquellos incumplimientos, facilitadores de la comisión del delito respecto a las personas naturales. La necesidad de que concurra esta exigencia para fundar la responsabilidad de la corporación es admitida en los casos “Colbún”, “Pehuenche” y “Universidad del Mar”; fallos condenatorios dictados respectivamente por los Juzgados de Garantías de Talca, 7° y 8° de Santiago respectivamente¹⁶⁸⁸.

3. La Legislación Española

¿Qué sucede con la legislación española?

El art. 31 bis del Código Penal regula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la siguiente manera:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido

¹⁶⁸⁶Cfr. HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en Revista *Política Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pp. 217/218. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. Accedido el 2/8/2019. Esta opinión es compartida, casi en forma pacífica, por la doctrina chilena. Así se ha dicho: “En este contexto, la doctrina chilena parece sumarse a la opinión de que el modelo adoptado por la legislación es el denominado modelo mixto (...)” (cfr. NAVAS, IVÁN - JAAR, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, EN Revista *Política Criminal*, Vol. 13, Nº 26, Diciembre 2018, p. 1033. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf. Accedido: 3/8/2019).

¹⁶⁸⁷Así lo reconocen NAVAS - JAAR, “la responsabilidad...”, cit., p. 1038. Los autores refieren que esta exigencia del inciso 3, constituye “uno de los requisitos más complejos de la responsabilidad de la persona jurídica que da origen al modelo mixto que sigue el ordenamiento jurídico chileno”.

¹⁶⁸⁸Cfr. NAVAS - JAAR, “la responsabilidad...”, cit., p. 1039/1040.

gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.^o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.^o Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3. ° Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4. ° Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. ° Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6. ° Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.¹⁶⁸⁹

¿Cuál es el modelo de atribución de responsabilidad de este texto? Analizando el formante doctrinario, existe una firme tendencia que lo vincula, también, con los sistemas mixtos.

Sin duda, la reforma que introdujo, en esta materia, la Ley Orgánica 1/2015, fue amplia y profunda¹⁶⁹⁰. Sin embargo, existe un nutrido elenco de autores que al analizar la cuestión de la autonomía o dependencia de la responsabilidad penal de los entes ideales, ha concluido adoptando posicionamientos mixtos. Feijoo Sánchez ha señalado que si bien la responsabilidad tiene como presupuesto imprescindible un hecho o unos requisitos de conexión con un delito individual, ello no significa que la responsabilidad penal no exija unos requisitos propios adicionales que han de legitimar la intervención punitiva. La responsabilidad penal de la persona jurídica “parte del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de dicha responsabilidad es independiente del de dicha persona física. En definitiva, el modelo español (...) se caracteriza por ser un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas, y por eso tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes”¹⁶⁹¹. En similar dirección, Gómez Jara - Díez expresa que el actual sistema español, si bien contiene algunos preceptos que parten de premisas basadas en las teorías de la representación - que exigen el punto de conexión con la responsabilidad de la persona natural - el conjunto de la regulación vigente “se centra en mayor medida en determinados principios propios de la fundamentación moderna

¹⁶⁸⁹El texto transcrito lo tomamos de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Accedido 30/8/2019.

¹⁶⁹⁰ GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la L.O. 1/2015*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 70.

¹⁶⁹¹FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español”, en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL - FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ - GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016, p. 67.

tales como la autoregulación, el cumplimiento normativo (*Compliance*) y la ciudadanía corporativa”¹⁶⁹².

¿Qué sucede con la doctrina judicial española en esta materia?

Por de pronto se advierte una discrepancia notoria entre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La mentada Circular se posiciona a favor del sistema vicarial o de transferencia, descartando “cualquier tipo de responsabilidad penal de la empresa. Expresamente la de culpabilidad por defecto de organización. Es decir, se hace responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas físicas”¹⁶⁹³.

Sin embargo, no parece tan claro el posicionamiento de la doctrina del Tribunal Supremo. En efecto, mientras algunos autores afirman que dicho Tribunal, en sus primeros pronunciamientos (Sentencias 514/2015, 154/2016, 221/2016 y 516/2016), señala que el Código ha adoptado un modelo de autoresponsabilidad¹⁶⁹⁴; otro sector de la doctrina considera que el citado Tribunal, en las Sentencias 154/2016 y 221/2016, si bien considera que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad, esto “no impide que se sostenga la opinión contraria, de que el sistema es de heteroresponsabilidad (o de responsabilidad por el hecho de las personas físicas)”¹⁶⁹⁵.

III.- EL USO DEL DERECHO COMPARADO COMO REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Una de las utilizaciones prácticas del Derecho Comparado reside en la interpretación de los preceptos jurídicos nacionales. Se ha dicho, en opinión que compartimos (más allá de las formulaciones que luego especificaremos), que el empleo de material extranjero no puede usarse para pasar por alto principios nacionales inequívocos: en ningún sistema legal debe controvertirse el principio de respeto a su legislación vigente. Sin embargo, cabe plantear esta cuestión cuando, entre otros casos, “hay dudas respecto de la elaboración de una regla”¹⁶⁹⁶. En este sentido, sabemos que el legislador moderno toma sus soluciones del Derecho Comparado¹⁶⁹⁷. Por tanto, “merced a la más amplia visión que nos proporciona esta disciplina, debemos incluir el método comparativo en los criterios que, tradicionalmente, se aplican a la interpretación

¹⁶⁹²GÓMEZ - JARA DÍEZ, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FÉRNANDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ JARA - DÍEZ, *Tratado*, cit., pp. 90/91.

¹⁶⁹³GOENA VIVES, BEATRÍZ, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017, p. 56.

¹⁶⁹⁴ GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos...*, cit., p. 97.

¹⁶⁹⁵ GOENA VIVES, *Responsabilidad...*, cit., p. 62.

¹⁶⁹⁶ ZWEIGERT, KONRAD - KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2012, p.19.

¹⁶⁹⁷ Al respecto, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Introducción al Derecho Penal Comparado*, Córdoba, Ed. Brujas, 2017, p. 66 y ss.

de los principios nacionales”¹⁶⁹⁸. Indudablemente, tal empleo, no está exento de ciertas dificultades. No es éste el ámbito – por el contenido fuertemente teórico metodológico de tal debate – para discutir esos problemas. Sin embargo, consideramos conveniente precisar dos cuestiones en relación a dicha utilización; a saber: por una parte, que recurrir a este criterio interpretativo, tiene como presupuesto conocer las fuentes externas de donde deriva la ley nacional (en este caso: Chile y España) y, sobre aquellas fuentes, integrando en la indagación los formantes legales, doctrinarios y jurisprudenciales, determinar cuáles son los modelos de atribución que han adoptado aquellas legislaciones; situación que – y esta es la segunda precisión – requiere que la “investigación tenga por objeto exponer las relaciones existentes entre varios sistemas represivos. Para que esta investigación tenga valor científico debe perseguir una trascendencia explicativa, y no limitarse a una labor puramente informativa o descriptiva. El comparatista no puede referirse únicamente al estudio de las similitudes y divergencias, sino esforzarse por determinarlas causas de tales similitudes y divergencias, cuidando de especificar sus valores fundamentales e incidentales, así como señalar sus relaciones con la estructura general de los sistemas considerados”¹⁶⁹⁹.

Sentado lo anterior, como primera medida, habremos de comparar el subsistema normativo que establece el proyecto con el diseñado por las legislaciones extranjeras que le sirvieron de fuente.

Consideramos que el proyecto argentino y las leyes chilena y española adoptan modelos que caracterizamos como mixtos. Este dato, sin embargo, no significa postular una identidad entre ellos. En efecto, es posible visualizar, al menos dos elementos en común que nos permiten subsumir los subsistemas normativos comparados en aquellos modelos; concretamente:

a) Que los tres textos exigen, para generar responsabilidad penal a la corporación, un punto de conexión con la comisión de delitos, por parte de personas naturales, que integran un círculo de posibles autores. El aspecto significativo porque, la atribución de responsabilidad al ente ideal requiere de este actuar humano.

b) Que se establece como factor de exención de responsabilidad o de pena si antes de la comisión del delito la empresa hubiese previsto y ejecutado un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos¹⁷⁰⁰. Si bien existe una diferencia entre el proyecto argentino, en relación a las leyes chilena y española, en tanto en la primera, la previsión de aquellos sistemas opera como una excusa absolutoria¹⁷⁰¹ que impide la imposición de

¹⁶⁹⁸ ZWEIGERT – KÖTZ, *Introducción...*, cit., p. 20.

¹⁶⁹⁹ HERZOG, JACQUES - BERNARD, “Los principios y métodos del Derecho Penal Comparado”, *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Año XXXIX - N°155 - Enero - Abril de 1971, p. 47.

¹⁷⁰⁰ Arts. 31 bis, inc. 4, Código Penal español; 41, inc. 2, 2°, proyecto de Código Penal argentino y art 3, 1° y 2° párrafos de la ley 20.393; norma que condiciona la responsabilidad a que “la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

¹⁷⁰¹ AROCENA - CESANO, *Responsabilidad...*, cit., p. 49.

pena y, en el caso chileno y español se vincularían más con la culpabilidad¹⁷⁰²; el efecto es idéntico en la medida en que, implementado esos sistemas de prevención, no hay reproche para la empresa. Estas normas, además, permiten reafirmar el carácter mixto de la atribución de responsabilidad, por cuanto al hablar de exención de responsabilidad o de evitación de la pena (lo que supone previamente la existencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), es indudable que están predicando esos efectos respecto de un ente que goza de autoresponsabilidad.

Sin embargo, estas similitudes no significan desconocer la existencia de un aspecto diferenciable. Éste está dado por la mayor minuciosidad en orden a regular el contenido de los programas de prevención, que establecen las legislaciones española y chilena y de la que adolece el proyecto argentino. De hecho, la parquedad de la ley argentina hizo decir - como ya lo apuntamos - a dos miembros de la comisión redactora (Córdoba y Ziffer), que el anteproyecto, tal como se aprobó, adoptaba un modelo de atribución vicarial en vez de un modelo de autoresponsabilidad. Y si bien, por los argumentos ya vertidos, en nuestra opinión, los tres sistemas establecen modelos mixtos, no puede negarse que las fuentes externas utilizadas, efectivamente, se han caracterizado por dar una mayor densidad al que, sin duda, conforma el núcleo de mayor gravitación en los modelos de responsabilidad por culpa en la organización; esto es: los *compliance programs*.

El otro aspecto que nos interesa remarcar en orden al uso del derecho comparado se refiere a la calidad del producto normativo del proyecto argentino en esta materia. En efecto, también ya es un uso consagrado del comparatismo, el ofrecer materiales extranjeros a los legisladores nacionales, como insumo para el diseño de sus textos¹⁷⁰³.

Indudablemente el sistema de atribución de responsabilidad que trae el proyecto tiene, al menos, un gran déficit; que un atento análisis comparativo con las fuentes externas hubiese permitido superarlo. Nos referimos a la falta de previsión, en el texto proyectado de un contenido mínimo de los programas de integridad; tal cual lo hace la legislación chilena, en su artículo 4 y el C.P. Español en su artículo 31 bis, inciso 5°. De hecho, en su disidencia conjunta, Ziffer y Córdoba señalaron que: “consideramos que una regulación de esta naturaleza debía fijar, ya a nivel legal, algunos contenidos mínimos para los programas de *compliance*, que aseguren una cierta uniformidad”¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰² Respecto del art. 31 bis del Código Penal Español, ha señalado GÓMEZ - JARA DÍEZ, CARLOS, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNANDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ JARA - DÍEZ, *Tratado*, cit., p. 149: “... la reciente reforma del Código penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, del 3 de marzo, se ha tomado ciertamente en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Probablemente, la mayor novedad, vinculada con la culpabilidad propia de la persona jurídica, ha sido establecer que la existencia de los programas de *Compliance* con anterioridad a la comisión del hecho delictivo pueden, bajo determinadas circunstancias, servir como causa de exención de responsabilidad”.

¹⁷⁰³ Al respecto, CESANO, JOSÉ DANIEL, *El uso legislativo del Derecho Comparado. Algunas reflexiones a partir de los trabajos preparatorios del proyecto de Código Penal Argentino* (2019), Córdoba, Ed. Lerner, 2019, p. 23 y ss.

¹⁷⁰⁴ *Proyecto...*, cit., p.213. De hecho, el art. 23 de la ley 27.41, fuente interna también utilizada por la comisión, contiene una previsión en donde se detallan algunas exigencias mínimas en

Ya nos hemos referido, en investigaciones anteriores¹⁷⁰⁵, que el empleo del derecho extranjero por parte del legislador local debe realizarse con suma prudencia, por cuanto no se puede reparar únicamente en los formantes legales y copiarlos sino que, es necesario, también prestar atención en el resto de los formantes y, sobre todo en la compatibilidad de los modelos que se pretenden utilizar, especialmente, desde la perspectiva de los contextos de las normas extranjeras que deben guardar cierta similitud con el propio del Estado que pretende importar aquellas soluciones.

En orden a los formantes, concordamos con la opinión de Pegoraro en el sentido que:

No siempre, incluso muy raramente, el dato normativo textual brinda un conocimiento real de las soluciones jurídicas ofrecidas por el ordenamiento. El paso en dirección a una comparación más profunda se da mediante el cotejo que se desarrolla en base al 'derecho en acción', el denominado 'derecho viviente', el derecho que en un determinado momento histórico ha encontrado implementación efectiva y representa la interpretación de una regla elegida conscientemente por sus operadores jurídicos. Entra en juego, por tanto, el conjunto de significados que se asignan a las fórmulas normativas textuales en el momento de aplicación a sus casos concretos por parte de autoridades encargadas de ello. El comparatista indaga el objeto de estudio a través de las líneas de evolución de la jurisprudencia, la *praxis* administrativa, las orientaciones de la doctrina e, incluso, a través de aquellos elementos accesorios que considere útiles para una comprensión que no se limite a estudiar la superficie de un fenómeno jurídico, aun cuando para ello necesite recurrir a categorías e instrumentos de análisis propios de otras ciencias.¹⁷⁰⁶

Siguiendo estos criterios hemos visto que respecto de los casos de Chile y España, el formante doctrinal, en su orientación prevaleciente, coincide en que, ambos textos han adoptado un modelo de atribución mixto; lo que concuerda con el sentido que le hemos dado a la fórmula del proyecto. Por su parte, desde la perspectiva del formante jurisprudencial también advertimos, en relación a las fuentes extranjeras analizadas, el énfasis que se pone en la cuestión de los programas de integridad y en las consecuencias que se derivan del incumplimiento en su previsión; todo lo cual aproxima a estas legislaciones a componentes propios de los sistemas de autoresponsabilidad. De allí que la indagación realizada permite validar nuestra propuesta en relación al empleo

relación a los programas de integridad. Al respecto, cfr. AROCENA - CESANO, *Responsabilidad...*, cit., p. 94 y ss.

¹⁷⁰⁵ Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL, "Consideraciones sobre algunas funciones del Derecho Comparado", en AROCENA, GUSTAVO A. - CESANO, JOSÉ DANIEL, *Repensando los métodos y desafíos del Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Córdoba, Ed. Lerner, 2018, pp. 43/45.

¹⁷⁰⁶ PEGORARO, LUCIO, *Derecho Constitucional Comparado. 1. La Ciencia y el método*, en PEGORARO, LUCIO - RINELLA, ANGELO, Directores, *Derecho Constitucional Comparado*, Astrea, Bs. As., 2016, p. 140.

de aquellas legislaciones como inspiradoras de las normas locales proyectadas y en interpretar a dicho subsistema, en cierta sintonía con aquéllas.

Sin embargo, al mismo tiempo, indicamos una grave falencia en el proyecto – en comparación con las fuentes externas – al no definir los elementos mínimos para el diseño de los programas de integridad; con lo cual no se sacó el debido provecho a la legislación inspiradora; cuando la similitud de los contextos de recepción permitía esta posibilidad.

¿Por qué hablamos de similitud de contextos?

Lo hacemos porque, los tres textos que hemos analizado surgieron por un mismo interés político: cumplir con exigencias de la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (O.C.D.E)**, en los casos de Argentina y Chile; o Decisiones – Marco de la Unión Europea, para España.

La propia Exposición de Motivos del proyecto argentino así lo confiesa¹⁷⁰⁷. Y la doctrina que se ha ocupado de los textos chileno y español lo ha reconocido expresamente¹⁷⁰⁸.

Por tal motivo hubiese sido razonable tomar en cuenta también aquellas legislaciones fuente para este cometido; estableciendo los contenidos mínimos que debe tener un programa de cumplimiento.

¹⁷⁰⁷ Este fue, también, el motivo que impulsó la sanción de la ley 27.401.

¹⁷⁰⁸ Para el caso de Chile, GARCÍA CAVERO, PERCY, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 16 – Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, p. 58, expresa: “En el caso de Chile es un hecho incuestionable que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha hecho para cumplir con ciertos requisitos para poder acceder a la OCDE.”. Respecto de España, señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑÍGO, “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)”, en Kuhlen, LOTAR – MONTIEL, JUAN PABLO – ORTÍZ DE URBINA GIMENO, IÑÍGO, *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 213, pp. 275/276, que las razones del legislador español se vinculan con instrumentos jurídicos internacionales de la U.E. que dimanen de un amplio abanico de Decisiones Marco.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, GUSTAVO A. - CESANO, JOSÉ DANIEL, *Responsabilidad penal empresarial y "criminal compliance"*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019.

CESANO, JOSÉ DANIEL, *Introducción al Derecho Penal Comparado*, Córdoba, Ed. Brujas, 2017.

-----, "Consideraciones sobre algunas funciones del Derecho Comparado", en AROCENA,

GUSTAVO A. - CESANO, JOSÉ DANIEL, *Repensando los métodos y desafíos del Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Córdoba, Ed. Lerner, 2018.

-----, *El uso legislativo del Derecho Comparado. Algunas reflexiones a partir de los trabajos preparatorios del proyecto de Código Penal Argentino (2019)*, Córdoba, Ed. Lerner, 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ, "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español", en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL - FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ - GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS - MORAIS CARVALHO, JORGE, *Introducción al Derecho Comparado*, Santiago - Chile, Ed. Olejnik, 2018.

GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras las reforma de la L.O. 1/2015*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

GOENA VIVES, BEATRÍZ, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ - JARA DÍEZ, "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL - FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ - GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

-----, "La culpabilidad de la persona jurídica", en BAJO FÉRNANDEZ, MIGUEL - FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ - GÓMEZ JARA - DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

HERNANDEZ BASUALTO, HÉCTOR, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, Julio 2010, pp. 217/218. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

HERZOG, JACQUES - BERNARD, “Los principios y métodos del Derecho Penal Comparado”, *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Año XXXIX - N°155 - Enero - Abril de 1971.

LASCANO, CARLOS JULIO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401”, en *Foro de Córdoba*, Córdoba, Ed. Advocatus, Año XXVIII, n°198, 2019.

NAVAS, IVÁN - JAAR, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, EN *Revista Política Criminal*, Vol. 13, N° 26, Diciembre 2018, p. 1033. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf.

PEGORARO, LUCIO, *Derecho Constitucional Comparado. 1. La Ciencia y el método*, en PEGORARO, LUCIO - RINELLA, ANGELO, Directores, *Derecho Constitucional Comparado*, Astrea, Bs. As., 2016.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA, “Comentario al art. 2”, en LINA ANLLO (dirección), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance). Ley 27.41. Comentada*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2019.

ZWEIGERT, KONRAD - KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2012.

EL INFLUJO DEL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PENAS Y SU INDIVIDUALIZACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Guillermo Funes

Sumario

I. Introducción. II. Fuentes extranjeras consultadas. III. Breve referencia a algunos de los sistemas citados: 1. Chile, 2. Estados Unidos, 3. España. IV. Delitos, Penas y Derecho Comparado. V. Determinación de Pena y Derecho Comparado. VI. Exención de pena, acuerdo de colaboración eficaz y sistema de control y supervisión adecuado. VII. Breve conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A modo de ajustado prolegómeno entiendo valioso resultar aquí cual es el propósito de este breve ensayo. Así, es dable apuntar que el mismo finca en comparar el régimen penal previsto, tanto en materia de sanciones, como de su graduación en el Proyecto de Código Penal del año 2018, y en la Ley 27401, de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ello con el propósito de establecer sus coincidencias, diferencias, y puntos salientes. Asimismo, en cada apartado se hará mención algunas notas salientes - referentes a esos puntos-, de aquellas fuentes extranjeras que fueron consultadas, referencias estas que serán de inestimable ayuda para enriquecer la discusión al respecto y para esbozar alguna breve conclusión.

II. Fuentes extranjeras consultadas.

De manera liminar cabe puntualizar que, a poco que se lleva adelante una concienzuda lectura de la *exposición de motivos del Proyecto de Código Penal*, se advertirá que, a diferencia de otros tópicos no existe allí una referencia explícita relacionada a qué ordenamientos normativos se tomaron en consideración al momento de elaborar el aludido proyecto. Pese a la dificultad que ello representa a nuestros fines, allí sí se consignó que se atendió a las pautas de la recientemente sancionada ley de responsabilidad empresarial (ley 27401), por lo que será en las fuentes de esta última en donde tendremos que bucear para develar esa incognita. En ese derrotero entonces, cabe destacar que en el mensaje elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, de fecha 20/10/2016, se expresó que el propósito del proyecto de ley era adaptar el

sistema penal argentino en materia de delitos contra la administración pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los que paíse encuentra obligado al adherir a la *Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, firmada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (de ahora en más OCDE), aprobada por ley 25319, la que entró en vigor en Abril del año 2001.

Ahora bien, en el proyecto de ley se aclaró que su ideario era habilitar sanciones a las personas jurídicas estableciendo para ello un sistema de atribución de responsabilidad que guiara el comportamiento de las personas afectadas y de sus autoridades encargadas de su aplicación, todo ello en la línea de aquellos países que cuentan con sistemas consolidados de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción tales como: *España, Estados Unidos de América, Brasil y Chile*. Estas son, entonces, las aludidas fuentes.

III. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS DE LOS SISTEMAS CITADOS: 1. CHILE. 2. ESTADOS UNIDOS Y 3. ESPAÑA

1. Chile

Como una consecuencia de los esfuerzos que le demanda a Chile incorporarse como miembro pleno a la OCDE, en el mes de diciembre del año 2009 fue sancionada en ese país la *Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* n° 20393¹⁷⁰⁹ la que implicó el abandono del principio *societas delinquere non potest* (art. 58 del Código Procesal Penal de aquel país)¹⁷¹⁰¹⁷¹¹. Ahora bien, si nos sumergimos someramente en su articulado advertiremos en lo referente a su ámbito de aplicación que se prevé su aplicación a las personas jurídicas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado, sin importar su tamaño, por el siguiente catálogo cerrado de delitos (a) 1º, a saber: a) lavado de dinero; b) financiamiento del terrorismo; y c) soborno y cohecho

¹⁷⁰⁹Un pormenorizado análisis, tanto del contexto y de antecedentes, que precedieron a la sanción de la aludida ley pueden consultarse en el completo trabajo de MARISOL ALEJANDRA GOMEZ CONTRERAS - CONSTANZA LICHTENBERG BARAONA, "Responsabilidad de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el Derecho Comparado". *Repositorio Académico de la Universidad de Chile*. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>, 25/8/2019.

¹⁷¹⁰HECTOR HERNÁNDEZ, "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". *Scielo*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005, 25/8/2019.

¹⁷¹¹IVAN NAVAS- ANTONIA JAAR, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena". *Scielo*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027,

25/8/2019. Los mencionados autores expresan que Desde el punto de vista político criminal se establece que la finalidad de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas obedecía a tres importantes factores: a) la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual; b) la existencia de una responsabilidad organizada de sujetos individuales que actuaban bajo el paraguas jurídico de la persona jurídica; y c) la falta de eficacia preventiva de formas de responsabilidad colectiva como el derecho administrativo sancionador

activo, tanto de empleados públicos nacionales como de un funcionario público extranjero¹⁷¹²

Asimismo, es dable destacar que Chile abrazó un esquema de responsabilidad penal denominado *modelo atenuando de responsabilidad derivada*, es decir, en donde no sólo se demanda una conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, sino que también requiere que esta última haya contribuido al mismo por haberse organizado de un modo que favorece, o en su caso, no impide o dificulta que se lleven adelante este tipo de hechos. En suma, es la denominada *responsabilidad por defecto de organización* (delineado y trazado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo).¹⁷¹³ Completa el cuadro anterior un segundo factor de conexión entre la empresa y el delito, este demanda que el sujeto relacionado haya cometido el mismo en interés o para beneficio de aquella, exigencia con la que se pretende dejar fuera de este ámbito a aquellas actuaciones que no sólo no le reportan ningún beneficio, sino que se muestran incluso contrarias a la misma.

2. Estados Unidos

Las Organizational Sentencing Guidelines (de ahora en más, OSG) o directrices para la determinación de la pena de las personas jurídicas¹⁷¹⁴ comenzaron a regir en el país del norte en el año 1991. Las mismas establecen un sistema basado en la culpabilidad organizativa y la autoregulación, y parten de la base del sistema vicarial de responsabilidad empresarial (vicarious responsibility), mediante el cual se imputa un hecho a una persona moral al transferir a aquella las conductas realizadas por un agente suyo que ha obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecerla. Ahora bien, y esto es importante de ser destacado, ante una declaración o veredicto de culpabilidad por el hecho, se considera la culpabilidad de la propia persona jurídica para agravar o atenuar la pena; es decir entonces, el modelo no se basa en la transferencia de responsabilidad de los agentes a aquella. En este grupo de casos, la imputación a la persona ideal se sustenta en lo que se considera la conducta de la propia persona jurídica ante acciones de terceros. Merced a ello, si la empresa ha sido diligente en la prevención de esos hechos delictivos, o en su investigación, se admite su ausencia de responsabilidad.

Caracteres: a) su objetivo principal es condicionar a las empresas para que adviertan los costos y beneficios que pueden traer aparejados sus conductas; b) las medidas preventivas que adopten puede servir para disminuir sustancialmente el riesgo de afrontar un proceso penal, o ser útiles para resultar

¹⁷¹³A este respecto, entiendo valioso consignar que Hernández, "Introducción a la responsabilidad...(cit)" p. 217, da cuenta que particularmente influyentes en esta materia resultaron las "Directivas de determinación de penas para organizaciones" del derecho federal estadounidense (Sentencing Guidelines for Organisations), de 1991 (modificadas en 2004).

¹⁷¹⁴En este apartado seguiremos la exposición de DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Buenos Aires. Ed. Marcial Pons, Derecho Penal y Criminología, 2013. p.161 y ss.

acreedoras de importantes deducciones de multas; c) se encuentran restringidos a delitos federales de entidad; d) se emplean para cualquier organización que no sea una persona física (sociedades anónimas, comanditarias, asociaciones, sociedades por acciones, sindicatos, trusts); y e) por último, la nota más saliente del sistema: los *compliance programs* o Programas Éticos y de Cumplimiento Efectivo, destinados a prevenir y detectar conductas delictivas. En atención a ellos, las organizaciones deberán ejercitar la debida diligencia para evitar y detectar la conducta delictiva y promover, mediante distintos instrumentos, una cultura organizativa que incentive la conducta ética, así como también el compromiso de cumplir la ley. Ellos deben ser diseñados razonablemente, implementados y sanciones de modo tal que no queden en un mero voluntarismo sino que sean, por el contrario, efectivos en su tarea. Estos principios, tomados en conjunto, describen el rol del llamado *buen ciudadano corporativo*.

3. España

Las recién estudiadas OSG, y la regulación europea existente en la materia, establecieron las bases del Anteproyecto de Reformas del año 2008, que finalmente se materializó en la Ley Orgánica 5/10, aprobada en junio de 2010. Se trata de una reforma que, deja bien en claro que asistimos a verdadera responsabilidad penal de personas jurídicas, y que a estas se les aplicarán penas.

Directrices actuales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁷¹⁵: a) Se mantiene la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan como administrador de hecho, o de derecho, o en nombre o representación de una persona jurídica, aun cuando no concurren en el mismo la cualidad o relaciones que exija la correspondiente figura del delito cometido (art. 31 CP). Al respecto señala Mapelli Caffarena que, el Código Español sigue partiendo de que el delito es cometido por una persona física de manera tal que son normas extensivas de la responsabilidad penal las que permiten castigar a los entes idenales. Pese a ello, es bueno aclarar que, de acuerdo al art. 31 bis. 2 CP, no es preciso ni presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se haya procedido en contra de la persona física y ni siquiera que esta haya sido individualizada. Se trata de un sistema de imputación que parte de la responsabilidad por el hecho ajeno (heteroresponsabilidad) y se encamina hacia una responsabilidad de la corporación por el hecho propio (autorresponsabilidad); b) Las sociedades con personalidad jurídica conforme la legislación mercantil, en cuya sede y beneficio se ha cometido el delito podrán ser castigadas conforme al conjunto de penas previstas en el art. 33. 7 del CP, pero sólo lo serán cuando así lo prevea expresamente el Código; c) cuando el delito se comete en colaboración, en la sede, o por medio de una sociedad sin personalidad jurídica -vrg., sociedades civiles- y está previsto expresamente, o bien se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas se podrán

¹⁷¹⁵Al respecto se seguirá la exposición de BORJA MAPELLI CAFFARENA, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Quinta Edición, Navarra, España. Ed. Thomson Reuters, 2011, p. 49 y ss

imponer como consecuencias accesorias –no como penas- algunas de las sanciones previstas entre los apartados c) y g) del ya citado artículo 33.7, o la prohibición definitiva de actividades; yd) la responsabilidad penal de las personas jurídicas no será aplicable a los órganos del Estado en sentido amplio, ni a quienes detenten funciones públicas, partidos políticos, sindicatos, organismos internacionales, ni sociedades mercantiles estatales¹⁷¹⁶

IV. Delitos, Penas y Derecho Comparado.

Ahora bien, sentado como está el breve repaso por los sistemas consultados, y también de manera previa a sumergirnos al análisis comparativo de penas y de determinación que convoca nuestro interés es dable detenerse, aunque más no sea sintéticamente, en el elenco de delitos comprendidos tanto en la ley 27401, como en el citado Proyecto Código. Así, la primera de las mencionadas en su art. primero hace responsable a las personas jurídicas que menciona por los siguientes delitos: a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (258 y 258 bis del C.P); b) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas previstas (265); c) concusión (268); d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, 268 (1) y (2) del Código Penal; y e) balances e informes falsos (300). A su turno, el Proyecto de Código Penal resulta mucho más amplio al respecto, pues comprende un elenco mucho más amplio que el anterior¹⁷¹⁷ por lo que pareciera que la Comisión de Reforma se habría hecho eco de aquellas críticas que se mostraron contrarias al criterio restrictivo empleado por la citada ley¹⁷¹⁸.

Sentado lo anterior y sumergiéndonos ya en el ejercicio comparativo aludido, es dable señalar que el régimen de penas previstas por la ley 27401 y el del Proyecto de Código Penal resultan *idénticos*, lo que puede explicarse porque este último tomó en consideración al anterior¹⁷¹⁹. Así entonces, el Art. 7 de la ley 27401 establece que ellas serán: a) Multa de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido, o que se hubiese podido obtener; b) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años; c) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos, o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en

¹⁷¹⁶Ello responde a la idea de que la Administración no es una organización de carácter privado dedicada a la producción de bienes o a su explotación en los mercados, sino que atiende a un fin general de servicio a la sociedad. Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), p. 50

¹⁷¹⁷Delitos previstos en el art. 145 del CP y aquellos previstos en los títulos XI (delitos contra la administración pública); XIII (delitos contra el orden económico y financiero); XIV (terrorismo y financiamiento); XV (delitos de narcotráfico y relacionados con estupefacientes); XVI (delitos fiscales); XVII (delitos aduaneros); XVIII (delitos cambiarios); XXII (tráfico de sangre, órganos y manipulación genética); XXIII (delitos contra el ambiente); XXIV (delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico); XXV (delitos relacionados con el deporte); XXVII (delitos contra la propiedad intelectual). Pareciera entonces, que la comisión de reforma se habría hecho eco de aquellas críticas que se mostraron contrarias al criterio restrictivo empleado por la citada ley

¹⁷¹⁸FEDERICO BORZI CIRILLI, "Régimen Penal Empresario (según ley 27401). Análisis, debate parlamentario y comparativo con la experiencia española". *Penalismo Crítico*. <http://penalismocritico.blogspot.com/2018/06/regimen-penal-empresario-segun-ley.html>, 25/8/2015.

¹⁷¹⁹Cabe señalar que si se repara en el catálogo de sanciones previstas, se advertirá que ellas guardan una estrecha similitud con aquellas previstas por el art. 304 de la ley 26683, por lo que sus consideraciones resultan de aplicación aquí.

ningún caso podrá exceder de diez años; d)Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyen la principal actividad de la entidad; e)Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; f)Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Pese a la identidad señalada algunas cuestiones. El Proyecto de Código Penal aclara que las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta, es decir, se prevé la posibilidad de que se aplique una sanción o varias, (nota resaltada en la exposición de motivos del proyecto). Asimismo, ambos ordenamientos emplean el término penas y no sanciones, al respecto cabe señalar que en la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal se advirtió que se decidió *no definir si las sanciones previstas resultaban o no efectivamente penas en sentido estricto*, elusión que puede responder a la discusión no saldada aún, relativa a las distinciones entre la sanción administrativa y la penal, pese a que se admite casi unánimemente que no existe una distinción sustancial entre ellas, sino de corte cuantitativo¹⁷²⁰.

De otro costado, cabe señalar que en ambos casos la enumeración de sanciones resulta *taxativa*, por lo que no podrán imponerse otras que no se encuentren allí previstas. Ambos listados, principian con la pena de multa y continúa con otras restricciones penales de diferente gravedad en lo atinente a su libertad económica y personería, que implica una eventual merma en el uso y goce de su libertad económica¹⁷²¹. Cabe señalar, asimismo, que en el Proyecto de Código su imposición *será facultativa*, pues no utiliza una expresión imperativa.

En cuanto a la sanción de multa se establece un determinado *quantum* sancionatorio, pauta que tiene la ventaja de no demandar actualización. A su turno, la suspensión total o parcial de actividades es una sanción temporal, pues de resultar definitiva se asistiría a una suerte de disolución de la personería jurídica. Reviste idéntico carácter, la suspensión para participar en concursos o licitaciones, la que además de tener una mirada preventiva de la cuestión, desde el punto de vista político criminal responde a un dato esencial cual es, el la unión entre lo público y lo privado en casos de corrupción. Disolución y liquidación de la personería, significa una suerte de muerte civil del ente moral. El plural empleado por la norma permite sostener que la comisión de un acto aislado no es suficiente para imponerla sanción, la que requerirá, en cambio, cierta habitualidad de estas situaciones en el giro de la corporación. Interesante también resulta desde el punto de vista político criminal, la sanción prevista en el inciso 5°, pues en el contexto económico actual resultan mas que necesarios los beneficios estatales, por lo que resulta lógico que un aprovechamiento indebido de ellos tenga como contrapartida una consecuencia sancionatoria. Por último, la publicación de extracto de la sentencia condenatoria a cargo de la persona jurídica no sólo resulta relevante

¹⁷²⁰JOSE DANIEL CESANO, "Las sanciones las personas jurídicas en las leyes 26.683", en Revista de Derecho Penal y Criminología. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Año II, N° 1, febrero 2012, p. 189 y ss.

¹⁷²¹SANDRO ABRALDES, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de 2014", en Revista de Derecho Penal. El Anteproyecto de Código Penal de 2013, número extraordinario, Santa Fé. Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 539.

por su ejemplaridad, sino también porque en el ámbito del mercado supone una descalificación del agrupamiento societario del caso.

Ahora bien, sentado como está lo anterior cuadra señalar que el sistema de sanciones reseñado precedentemente guarda indudable similitud con el sistema chileno, pese a lo cual este último distingue entre sanciones *principales* y *accesorias*. Así, las primeras (artículo 8º) son: a) disolución de la persona jurídica, o cancelación de la personalidad jurídica; b) prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; c) pérdida parcial o total de beneficios fiscales, o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; y d) multa a beneficio fiscal¹⁷²².

La primera de las sanciones mencionadas -es decir, la que reviste mayor gravedad- no se aplica a las empresas del Estado, ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas, o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena. Asimismo, sólo se puede aplicar tratándose de crímenes (en la actualidad, sólo lavado de dinero) y siempre que medie la circunstancia agravante del art. 7º, de haber sido condenada por el mismo delito en los últimos cinco años (art. 16 inciso segundo). Como se lo adelantara, también se prevén penas *accesorias* (artículo 13), siendo tales: la ya mencionada publicación; y el comiso del producto “y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos” del delito.

A su turno, si realizamos idéntico ejercicio en lo concerniente a las penas previstas en la legislación española, se advertirá que este ordenamiento prevé algunas penas de las que carece nuestro sistema, concretamente, *la clausura de la empresa, sus locales y establecimientos; la prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se hayan cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención judicial de la empresa*. Así, la primera de las mencionadas deja intacta la empresa, e incluso su funcionalidad, cuando sólo afecta a parte de sus instalaciones. La misma persigue neutralizar una actividad criminalmente peligrosa y no estigmatizar un local vacío, tiene una duración máxima de cinco años, y se trata de una sanción que puede aplicarse conjuntamente. A más de ello, se sostiene que el cierre temporal por espacios de tiempo breves está permitido, y se la emplee como una medida cautelar y no como una sanción.¹⁷²³ En cuanto a la segunda de las reseñadas, cabe señalar que aquí la sociedad continúa con vida y la prohibición es selectiva, ya que afecta sólo a algunas de las actividades que pueden ser estatutarias o extraestatutarias. Puede ser definitiva o temporal, en este último caso no podrá exceder de quince años. Muy interesante resulta la

¹⁷²²La importancia de la misma es remarcada por Baigún, quien advierte que en aquellas legislaciones que acogieron la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Francia, Holanda, Gran Bretaña) ella constituye, sin discusión, la pena principal. DAVID BAIGUN, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires, Ed. De Palma, junio de 2000, p. 264

¹⁷²³Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...* (cit), p. 276. El mencionado autor apunta que es necesario que la sentencia concrete los extremos de la sanción, esto es, si se trata de cerrar todos o algunos de los locales. En algunas ocasiones -remarca- dicha concreción viene ya determinada en el delito concreto -vrg, fábrica, laboratorio o local (art. 366 CP), dependencias abiertas al público (art. 430).

tercera de las citadas, por cuanto tiene una finalidad expresamente circunscripta por el código cual es, salvaguardar los derechos de los trabajadores y también a los socios o accionistas que no se encontraron involucrados en las actividades delictivas y pueden por ello merecer la intervención. Esta puede comprender: órganos de control, actividades empresariales y también la incautación de bienes y activos de la sociedad. Puede comprender la totalidad de las actividades, o alguna de ellas, y se trata de una sanción temporal que no puede exceder de cinco años¹⁷²⁴.

Finalmente, en este breve derrotero cabe señalar también que, las OSG prevén una serie de penas de las que carece nuestro ordenamiento. Así, la llamada *pena capital* que rige en materia de multas, por un lado, y la imposición de supervisiones capitales, por otra. La primera puede imponerse a ciertas organizaciones estrechamente vinculadas con la planificación de delitos, la misma la privará de todos sus activos, o en caso de que estos no pueden determinarse claramente, la imposición de una multa millonaria. A su turno, la segunda de las mencionadas tiene por finalidad evitar la comisión de nuevos delitos, marco en el cual cobran relevancia los llamados Programas Éticos de Cumplimiento Efectivo¹⁷²⁵.

V. Determinación de la Pena y Derecho Comparado.

Corresponde ahora colocar el foco de atención en la graduación de sanciones prevista en sendos ordenamientos normativos. Así, la ley 27401 establece en su artículo octavo que: para graduar las penas previstas en el artículo 7 de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta: el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto del dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza, y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia. Se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior. Cuando fuere indispensable

¹⁷²⁴Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), p.278. el autor nos ilustra en relación a su elasticidad, destacando que ella puede afectar actividades o limitarse a controlar determinados espacios. Es posible que la intervención la puede ejercer el Juez; la propia administración, una persona física o jurídica, o los mismos trabajadores. Puede disponerse como medida cautelar en la instrucción. Asimismo, la sanción en cuestión es similar a la *colocación de la persona jurídica bajo vigilancia judicial* del derecho penal francés (131-39 inc. C). Este tipo de pena, no se aplica a las personas jurídicas de derecho público, partidos políticos o grupos sindicales; su esencia reside en el nombramiento de un mandatario judicial cuya misión es precisada por el juez y cuyas obligaciones se circunscribe a la rendición de cuentas; se trata de una sola de una supervisión que no puede superar los cinco años. Su fin es la reorganización de la empresa y evitar la adopción de otra pena de mayor gravedad. GUSTAVO ABOSO-SANDRO ABRALDES, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal*, Capital Federal. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, Septiembre de 2000, p.171 y ss.

¹⁷²⁵Zysman Quirós, *Castigo y Determinación...*(cit), p. 164 y ss

mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7 de la presente ley. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de cinco años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona o el mantenimiento de los puestos de trabajo. No será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal.

Ahora bien, al igual que cuanto aconteciera con el régimen de sanciones, la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal dio cuenta que tomó para elaborar el texto del artículo 41 reservado a la aludida determinación, el ya reseñado artículo de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (ley 27401). A más de ello, en la exposición de motivos también se remarcó que se incorporaba la posibilidad de que el Juez pudiera imponer el pago fraccionado de la multa durante un determinado período de tiempo (cinco años), cuando en rigor ello ya se encontraba previsto en la citada ley. A más de ello se advierte también, que en el texto del artículo 41 no se aclara, a diferencia de su antecesora, bajo qué condiciones la persona jurídica adquirirá la condición de reincidente.

Resulta claro, que citados parámetros revisten una doble función: por un lado, establecer ciertas pautas de duración de aquellas sanciones temporales o pecuniarias divisibles, y por otro, y en lo referente a aquellas que no resulten fraccionables, individualizarlas entre el menú que fija la mentada norma. También se aprecia que la normativa citada no establece si ellas revisten el carácter de atenuantes o agravantes por lo que podrá asignársele cualquiera de ambos sentidos atendiendo a las características del caso concreto.

Entiendo que vale la pena realizar alguna consideración en relación a las siguientes circunstancias: a) el tamaño, la naturaleza, y la capacidad económica de la persona jurídica; b) el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; y c) la omisión de vigilancia sobre la actividad de autores y partícipes. Así, la primera de las citadas tiene una estrecha relación con la sanción de multa, y al respecto resulta evidente que mientras menor sea aquella capacidad, la sanción deberá aproximarse al límite inferior de la escala conformada. La segunda de las aludidas responde a la concepción de la empresa tributaria de los sistemas autopiéticos ya mencionados, es decir, como un sistema autónomo que se autoconduce. Finalmente, en cuanto a la tercera cabe señalar que, de ordinario podrá presentarse cuando exista la posibilidad de que las personas físicas utilicen a las personas jurídicas como empresas pantalla para realizar sus operaciones, por lo que la aludida omisión de vigilancia sobre posibles agentes de los delitos previstos permitirá fundar una mayor intensidad sancionatoria para la corporación. Por lo demás, cabe señalar que ambos ordenamientos evidencian la preocupación constante de buscar minimizar los efectos sociales indeseados en contrapartida por una pura retribución penal.

Ahora bien, al igual que cuanto sucede con el régimen de penas, el relativo a su determinación también es similar al sistema chileno. Así, la ley distingue entre

penas de crímenes¹⁷²⁶ y de simples delitos (arts. 14 y 15), a partir de lo cual brinda libertad del juez para aplicar todas o alguna de las penas previstas, y la extensión en que puede hacerlo está supeditada a la concurrencia de las circunstancias atenuantes o agravantes específicamente previstas para las personas jurídicas (art. 16) y, dentro de ese marco, a unos criterios específicos de individualización judicial de la pena, orientados principalmente a: la gravedad del delito, a las circunstancias de la entidad, y al posible impacto negativo de la pena en terceros (art. 17).

A su turno, la determinación de las penas en el sistema español, a más de caracterizarse por su *complejidad*¹⁷²⁷, presenta un carácter *dual*, ya que le demanda al órgano judicial tomar dos decisiones independientes, la primera, seleccionar la pena más adecuada del elenco de las previstas en el art. 33.7 CP, y en segundo lugar, y si se asiste a una pena temporal establecer su duración. Los criterios operativos están previstos a modo de *criterios generales* en el art. 66 bis CP, a saber: a) La necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control¹⁷²⁸¹⁷²⁹

De otro costado, se aprecia también alguna influencia del derecho norteamericano. Así, en lo referente a la pena de multa – claro está, fuera de la pena capital- cabe señalar que ella se determinará según la gravedad de la infracción y de la culpabilidad de la organización. A su turno esta última se agravará si: a) se involucró, o toleró la actividad delictiva; b) tiene una historia infraccional (antecedentes delictivos, civiles o administrativos); c) si infringió un mandamiento judicial; y d) si existió obstrucción a la justicia. Por último actúa como atenuante poseer un Programa Ético y de Cumplimiento Efectivo, si

¹⁷²⁶Hernández, Héctor, *Introducción a la responsabilidad...*(cit), p.229, en la actualidad—expresa- el único crimen previsto es el lavado de dinero.

¹⁷²⁷Ello pues obligan al órgano judicial a aplicar reglas generales y específicas. Así el primer párrafo del art. 66 bis CP, las reglas del art. 66 CP continúan vigentes y no subsidiariamente. Entonces, las reglas de este último artículo se aplican a las personas jurídicas salvo en lo atinente a la pena de multa, la que se rige por reglas específicas como el daño, el valor del objeto, la cantidad defraudada y beneficio (art. 52.4 CP), esto siempre que corresponda aplicar la multa por cuotas o proporcional, y no por el sistema de días multa. Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), p. 304 y ss.

¹⁷²⁸Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), p. 305 y ss. Al respecto apunta que ellas ponen de resalto el fundamento mismo de la criminalización de las personas jurídicas: *la corrupción dentro del sector de las empresas y sociedades comportan para las políticas socio-económicas de un país y, por esta razón, la pena debe ser en primer lugar, la más eficaz para neutralizar la actividad delictiva de la corporación condenada. Pero a la vez, la pena debe procurar no añadir obstáculos a la normalización legal de la actividad de aquella.*

¹⁷²⁹A más de ello, desde la doctrina autoral del país ibérico se sostiene con agudeza que, el art. 66.1 bis del CP, no contiene propiamente circunstancias que deba considerar el órgano judicial para determinar la magnitud temporal de una pena sino aquellas que deben concurrir cuando se pretenda aplicar una pena de determinada gravedad. Merced a ello se señala que en puridad de término no se trata de reglas de determinación (como las previstas por el art. 66 del CP para las personas físicas), sino de *garantías* que deben concurrir cuando el órgano judicial se decida por aplicar una sanción determinada. Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), p. 307 y ss.

hubiese existido una autodenuncia en términos razonables; cooperación total en el hecho y aceptación de su responsabilidad.

VI. EXENCIÓN DE PENA, ACUERDO DE COLABORACIÓN EFICAZ Y SISTEMA DE CONTROL Y SUPERVISIÓN ADECUADO

La ley 27401 en su artículo noveno reza: Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y c) hubiese devuelto el beneficio obtenido.

A su turno, el Proyecto de Código Penal en su art. 41 apartado 2do prevé, con las salvedades que se indicarán, idéntico texto que el reseñado precedentemente. En orden a las similitudes cabe apuntar que en lugar de aludir a que la exención de pena se dará cuando concurren *simultáneamente* las circunstancias que menciona, ahora se emplea su equivalente *conjunta*¹⁷³⁰. Asimismo, el proyecto contempla en el apartado tercero del artículo 41 el llamado *acuerdo de colaboración eficaz*, el que también reconoce como su antecedente la tan referenciada ley 27401. Así el proyecto prevé sucesivamente el acuerdo de colaboración eficaz, la confidencialidad de la negociación, y su contenido.

Finalmente, resta realizar una referencia al *sistema de supervisión adecuado* del que habla el inc.b del art. 9 de la citada ley, el que remite a los artículos 22 y 23. que llevan por rúbrica *programa de integridad y contenido* del mismo, respectivamente. Así, el primero de los citados define el contenido del aludido programa¹⁷³¹, el que debe guardar relación con: a) los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza; y b) su dimensión y capacidad económica. Se prevén, asimismo, puntos de cumplimiento obligatorio y facultativos¹⁷³². A su turno el proyecto de Código Penal sólo contiene dos

¹⁷³⁰Adviértase al respecto que, simultáneo proviene del latín, simul “al mismo tiempo”, juntamente “a la vez”, formado sobre momentáneo. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Tercera Edición. Edición del Tricentenario, 2014, T. II, octubre de 2014.

¹⁷³¹Refiere que las personas jurídicas podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en esta ley.

¹⁷³²El contenido del aludido deberá cumplir *obligatoriamente* los puntos previstos en los incisos a, b y c de la aludida norma (vrg, un código de ética; reglas y procedimientos específicos para prevenir delitos en el ámbito de concursos y procedimientos licitatorios en la ejecución de contratos administrativos; la realización de capacitaciones periódicas sobre el aludido progr,a a directores administradores y empleados) y *facultativamente* otra serie de tópicos, previstos en los puntos I a X de la citada norma (vrg, análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa; canales internos de denuncia de irregularidades; una política de protección de

referencias explícitas al referenciado programa de integridad, en primer lugar la ya mencionada alusión a la exención de pena, y en segundo término, las condiciones por las cuales puede arribarse a un acuerdo de colaboración eficaz, concretamente, implementar el mentado programa o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente (art. 41 *in fine*).

Ahora bien, considero que el establecimiento de los mencionados programas son la prueba más evidente de la influencia de los llamados *compliance programs* del derecho norteamericano, los que a su turno resultan una consecuencia de la imposición de una autoregulación a las personas jurídicas. Al respecto el doctrinario Diego Martín expresa que ellas “*ofrecen una serie de consideraciones generales acerca de los contenidos de un programa de cumplimiento, dejando después libertad a las empresas para que lo concreten y confeccionen sus propios programas*”¹⁷³³. La autoregulación es una nueva estrategia del intervencionismo público, se trata de una autoregulación reglada en donde además de demandar normas de comportamiento requiere participación de los sujetos regulados a quienes se pone en cabeza el deber de poner en práctica esos mecanismos y programas¹⁷³⁴.

VII. CONCLUSIÓN

Si bien en términos generales puede sostenerse que tanto la ley en tratamiento, como el Proyecto de Código Penal guardan en lo referente a los temas propuestos cierta correspondencia con aquellas legislaciones extranjeras que fueron consultadas, claro resulta a la luz de estas que podría haberse previsto un esquema de sanciones y de su determinación *más amplio* (piénsese por ejemplo en el sistema español, siempre presente en nuestra tradición jurídica). Ello, como lo sostienen los Dres. Córdoba y Ziffer en sus disidencias al proyecto de código, teniendo en consideración el interés en conciliar dos idearios que se encuentran en pugna en la materia, a saber: satisfacer el interés en aplicar la sanción correspondiente, por un lado, y preservar las fuentes de trabajo y la actuación empresarial, por el otro.

denunciantes contra represalias; un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados, etc).

¹⁷³³Zysman Quirós, *Castigo y Determinación...*(cit), p.169. El mencionado autor nos ilustra que John Braithwaite llevó adelante una consideración general sobre los presupuestos político económicos de intervención y autorregulación desde fines del siglo XIX y principios del XX, y luego de pasar por Estado gendarme –que básicamente desconocía la regulación estatal- y por el keynesiano –donde este tema cobra vigor, como por ejemplo con el New Deal- se asiste a un nuevo Estado regulador de cuño liberal iniciado con los gobiernos de Reagan y Thatcher el que sostiene como ideal al Estado timoneando y a la sociedad civil remando.

¹⁷³⁴Zysman Quirós, *Castigo y Determinación...*(cit), p.169.

LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y ESPAÑOLA

Andrés Matías Alveroni

Sumario

I. Introducción; II. Modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas; III. Evolución normativa argentina; IV. Evolución histórica en España; IV.1. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado; V. Reflexiones finales; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el origen del derecho penal existe el principio que niega la responsabilidad penal a las personas jurídicas conocido como *societas delinquere non potest*, este adagio se asentó en torno a tres pilares: la incapacidad de acción; la incapacidad de culpabilidad, y la imposibilidad de la aplicación de una pena¹⁷³⁵. Asimismo la doctrina se ha extendido aún más y ha incluido el problema de la infracción al principio de personalidad y la individualidad de la pena, y de ahí la posibilidad de sancionar a personas ajenas a la comisión del delito, que pudieran resultar al menos en términos procesales como inocentes y la eventualidad inobservancia del principio *ne bis in idem*¹⁷³⁶. España en el año 2010 y con su posterior reforma del 2015 incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica y en igual tenor la Argentina en diciembre de 2017 a través de la ley N° 27.401 se sumó a los países que admiten la responsabilidad penal de las empresas. El principio *societas delinquere non potest* parece haber quedado atrás, sin embargo la simple incorporación legislativa no elimina las dificultades

¹⁷³⁵ BERRUEZO, Rafael, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed., p. 19.

¹⁷³⁶ ABOSO, Gustavo E., *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, p. 126.

mencionadas en torno en sancionar penalmente a las personas de existencia ideal.

Lógicamente estos problemas siguen vigentes y presentan matices que se superponen unos con otros y tornan compleja su delimitación, sin embargo es necesario primeramente lograr algunos acuerdos respecto el modelo de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica para luego intentar dar respuestas a las cuestiones planteadas.

II. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Dentro de las teorías que admiten la responsabilidad penal de las persona de existencia ideal, encontramos dos modelos claramente diferenciados por un lado el modelo de la autorresponsabilidad y por otro el modelo de la heterorresponsabilidad o vicarial.

En primer lugar respecto al modelo de autorresponsabilidad, brevemente diremos que es un modelo que se basa en la concepción de la empresa como persona jurídica penal autónoma, una estructura capaz de funcionar independiente de sus órganos y sus bienes. Teóricamente se apoya en dos pilares: primeramente la teoría social de sistemas –constructivismo– comprendiendo la personalidad como atribución social y en segundo lugar el concepto creado primeramente en los Estados Unidos de *corporate citizen* (ciudadano empresarial, o ciudadano corporativo) fruto de la visión pragmático eficiente del derecho propio de ese país¹⁷³⁷. De este modo se crea una nueva categoría sujeto sometido a la órbita del derecho penal.

Precisamente este modelo de autorresponsabilidad penal empresarial, lejos de basarse en determinadas actuaciones de personas físicas –como lo hace el sistema vicarial– se fundamente en la esencia de la propia organización empresarial.

El primer problema que conlleva este sistema es el hecho que las categorías del derecho penal y el pensamiento jurídico penal están conformadas por individuos, y por tanto esta teoría no cuenta con excesivos partidarios en el ámbito del derecho penal tradicional, sin embargo parece haber encontrado asidero en el derecho penal empresarial¹⁷³⁸.

En el mismo orden de ideas las consecuencias prácticas de estas concepciones devienen en que otras legislaciones –distintas a las estadounidenses– incorporan elementos de esta cultura empresarial a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa, y en tal caso el ejemplo más notable es la institución del *criminal compliance* u órgano de cumplimiento –

¹⁷³⁷ BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2016, p. 106.

¹⁷³⁸ GÓMEZ - JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo, B de F, 2010, pp. 14, 15 y 16.

institución que por motivos de extensión, no será analizada en el presente trabajo¹⁷³⁹ — .

En segundo lugar existe el modelo de doble imputación, o vicarial, este modelo es un modelo acumulativo por lo que la responsabilidad del ente ideal no excluye la responsabilidad de la personas físicas a quienes se le atribuye el carácter de autor o cómplice en el mismo hecho delictivo, supone siempre la actividad humana integrante de un órgano —asamblea, directorio, consejo administrativo etc.— o su representante o gerente —que actúe en interés o beneficio de la empresa—. Es también una responsabilidad especial por cuanto debe estar expresamente prevista en el texto de la ley que define la infracción, es decir que se trata de un sistema de *numerus clausus*¹⁷⁴⁰.

Este sistema es defendido por SPOLANSKY¹⁷⁴¹ quien explica, que esta interpretación tiene el beneficio de conservar el principio “no hay pena sin culpabilidad” y al mismo tiempo es compatible con la regla escrita del derecho positivo según el cual “el director que participó en la deliberación o resolución, o que diera noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial quedará exento de responsabilidad”.

En la misma línea de pensamiento se enrola BAIGÚN¹⁷⁴² que establece un sistema que se estructura sobre la base de la doble imputación, reconociendo la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; en tal caso la responsabilidad se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en la personas humanas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional y en las personas jurídicas medio de un nuevo sistema que le reconoce a las corporaciones el carácter de ente colectivo con unidad independiente.

Este modelo estima que la persona jurídica solo puede actuar a través de sus agentes, generándose de esta manera una vinculación entre ambos que precisamente fundamenta la imputación a la corporación del comportamiento del agente. Los presupuestos de imputación conforme a la responsabilidad vicarial son básicamente dos: 1) la actuación en el marco del empleo, y 2) la intención de beneficiar a la corporación¹⁷⁴³.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA ARGENTINA

El Estado Argentino promulgó la ley N° 27.401 la cual entró en vigencia el 1° de marzo de 2018. Si bien a partir de esa fecha ha entrado con total vigencia el contenido y alcance de dicha norma, es necesario detenernos en los

¹⁷³⁹ Se recomienda la lectura de la obra *Criminal compliance...*, de Fabián I. BALCARCE y Rafael BERRUEZO.

¹⁷⁴⁰ BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), p. 107.

¹⁷⁴¹ SPOLANSKY, Norberto E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, t. II, p. 1641, citado en BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), p. 109.

¹⁷⁴² BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 28, citado en BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), p. 115.

¹⁷⁴³ GÓMEZ - JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos* (cit.), p. 237.

nuevos interrogantes que plantea dicho ordenamiento, más aún cuando el anteproyecto del Código Penal creado por el decreto 103/2017 recepta de manera análoga lo establecido por la ley mencionada.

Ahora bien desgraciadamente, la mera introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no soluciona el problema sin más. De hecho depende en gran medida de que modelo de responsabilidad se introduzca, puesto que la simple declaración de este tipo de responsabilidad, sin dotarlo de un contenido lógico y coherente puede resultar incluso contraproducente.

Adentrándonos más al análisis de dicho texto legal en primer lugar encontramos rasgos fuertemente marcados de un sistema vicarial, en concreto el art. 2º de la ley 27.401 establece:

Artículo 2º. Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

En el artículo precedente queda claramente establecida la responsabilidad vicarial, ya que se exige para sancionar a la persona jurídica, que la persona física debe hacer en nombre o representación de la persona jurídica, y en beneficio de ella. Y dice ostensiblemente que en caso de que el delito hubiese sido cometido en exclusivo beneficio de la persona física, la jurídica queda exenta de responsabilidad¹⁷⁴⁴.

En igual sentido el Anteproyecto de Reforma del Código Penal regula la responsabilidad penal principalmente en los arts. 38, 39 y 41, y en concreto establece:

Artículo 38. Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables, en los casos expresamente previstos en éste Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio. También serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita.

De esta manera nuestro sistema legislativo parece haber adoptado un sistema vicarial de heterorresponsabilidad sin embargo texto de la ley 27.401 establece:

¹⁷⁴⁴ BERRUEZO, Rafael, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed., p. 114.

Artículo 6°. Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Y en igual sentido el Anteproyecto del Código Penal de manera análoga prescribe:

Artículo 38 (último párrafo). La persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Con estos enunciados se ratifica que la responsabilidad es independiente de las personas físicas lo cual da origen a distintas interpretaciones, es decir por un lado el modelo de heterorresponsabilidad establece una responsabilidad propia del ente ideal, la cual se construye a través derivar el actuar de la persona física en el marco de la empresa y en beneficio o interés de esta última, sin embargo estos artículos citados también han abierto la puerta a la interpretación que el modelo adoptado en los textos legales sería el de un modelo de autorresponsabilidad basado en el defecto de organización al prescindir de la persona física que haya intervenido.

A esto se le suma la incorporación de la institución del *compliance* a través de la ley 27.401 este instituto fue contemplado en el art. 22 y 23 de dicho cuerpo normativo bajo el nombre “programa de Integridad” el cual es necesario transcribir para un mejor análisis:

Artículo 22. Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

Artículo 23. Contenido del Programa de Integridad. El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

En igual sentido el Anteproyecto de Reforma del Código Penal contempla:

Artículo 41. Las penas aplicables a las personas jurídicas, así como su graduación, se determinarán teniendo en cuenta: (...)

2°) Hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

La incorporación de los programas de integridad o sistemas de control y supervisión son sin duda derivaciones de la institución anglicana denominada *Compliance* y en tal caso una incorporación directa de un elemento de

estructural del modelo de autorresponsabilidad al sistema de responsabilidad penal de la empresa en la Argentina.

Luego de este breve análisis podemos concluir nuestro sistema legal adopta un modelo de atribución de base vicarial de heterorresponsabilidad aunque con elementos del modelo de autorresponsabilidad, por lo que adherimos a la interpretación de José Daniel CESANO¹⁷⁴⁵ quien acertadamente observa que el sistema de atribución adoptado por nuestro país se inclina por pertenecer a un sistema mixto y no a un modelo puro de atribución de responsabilidad en igual sentido se han expresado reconocidos autores argentinos¹⁷⁴⁶.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA

El Código Penal español sancionado en 1995 primeramente regulaba el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los arts. 31 y 129 a través de un sistema híbrido y confuso muy poco aplicado por la jurisprudencia penal¹⁷⁴⁷.

Haciendo un recuento fugaz de los demás antecedentes llegamos al 22 de junio del año 2010, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, cuando se incorporó la responsabilidad para las personas de existencia ideal, para determinados delitos cometidos en su beneficio directo o indirecto por sus representantes, administradores o empleados, modificando el principio *societas delinquere non potest* en aquel país, así se modificó la redacción del art. 31 suprimiéndose el inc. 2 e incorporándose el art. 31 bis estableciendo por primera vez explícitamente la responsabilidad penal de persona jurídica. Posteriormente en el 2015 a través de la Ley Orgánica 1/2015 se introdujo una reforma integral a dicho Código, que incluyó disposiciones específicas y aclaró algunas cuestiones en la materia. Se modificó el art. 31 bis, y se incorporó el art. 31 ter, quater y quinquies. El art. 31 ter dispone que será exigible la responsabilidad a la persona jurídica aún cuando la persona física concreta responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Puntualmente, la reforma mencionada regula expresamente la exclusión de responsabilidad en el supuesto de cumplirse determinadas condiciones, que a su vez sirven para la atenuación cuando son insuficientes para la exoneración de responsabilidad. Cobran relevancia aquí los programas de prevención penal o de delito también denominados *compliance programs*. Además, se modificó la caracterización de los directivos, en tanto personas físicas que tienen que cometer el delito para que sea atribuido a la persona jurídica, a quienes se los

¹⁷⁴⁵ AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José D., *Responsabilidad penal empresaria y «criminal compliance»*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 26.

¹⁷⁴⁶ En este sentido: Alejandro CARRIÓ y Maximiliano REUSSI, y Carolina ROBIGLIO, en: DURRIEU, Nicolás - SACCANI, Raúl R. (directores), "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria", *Suplemento Especial La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Mayo 2018, pp. 40 y 55, respectivamente.

¹⁷⁴⁷ GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Pablo, Marcial Pons, 2017, p. 37.

individualiza como representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Las novedades que la LO1/2015 introduce en relación con el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden resumirse en dos palabras o ideas: expansión y evitación de la responsabilidad. La primera se plasma en el incremento de detalles de régimen de responsabilidad; y la segunda se funda en la instauración de programas de cumplimiento normativo. Por tanto, los protagonistas son la “expansión” y el “compliance”¹⁷⁴⁸.

En igual sentido que lo expresado en relación a nuestro país la incorporación legislativa de la responsabilidad penal no soluciona sin más los problemas dogmáticos que acarrea esta nueva categoría penal, sumado a los innumerables trabajos dogmáticos al respecto contamos con interpretaciones realizadas por la Fiscalía General de Estado y el Tribunal Supremo Español que vienen a tomar algunas posiciones al respecto.

IV.1. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado

El texto de la circular se orientó hacia dos partes, con referencia al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a favor del sistema vicarial y argumenta que el modelo de responsabilidad por el que se ha optado en el art. 31 bis es de heterorresponsabilidad. Descarta cualquier tipo de construcción de culpabilidad de la empresa; expresamente la de la culpabilidad por defecto de la organización. Es decir, se hace responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas físicas. En ese sentido, interpreta las novedades del nuevo texto del art. 31 bis¹⁷⁴⁹.

La segunda parte de la circular se dedica al que puede definirse como el núcleo de todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas: los modelos de prevención de delitos o *compliance programs*. Y lo hace definiendo cada uno de sus elementos con base en una idea que pese a no aparecer mencionada en el Código Penal español, protagoniza el texto de la circular. A saber, que prevenir, detectar y reaccionar frente a los delitos requiere un *compromiso ético* de la empresa. Lo cual, en el marco del modelo de heterorresponsabilidad defendido por el texto, equivale a constatar el compromiso con la ética por parte de los administradores y directivos¹⁷⁵⁰.

Sin embargo a pesar de la circular mencionada anteriormente la jurisprudencia en España expuso algunas diferencias. Así la sentencia de 29 de febrero de 2016 es la primera resolución del Tribunal Supremo Español en la que se condena penalmente a una persona jurídica. Se trata de una sentencia con un voto particular concurrente que formulan siete magistrados en la que fundamentalmente se abordan cuestiones relacionadas con los programas de *compliance* o modelos de prevención de delitos a los que califica como el “el

¹⁷⁴⁸ GOENA VIVES, Beatriz, ob.cit., p. 55.

¹⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷⁵⁰ GOENA VIVES, Beatriz, ob.cit., p. 56.

núcleo de la tipicidad del art. 31 bis". También se argumenta en contra de lo que hace la Circular 1/2016 de FGE, que es la persona jurídica quien ha de probar la existencia de medidas de prevención de delitos. Finalmente se pronuncia respecto cuestiones interpretativas tales como lo que ha de entenderse por beneficio (in)directo o clase de personas sujetas al régimen de responsabilidad del art. 31 bis.

La sentencia de 16 de marzo de 2016 es la segunda resolución en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La sentencia analiza un supuesto de estafa cometido por el representante de una agencia inmobiliaria. Sin entrar al análisis del caso concreto es importante resaltar que si bien en el caso el autor de delito fue condenado el Tribunal Supremo absolvió a la sociedad, originariamente condenada por la Audiencia Provincial. El motivo fundamental para absolver a la empresa no fue la concurrencia de una organización conforme a la legalidad, sino una cuestión –o mejor dicho un defecto o error– meramente procesal: el hecho de que la empresa no resultó formalmente imputada hasta el preciso instante en el que el fiscal redactó su escrito de acusación.

Ahora bien, cierto es que la diferencia con la sentencia anterior el interés fundamental del presente pronunciamiento reside en las garantías procesales que han de informar el procesamiento de una persona jurídica y no en los modelos de prevención de delitos merece la pena analizar algunos de los fundamentos para conocer mejor la posición de Tribunal Supremo. En primer lugar establece que el modelo teórico-dogmático de que los arts. 31 bis y siguientes comprenden un modelo de responsabilidad por el delito propio de la persona jurídica. Pero no impide que se sostenga la opinión contraria, de que el sistema es de heterorresponsabilidad (o responsabilidad por el hecho de las personas físicas) tal como lo hace la Fiscalía General de Estado en la circular 1/02016. Lo que el TS sí considera indiscutible, es que el régimen instaurado en España, luego de las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. Por la tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas –ya se suscriba a un criterio vicarial o de autorresponsabilidad– sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.

En concreto, el contenido de la prueba que ha de practicar la acusación es doble. Por un lado, se debe probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP. Pero –y en ese punto es donde quizás la sentencia del TS reviste mayor interés– se insiste en que además hay que acreditar que el delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa a partir de la reforma de 2015.

Por lo tanto, a modo de síntesis al exigir el doble contenido de la prueba que habrá de practicar la acusación en juicio el TS se está oponiendo a la Circular de 1/2016 en dos puntos. Por un lado contradice el criterio planteado por la FGE de quien ha de probar es la defensa y por otro lado –y lo que nos resulta de vital importancia– no admite la tesis de que una vez acreditado el

hecho de conexión (esto es, el particular delito cometido por la persona física), existiría una presunción *iuris tantum* de ha existido un defecto de organización.

Solo para ilustrar un poco más en relación a la jurisprudencia del TS con posterioridad a las sentencias mencionadas, ha habido pronunciamientos del alto tribunal en el que se ha mencionado el régimen de responsabilidad corporativo a saber SSTS 516/2016, 744/2016 y 618/2016 entre otros, no obstante en los referidos pronunciamientos no se hace referencia a cuestiones muy distintas a las aquí mencionadas. Y en concreto el propio tribunal ha manifestado que un acuerdo respecto a una novedad tan radical como es la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a consideración a los tribunales uno u otro problema, por lo que en concreto se irán resolviendo caso por caso.

El contraste entre la postura de FGE el TS muestra que el régimen de la responsabilidad penal corporativa dista mucho de ser pacífico su aplicación práctica dista mucho de haberse resuelto¹⁷⁵¹.

V. REFLEXIONES FINALES

Del análisis comparativo de los cuerpos legislativos en la materia analizada surgen algunas similitudes en los conflictos que suscitan de la interpretación de la responsabilidad penal de persona jurídica.

En primer lugar el texto elegido por el legislador argentino muestra una gran cercanía con el texto introducido en el Código Penal español. En tal sentido es valioso el estudio que podamos obtener de las construcciones dogmáticas y de las interpretaciones jurisprudenciales que surgen del país Ibérico el cual aunque con modificaciones en su camino, transita algo más de nueve años responsabilidad penal de la empresa. En Argentina el camino recorrido es mucho menor, el anteproyecto de código penal recepta sistema establecido por la ley 27.401 aunque de manera más acotada, casi con total similitud, sin embargo las interpretaciones jurisprudenciales aún son prematuras, entonces la teoría de la dogmática será clave para brindar algo de luz al respecto y en ese tenor tomar como referencia el faro que brinda el derecho comparado, sobre todo analizando legislaciones con mayor experiencia en la materia, las que pueden ser de gran ayuda.

Como se dijo anteriormente el hecho de haber incorporado legislativamente la responsabilidad de la persona jurídica no elimina los problemas y dificultades que conlleva modificar el principio *societas delinquere non potest*, sino por contrario surgen nuevos desafíos e interrogantes para poder compatibilizar dicho sistema de sanción penal para la persona jurídica con el sistema histórico de la teoría del delito pensado y reformulado por las distintas corrientes siempre teniendo como eje la persona física. Por todo esto el primer desafío teórico a resolver debe ser determinar el modelo de atribución de responsabilidad adoptado por el texto legal argentino para una vez así, luego, dar paso a las distintas problemáticas que conlleva este tipo de responsabilidad.

¹⁷⁵¹ GOENA VIVES, Beatriz, ob.cit., p. 63.

Concluimos que tanto el sistema argentino como el sistema español que sirvió de fuente, adoptan un modelo mixto de responsabilidad penal para la persona jurídica con rasgos del modelo de heterorresponsabilidad y criterios e instituciones propias del modelo autorresponsabilidad.

Consideramos que las reformas en esta materia a la vista de la situación económica mundial es positiva, el camino al menos para nuestro país recién comienza y será tarea de todos los dogmáticos el contribuir a que este sistema funcione de la manera más acertada a los fines del derecho penal, entre los que se destaca el convivir pacífico de toda la sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo E., *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018.

AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José D., *Responsabilidad penal empresaria y «criminal compliance»*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

BALCARCE, Fabián I. - BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2016.

BERRUEZO, Rafael, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed.

CESANO, José Daniel, *En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1998.

CESANO, José Daniel, *El derecho penal comparado y sus métodos*, disponible desde: <<http://www.ciencias.org.ar/user/DOCUMENTOS/El-Derecho-comparado-y-sus-metodos-EXPOSICION-DR.-JOSE-DANIEL-CESANO-ANCBA.pdf>>, último acceso 20/06/2019.

CESANO, José Daniel-BALCARCE, Fabián I., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVI, Madrid, 2004.

CESANO, José Daniel - FORTETE, César, *Problemas actuales de derecho penal económico*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2012.

DURRIEU, Nicolás - SACCANI, Raúl R. (directores), “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”, *Suplemento Especial La Ley*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2018.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo, B de F, 2010.

GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Pablo, Marcial Pons, 2017.

KUHLEN, Lothar - MONTIEL, Juan Pablo - ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Pablo, Marcial Pons, 2013.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN CHILENA

**Carolina Fernanda Carranza
Matías Manuel Mansilla**

Sumario

I.- La necesidad de armonización legislativa. II.- El modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica. III.- Objeto y alcance. IV.- Eximición de responsabilidad a través de la implementación de programas de compliance. V.- Penas estipuladas y su forma de determinación. VI.- Conclusión. VII.- Bibliografía.

I. LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

El Anteproyecto para la Reforma del Código Penal Argentino asumió como objetivo la modernización y unificación de nuestra legislación penal, mediante el tratamiento de nuevas necesidades sociales y la incorporación al Código de aquellas normas de contenido punitivo que se encontraban dispersas en leyes especiales. En ese cometido, una de las cuestiones centrales encomendada a la Comisión redactora fue la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación a lo cual, como veremos, se reprodujeron en buena medida los lineamientos de la Ley 27.401 de Responsabilidad Empresarial sancionada recientemente¹⁷⁵² para hechos de corrupción cometidos por dependientes y terceros vinculados con la empresa.

Cabe mencionar que en el sistema jurídico argentino la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas no resulta novedosa, pues con anterioridad, incluso a la sanción de la mentada ley, diferentes leyes especiales ya estipulaban sanciones para ellas que podían considerarse como genuinas penas. Basta recordar aquellas previstas en el ámbito aduanero (ley 22.415) o el ámbito cambiario (ley 19.359), tributario (ley 24.769), en el sistema de imputaciones contra la libre competencia (ley 25.156), de los delitos de desabastecimiento (ley 20.680), el sistema Integrado de

¹⁷⁵² B.O. 01/12/2017.

Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) y hasta en el propio Código Penal en el título dedicado a los delitos contra el orden económico y financiero¹⁷⁵³.

Empero, lo cierto es que recién a partir de la sanción de la Ley 27.401 es que podemos afirmar que Argentina introdujo en su plexo normativo un verdadero régimen penal de responsabilidad para las personas jurídicas, reglado de un modo explícito, con determinación de los presupuestos específicos de la misma, y con un catálogo de sanciones posibles y pautas específicas para su determinación¹⁷⁵⁴.

Dar cuenta de los propósitos que impulsaron reglar la responsabilidad de la persona jurídica en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, supone retornar hacia sus cimientos, y en tanto no surgen al respecto más referencias que la ya anunciada aspiración de modernización y unificación, es que debemos acudir a los antecedentes parlamentarios de la ley 27.401 que le sirvió de base. En este sentido, la exposición de motivos del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al momento de su tratamiento señalaba como propósito primordial del nuevo régimen el obtener una mayor eficacia en las políticas de prevención y lucha contra la corrupción. Ello explicó que se añadiera a la regulación una serie de incentivos para que las personas jurídicas, por medio de la implementación de programas de integridad, cooperasen con las autoridades¹⁷⁵⁵. Esto, dando por supuesto que son las personas jurídicas quienes se encuentran en mejor posición de detectar internamente vicios en su organización.

Paralelamente, otro de los puntos neurálgicos invocados en el mensaje de elevación del mentado proyecto de ley al Congreso de la Nación, fue la necesidad de adaptar el sistema penal argentino a los estándares internacionales fijados mediante los acuerdos internacionales celebrados en materia de corrupción contra la Administración Pública y soborno transnacional. Dicho compromiso se remonta al año 1996 con la celebración del primer tratado multilateral firmado en el mundo en materia de corrupción, donde se incorpora como exigencia la regulación del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros y se prohíbe que los Estados partes se resistan a prestar cooperación, en las investigaciones de hechos de corrupción, basándose en el secreto bancario. Años después, el compromiso se afianza con la celebración de otros tantos acuerdos internacionales como la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000)¹⁷⁵⁶, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (2003)¹⁷⁵⁷ y fundamentalmente la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones

¹⁷⁵³ V.g.: el art. 304 del Código Penal que regula la prevención del delito de lavado de activos.

¹⁷⁵⁴ Sobre este tema v. AROCENA GUSTAVO A. - CESANO JOSE D., Responsabilidad penal empresarial y “criminal compliance”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019, pp. 15 y 16.

¹⁷⁵⁵ Cfr. Exposición de motivos del Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, en fecha 20/10/2016.

¹⁷⁵⁶ La cual establece la obligación de tipificar el delito de asociación ilícita y los hechos de corrupción, además de incorporar la necesidad de responsabilizar de la persona jurídica por ello.

¹⁷⁵⁷ Establece mayores exigencias respecto a la prevención, punición, y recupero de activos.

Comerciales Internacionales” (1997) firmada en el ámbito de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE)* e incorporada a nuestro derecho interno en el año 2001.¹⁷⁵⁸ Desde entonces, la OCDE ha evaluado el cumplimiento de los compromisos asumidos por nuestro país y, entre otras recomendaciones formuladas, ha reclamado la implementación de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas para los casos de corrupción¹⁷⁵⁹.

Ahora bien, más allá de la plausibilidad de dichos compromisos, y de reconocer incluso que en la Nación se estaba gestado un contexto sociopolítico que pugnaba con ansias por una regulación en la materia, compartimos la opinión de un significativo sector de la doctrina argentina que calificó la sanción de la ley 27.401 como un acto apresurado, teniendo en cuenta que desde hacía un tiempo atrás se encontraba trabajando la Comisión que tuvo a cargo el Anteproyecto de Reforma y actualización integral del Código Penal que comentamos¹⁷⁶⁰.

Por su parte, Chile fue el primer país de Latinoamérica en legislar la responsabilidad penal de la persona jurídica, a través de la ley 20.393 sancionada en diciembre del año 2009 con motivo de su proceso de ingreso como miembro pleno de la OCDE¹⁷⁶¹. Cabe destacar al respecto que más que la necesidad de adaptar la legislación interna a las recomendaciones de organismos internacionales, en el debate parlamentario suscitado en el país trasandino se destacaba la importancia del inminente ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE¹⁷⁶². Dicha situación particular fue objeto de muchas críticas de doctrinarios chilenos, considerando el escaso tiempo de tramitación parlamentaria con el que se contó para disponer un cambio de tal envergadura en su legislación. Y es que si bien, al igual que en nuestro país, el ordenamiento chileno ya previa sanciones para las personas jurídicas, no fue hasta la sanción de la mencionada ley que se consideró abandonado el antiguo dogma *societas*

¹⁷⁵⁸ De las obligaciones derivadas de esta Convención se encuentra la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas.

¹⁷⁵⁹ Dicha exigencia se desprende de la fase 3 bis del “Reporte sobre la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE en la Argentina” emitido en marzo de 2017, y fue invocado incluso en el debate parlamentario, en el discurso emitido por el miembro informante de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/09/17, donde expresó: “...Se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y (...) los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel”.

¹⁷⁶⁰ Cft. AROCENA GUSTAVO A. – CESANO JOSE D., “Responsabilidad penal...” Cit. p. 14.

¹⁷⁶¹ Al intentar explicar las razones por la cual el país vecino se inclinó por el establecimiento de una responsabilidad de carácter penal siendo que el compromiso internacional sólo exigía que dispongan sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas”, Héctor Hernández Basualto explica que en Chile resultó determinante tanto la ausencia de un sistema realmente efectivo de sanciones extrapenales para las personas jurídicas, como también una cierta predilección de la OCDE por la consagración de una responsabilidad de carácter penal. Cfr. HERNANDEZ, HECTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. Polít. crim. Vol. 5, N° 9, 2010, pp. 208, 209.

¹⁷⁶² Argumento destacado en el mensaje del Ejecutivo, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-ri/bitstream/10221.3/3894/1/HL20393.pdf>.

delinquere non potest, que incluso se encontraba reglado en su ley procesal (artículo 58).

II. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Previo a ingresar al análisis del modelo de responsabilidad al que adscriben ambas legislaciones es preciso partir de una breve referencia a las notas características de cada uno de los modelos reconocidos por la doctrina. Sintéticamente, el primero de ellos conocido como de *responsabilidad derivada o de transferencia o vicarial* supone que recaiga sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona física, reconociendo la existencia de un criterio de conexión entre ellas.

En cuanto al segundo modelo, conocido como de *responsabilidad autónoma u originaria*, la responsabilidad surge de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona física.

Finalmente, el *modelo mixto* se presenta como una variante morigerada de ambos modelos, conteniendo notas características de cada uno de ellos.¹⁷⁶³

De un análisis integral del texto propuesto por el Anteproyecto de Reforma y por el texto vigente en el ordenamiento chileno, podemos afirmar que ambos adscriben a un modelo de responsabilidad de carácter mixto. Ello, por diferentes razones que pasamos a analizar.

Por una parte, encontramos que la normativa argentina, tanto en el primero como en el segundo párrafo de su artículo 38 estipula una conexión entre un individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, señalando la responsabilidad de la entidad por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieran sido realizados directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, así como también por terceros en aquellos casos en que la persona jurídica ratificó su gestión.

Hasta aquí se pueden inferir ciertas notas propias del modelo vicarial, pero avanzando hacia la parte final del mentado artículo, encontramos que la norma analizada contempla un supuesto con notas propias del modelo de responsabilidad autónoma. Así, con base en la independencia de las acciones del ente, el párrafo sexto del artículo 38 establece que la persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. De este modo, ya no resulta necesaria la declaración de culpabilidad de la persona humana para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que ésta responde por vicios de su configuración interna, lo cual deriva en la llamada responsabilidad por “defecto de organización”.

¹⁷⁶³ HERNANDEZ HECTOR, “La introducción...” Cit. pp. 216, 217.

Por su parte, el ordenamiento chileno prevé un tipo penal similar, exigiendo que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho, con la salvedad de que incluye el déficit o culpa de la organización como un claro factor de atribución.

En este punto, nos inclinamos por la redacción y sistematización normativa del tipo penal consagrado en la legislación chilena, donde el modelo de prevención de delitos funciona indudablemente como un factor de atribución, a diferencia de la regulación propuesta en el Anteproyecto de Reforma, donde ello parece relegarse a última instancia. Pues, con eje en los propósitos que impulsaron regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consideramos que tanto la propia conducta del ente, como su estructura y organización deben jugar un peso significativo en el diseño del tipo penal, más allá de acudir a ello para excluir o atenuar penas.

III. OBJETO Y ALCANCES

En cuanto al alcance de las entidades penalmente responsables, adquiere llamativa peculiaridad el hecho de una regulación distintiva de las personas jurídicas privadas y públicas por parte de la normativa argentina, que sólo abarca a "las personas jurídicas privadas de cualquier clase", dejando de lado a las empresas del Estado. Tal visión es antagónica en el derecho chileno, el que equipara a las personas jurídicas de derecho privado como a las corporaciones estatales en un mismo régimen de responsabilidad, consagrando una amplia cobertura de tantas entidades como fuere posible. Esta particularidad argentina permite presumir que descansa en el espíritu legislativo una marcada intención de no regular al Estado o, en el mejor de los casos, de regularlo separadamente de un modo laxo o liviano.

De otro costado, se advierte que el Anteproyecto bajo análisis no establece mayores precisiones en torno a las personas jurídicas privadas que alcanza, por lo que podemos inferir que comprende todo el catálogo enumerado en el artículo 148 del Código Civil, sin hacer distinciones en relación a sus dimensiones o posibles riesgos medios. La carencia de una norma en dicho sentido luce patente además en el ordenamiento chileno, particularidad que ha condensado no pocas críticas que compartimos en torno a la preocupación por la suerte de las empresas pequeñas ante la dificultad para absorber los mayores costos que supone la adopción e implementación de los programas de integridad exigidos, y respecto de las cuales las concesiones previstas al momento de graduar las penas no alcanzan a morigerar la preocupación señalada. Por lo tanto, consideramos preciso pensar procesos alternativos de debida diligencia adecuados a las particularidades señaladas.

Para finalizar resta señalar que en los ordenamientos bajo análisis la posibilidad de imputar a las empresas queda legalmente limitada a un determinado catálogo de delitos expresamente establecidos. En el caso de la normativa chilena, cabe señalar que, si bien los fundamentos legislativos pugnaban por un cambio gradual y progresivo apelando a una prudencia inicial propia de un

cambio tan significativo, ello encontró su techo, incluso varios años después, en la regulación de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y de cohecho, acogiendomás recientemente los delitos de receptación, apropiación indebida y de contaminación de las aguas, y de los recursos hidrobiológicos y bentónicos.

En contrapartida, el Anteproyecto argentino propone una profunda ampliación del catálogo de delitos establecidos inicialmente en la ley 27.401, procurando una regulación total y completa de los distintos supuestos que puede alcanzar la criminalidad económica y organizada empresarial, a más de unificar las leyes especiales ya existentes sobre la materia, todo lo cual consideramos que redundará en una visión completa y moderna de los nuevos riesgos económicos. En efecto, aparte de los delitos contra el orden económico y financiero, contra la trata de personas, el terrorismo y financiamiento, los delitos contra la administración pública, y los delitos fiscales, aduaneros, cambiarios, el Anteproyecto penaliza a las personas jurídicas por el narcotráfico y el tráfico de sangre, órganos y manipulación genética, y por los delitos contra el ambiente, contra el patrimonio arqueológico y paleontológico y finalmente por ilícitos relacionados con el deporte.

IV. EXIMICIÓN DE RESPONSABILIDAD A TRAVÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Tanto en la ley chilena como en el proyecto de Código Penal argentino contemplan la posibilidad de que las personas jurídicas puedan eximirse de responsabilidad penal¹⁷⁶⁴ cuando tengan dentro de su organización un adecuado sistema de control y supervisión dirigido a prevenir la comisión de delitos dentro de su estructura interna. Estos programas o modelos preventivos si bien son de carácter voluntario para las personas jurídicas de ambos países, en la práctica se tornan en un requisito ineludible para la dispensa de responsabilidad penal.

Ahora bien, la forma de regular el contenido y efecto de estos programas de compliance varía notoriamente de acuerdo a cada instrumento normativo estudiado; así la ley 20.393 de Chile desarrolla en su artículo 4 las características mínimas que debe tener todo modelo de prevención de delitos para que exima de responsabilidad penal a la persona jurídica. En dicha norma se establece que debe existir un encargado del programa preventivo, el cual será designado por la máxima autoridad administrativa de la empresa y contará con autonomía respecto del resto de los órganos de la organización¹⁷⁶⁵; igualmente se deben

¹⁷⁶⁴ Además del supuesto de comisión de delitos por parte de personas físicas cuando lo hubieren hecho en exclusiva ventaja o beneficio propio o a favor de un tercero y sin generar provecho alguno para la persona jurídica (arts. 3, último párrafo de la ley 20.393 y 38, tercer párrafo del proyecto del CP) que ya fue tratado en el primer acápite.

¹⁷⁶⁵ El encargado durará tres años en su cargo, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración. Asimismo, a quien posea esta función se la autoriza la posibilidad de ejercer labores de contraloría y auditoría interna. Asimismo, se prevé que las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de determinado monto, el dueño, socio o accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención (art. 4, inc. 1º de la ley 20.393).

estipular los medios y facultades con la que contará el encargado para desarrollar su tarea, entendiendo a éstos como los recursos y medios materiales necesarios -y acordes al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica- para realizar adecuadamente su labor y el acceso directo a la administración de la empresa para poder informarle de las medidas y planes implementados como así también para rendirle cuenta de su gestión. Asimismo otro de los requisitos de los programas de compliance chilenos es el establecimiento de un sistema de prevención de delitos, el cual tiene que ser diagramado por el encargado conjuntamente con la administración y deberá contemplar: la identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos¹⁷⁶⁶; la instauración de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las aludidas actividades o procesos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga cometer delitos; la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad evitar su utilización en delitos; y la existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención¹⁷⁶⁷. Por último el ordenamiento chileno establece que el encargado del programa -en conjunto con la administración de la persona jurídica- deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la empresa; también prevé que las personas jurídicas puedan obtener la certificación de adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos; dicho certificado deberá constatar que se cumple con todos los requisitos precedentemente aludidos, en relación a la situación, tamaño, nivel de ingresos y complejidad de la empresa evaluada¹⁷⁶⁸.

En contrapartida el Anteproyecto argentino de Código Penal regula la cuestión en el artículo 41.2. Allí se indica que la persona jurídica estará exenta de responsabilidad penal y administrativa si ha llevado a cabo, en forma conjunta, las siguientes acciones: a) que haya denunciado espontáneamente la comisión de uno de los delitos con capacidad de acarrearle responsabilidad, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) que haya implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y c) que haya devuelto el beneficio indebido obtenido. En efecto, es el segundo de los requisitos transcritos el que incorpora a los programas de compliance como uno de los

¹⁷⁶⁶ Los que se encuentran enunciados taxativamente en el art. 1 de la ley chilena.

¹⁷⁶⁷ Se indica que estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores; incorporándose expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios.

¹⁷⁶⁸ Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor.

factores dispensadores de responsabilidad; aunque como se podrá advertir su redacción resulta escueta y genérica, delegando -implícitamente- en la reglamentación la determinación del contenido -indispensable- de los sistemas de prevención del delito. El antecedente inmediato de la norma proyectada lo constituye el artículo 9 de la actual ley de responsabilidad penal de la persona jurídica (nº 27.401), el cual presenta una redacción muy similar a ésta, con la diferencia que al referirse al sistema de control y supervisión se remite a los estipulado en los artículos 22 y 23 del mismo cuerpo legal, en donde desarrolla criterios y pautas¹⁷⁶⁹ que deben contener los programas de compliance para generar la eximición de responsabilidad. Esta forma de legislar que se asimila a como lo hace la ley chilena, es decir la explicitación del contenido mínimo que deben tener los sistemas de prevención del delito implementados por las personas jurídicas, no fue trasvasada al proyecto del Código Penal, desconociéndose el motivo que fundó el abandono de tal criterio¹⁷⁷⁰ y la adopción del recurso de delegar en la reglamentación esta tarea.

Como se podrá advertir, en lo atinente a los programas de compliance, el ordenamiento jurídico chileno optó por una regulación exhaustiva en cuanto al contenido que deben tener estos sistemas preventivos. Pero a más de ello y al fin de eximir de responsabilidad penal a las empresas, constituyó como única exigencia la creación e implementación de un modelo de prevención de delitos que cumpla con los requisitos establecidos legalmente. Por el contrario en el proyecto argentino se escogió una redacción breve y poco precisa, difiriendo a la reglamentación la especificación del contenido que deben poseer los sistemas de prevención, detección y corrección de irregularidades e ilicitudes. Asimismo -y a diferencia del país trasandino- la implementación de los programas de compliance constituye sólo una de las tres circunstancias que deben concurrir en forma conjunta para que se exima de responsabilidad penal -y administrativa- a la persona jurídica; dificultándose así la posibilidad de dispensa de la empresa y restándole en buena medida el poder de estímulo que podría significar para ésta el adoptar un modelo preventivo.

Este sucinto análisis nos lleva a inclinarnos por la forma en que regula la temática la ley chilena, advirtiéndose mayor completitud e integralidad al respecto; entendemos que la disidencia presentada por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer (al que también adhiere Patricia Llerena) y el abordaje que ellos proponen en el marco del proyecto de Código Penal resulta más adecuado -y en sintonía con el sistema chileno- que la redacción establecida por la Comisión Redactora.

V.- PENAS ESTIPULADAS Y SU FORMA DE DETERMINACIÓN

En cuanto a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas la normativa bajo análisis prevé un catálogo similar de sanciones. Así la

¹⁷⁶⁹ Algunas de carácter obligatorio y otras optativas; a los fines de no excedernos en el objeto del presente trabajo, nos remitimos a su lectura directa.

¹⁷⁷⁰ En la breve exposición de motivos del proyecto elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso no se hace referencia a esta cuestión.

disolución de la entidad, la suspensión o prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, la pérdida de beneficios fiscales o la prohibición de percepción de los mismos, la multa, la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria¹⁷⁷¹ y el decomiso constituyen castigos comunes de ambos ordenamientos. La principal diferencia en el elenco de penalidades es la previsión en el proyecto nacional de la suspensión total o parcial de actividades de la empresa involucrada, sanción inexistente en el país vecino.

En lo que respecta a la pena más grave que puede sufrir una persona jurídica, esto es la disolución o cancelación de su personería, la norma argentina estipula que sólo se podrá hacer uso de ella si la entidad hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan su principal actividad; tornándose también inaplicable si fuese indispensable mantener la continuidad operativa de la empresa, de una obra o de un servicio. En tanto que en el lado chileno se determina que este castigo no se podrá utilizar contra las empresas del Estado ni aplicarse a las personas jurídicas privadas que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas; estableciéndose su imposición solo para determinados delitos¹⁷⁷².

Por su parte en lo atinente a la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, el proyecto argentino fija como tope de la suspensión los diez años; en tanto que la ley chilena prevé la posibilidad de que el impedimento se perpetuo, y si éste fuere temporal gradúa su duración en tres grupos que parten de los dos años hasta un máximo de cinco años.

En cuanto a la pena de multa y la forma de determinar su cuantía, la norma nacional establece que será de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido por la empresa; a diferencia de la regulación trasandina que estipula las unidades tributarias mensuales como mecanismo de cuantificación. Ambos preceptos contemplan la posibilidad de que la multa sea abonada de manera fraccionada cuando el monto de la misma pudiere poner en peligro la supervivencia de la persona jurídica.

Por último, en lo que a la sanción de privación de beneficios fiscales se refiere, el proyecto de Código Penal nacional estatuye que consistirá en la pérdida o suspensión, sin indicarse si ésta es total o parcial ni tampoco un parámetro de duración de la pena; en tanto que la ley chilena gradúa su extensión en porcentajes que van desde el veinte por ciento hasta la totalidad del beneficio fiscal; previendo que en el caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios, podrá aplicársele la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años.

La determinación de las penas a aplicar así como su graduación también varía entre los ordenamientos analizados. El sistema jurídico chileno establece circunstancias atenuantes y agravantes que repercuten en la elección de la

¹⁷⁷¹ En el ordenamiento chileno está contemplada como una pena accesoria (art. 13 de la ley 20.393) a diferencia del proyecto del Código Penal nacional que la establece como sanción principal (art. 39 inc. 6°).

¹⁷⁷² Aquellos que contemplen pena de crímenes o los de simple delito en que concurra la circunstancia agravante establecida en la propia ley (arts. 9 último párrafo y 7 de la ley 20.393).

sanción a imponer; las primeras son: procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados, entendiéndose que ello ocurrirá cuando el representante legal de la empresa -antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella- ponga en conocimiento el delito a la autoridades y cuando la persona jurídica adopte, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación. En contrapartida se considera una agravante el que la entidad de existencia ideal haya sido condenada dentro de los cinco años anteriores por el mismo delito que se la acusa. De acuerdo a la existencia o ausencia de estas atenuantes y agravantes, la ley chilena fija la clase y grado de sanción a aplicar¹⁷⁷³. Asimismo la norma transandina también fija reglas de determinación judicial de la pena, que deberán ser atendidas por el tribunal al momento de decidir la cuantía y naturaleza del castigo; ellas son: montos de dinero involucrado en la comisión del delito, tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica, grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal, reglamentaria y de las reglas técnicas, extensión del mal causado y gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiera causar a la comunidad la imposición de la pena cuando sea una empresa del Estado o empresas que presten un servicio de utilidad pública.

El proyecto de Código Penal argentino, siguiendo la técnica utilizada en la ley 27.401, optó por enunciar pautas de determinación de la sanción a imponer que pueden ser utilizados como atenuantes o como agravante según las circunstancias del caso particular. Algunos criterios son similares a la ley chilena como por ejemplo: la disposición para mitigar el daño, la denuncia espontánea por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad de detección o investigación interna, la extensión del perjuicio causado, el monto de dinero o bienes involucrados en el delito, el tamaño, naturaleza y capacidad económica de la empresa y la reincidencia¹⁷⁷⁴. Otros son exclusivos de la normativa nacional como: el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la cantidad y jerarquía de funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los partícipes y el comportamiento posterior de la persona jurídica. En prieta síntesis se puede advertir que tanto el catálogo de penas contempladas como las reglas o pautas para individualizar y graduar su imposición a las empresas responsables son similares en ambos países, habiendo más similitudes que diferencias. Sin perjuicio de que los dos ordenamientos establecen, en esta materia, una reglamentación razonable y acorde a la realidad en la que pretenden influir; entendemos, en lo que al Anteproyecto argentino se refiere, que la propuesta -en disidencia- efectuada

¹⁷⁷³ Criterios desarrollados en el artículo 16 de la normativa chilena.

¹⁷⁷⁴ Entendiendo que ésta se producirá cuando la persona jurídica fuese penada por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedare firme una sentencia condenatoria anterior (art. 50, último párrafo, del anteproyecto del CP)

por Córdoba, Ziffer y Llerena respecto al mayor elenco de penas¹⁷⁷⁵ y la previsión de un régimen especial para las personas jurídicas contempladas en la ley 25.300¹⁷⁷⁶, aportan elementos que tornarían más completa la regulación de este importante aspecto de la responsabilidad penal empresarial.

VI. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que el ordenamiento normativo chileno fue tomado en consideración al elaborar el Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Penal, no es de extrañar que un estudio comparativo de los mismos arroje en conclusión muchas similitudes y pocas diferencias. Partiendo de las primeras, y considerando que, en términos generales, la evolución doctrinaria y jurisprudencial del país trasandino confluye en un balance positivo del modelo adoptado por la ley 20.393, podemos al menos inferir que lo reglado en consecuencia-con buen criterio de adaptación-responderá de un modo funcional a los propósitos buscados.

Ahora bien, centrándonos en las divergencias entre ambas legislaciones, advertimos un punto central donde la normativa argentina propuesta luce insuficiente. Se trata de la omisión o, por lo menos, la falta de claridad al tratar la responsabilidad por defecto de organización como un factor de atribución, lo cual redundaría en una cuestión no menor si se busca conciliar el interés por sancionar a las personas jurídicas con el desarrollo de una cultura empresarial de autorregulación para la prevención delictiva.

Además, en correlación a los contenidos mínimos que deben tener los programas de compliance, sin lugar a dudas la legislación chilena es superior a la nacional, por cuanto sienta las directrices básicas que deben guiar a los modelos preventivos de delitos y le otorga a la sola creación e implementación de dichos programas el efecto de eximir totalmente de responsabilidad a la persona jurídica. El Anteproyecto argentino, por el contrario, delega a la reglamentación la determinación del contenido de los programas de integridad y los convierte sólo en uno de los tres requisitos necesarios para la dispensa de responsabilidad, restándole poder de estímulo a su adopción por parte de las empresas.

¹⁷⁷⁵ Incluyéndose la clausura total o parcial de locales o establecimientos, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, suspensión del uso de patentes y marcas, suspensión en los registros estatales e intervención judicial temporal.

¹⁷⁷⁶ De fomento para la micro, pequeña y mediana empresa. El mencionado precepto señala que a dichas personas jurídicas se las podrá dispensar de aplicarles sanciones siempre que ya haya sido condenada la persona física que cometió el delito y que la empresa repare el daño causado, restituya lo que corresponda y se decomisen las cosas y bienes instrumentos del delito y los que constituyan el producto o ganancia del ilícito.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ANLLO, LINA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance)*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019.

AROCENA GUSTAVO A. - CESANO JOSE D., *Responsabilidad penal empresaria y "criminal compliance"*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019.

GÓMEZ CONTRERAS, MARISOL A. - LICHTEMBERG BARAONA, CONSTANZA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*, Santiago, 2012, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/1128397> (accedido el 28/8/2019).

HERNANDEZ, HECTOR, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, pp. 207-236, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf (accedido el 28/8/2019).

DURRIEU NICOLÁS - SACCANI RAÚL R., *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2018.

PONENCIAS

**INSTITUTO DE HISTORIA DEL
DERECHO Y DE LAS IDEAS
POLITICAS**

"ROBERTO I. PEÑA"

LA UNIVERSIDAD Y LA EMPRESA

Ramón Pedro Yanzi Ferreira
Director del Instituto de Historia del Derecho
y de las Ideas Políticas
"Roberto I. Peña"

En todas las épocas, en todos los siglos que sucedieron a aquella mañana luminosa de la Bolonia del Siglo XI de la era cristiana, - cuando la enseñanza del derecho encontró su cauce definitivo con el hallazgo, en repositorios italianos, de los manuscritos del *Código*, *la Instituta*, *el Digestum vetus*, y el *Epitome de las Novelas de Juliano*, sumado al más tardío descubrimiento del *Digestum novum*, *el Infortiatum* y los textos íntegros de las *Novelas* que despertaron un extraordinario interés en las escuelas de Bolonia, Ravena, Roma, etc.- la Universidad cumplió inexorablemente un rol protagónico en el entramado de los movimientos sociales y políticos de la Humanidad.

Dicho hallazgo estuvo acompañado por un entusiasmo desbordante que contagió a maestros y discípulos que con verdadera devoción se sumaron al examen minucioso de los manuscritos. Asimismo, significó el comienzo sistemático de los estudios generales del derecho convirtiendo al siglo XIII en la centuria de las universidades que agrupó espontáneamente a profesores y alumnos, quienes se alejaron lenta pero inexorablemente de los controles abaciales y episcopales determinando al mismo tiempo, una producción bibliográfica disciplinar de singular riqueza.

Desde estos tiempos lejanos, las Universidades constituyeron un espejo contundente de las revoluciones, mudanzas y transformaciones institucionales, culturales, sociales y políticas que ocurren en el devenir histórico de una sociedad. O más aun, ellas mismas construyeron y nutrieron el pensamiento crítico que sustentó a dichas revoluciones o vaivenes políticos, culturales, sociales y jurídicos. La preocupación evangélica y misional que le significó el Nuevo Mundo a la corona española encontró inequívocas muestras de tan honroso destino en la fundación de las casas de altos estudios para el adelantamiento moral, social y cultural de las Indias.

No persiguió otro fin que el establecimiento de las universidades que aparecieron desde las entrañas mismas de la conquista, señalando altos rumbos en la colonización de los territorios de ultramar. La considerada primera de ellas corresponde a Santo Domingo, que fue creada en 1538 aunque su fecha de fundación y su atribuida *primatura* aún dan lugar a encendidas polémicas. Sin embargo, los modelos que guiaron la fundación de los diversos núcleos universitarios fueron las también tempranas universidades de las capitales de los virreinos de Perú y Nueva España, erigidas respectivamente el 12 de mayo de 1551 y el 21 de septiembre de 1551 en Lima y México. Son las universidades

de San Marcos y San Pablo. En nuestro territorio, las mismas impusieron su huella indeleble, además de nuestra *Universitas Cordubensis Tucumanae*, las universidades de San Francisco Javier (Charcas o Chuquisaca 1623) y San Felipe (Santiago de Chile 1738). Dedicada desde sus orígenes a la enseñanza de las artes, teología y cánones, su método y planes de enseñanza se describieron en la *Ratio Studiorum* que en 1599 aprobó la Compañía de Jesús. La Universidad Nacional de Córdoba recibió años más tarde, el *Breve* pontificio del 8 de agosto de 1621, donde Gregorio XV dispuso a la Universidad el otorgamiento de los grados académicos, espíritu que refrendó, un año más tarde, el 2 de febrero de 1622, el rey Felipe IV de España, quedando la concesión pontificia ratificada de manera definitiva en el *Breve* del 29 de marzo de 1634 que rubricó el papa Urbano VIII. Veinticuatro años después de la expulsión de la Compañía de Jesús verificada en todos mis Reynos de España y las Indias en 1767, encontrándose la Casa bajo la regencia franciscana, la Universidad incorporó los estudios de Derecho con la creación en 1791 de la *Cátedra de Instituta*, que fue el origen de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Hace cuatrocientos años en Córdoba del Tucumán, que jesuitas y franciscanos enlazaron la apretada malla de un destino para el sostenimiento de la Casa que ya ha cumplido más de cuatro siglos de lúcida existencia.

Una Universidad que fundaron los jesuitas en el alba del Siglo XVII y sostuvieron los franciscanos más de un siglo y medio después. Una Universidad que debió atravesar los tiempos coloniales y luego patrios hasta su nacionalización en 1854. Además, cabe recordar que fue la cuna de la significativa *Reforma de 1918* extendida luego a América¹⁷⁷⁷ y Europa cuyo centenario nos encontramos celebrando.

Resulta de trascendental importancia destacar que la *Reforma Universitaria de 1918* fue un movimiento único en toda la historia de las universidades de nuestro país ya que dicha reforma incorporó nuevos paradigmas académicos que significaron una verdadera renovación intelectual, a la par que una nueva clase dirigente accedió a los niveles de conducción política y nuevos sectores de la sociedad se incorporaron a los espacios de las universidades argentinas.

A su vez, la Reforma Universitaria significó una ruptura con la tradición universitaria previa debido a que con la misma se alcanzaron algunos logros institucionales primordiales y valores supremos tales como la autonomía universitaria, una enseñanza pública, gratuita y laica, la libertad de cátedra, el régimen de concursos de oposición, el cogobierno universitario, la extensión universitaria, política, docente y administrativa de la universidad, unidad latinoamericana, inclusión, excelencia académica, proyección de la universidad hacia la sociedad, la libertad docente, la responsabilidad social etc. La reforma mencionada precedentemente también implicó un espíritu de acercamiento a la

¹⁷⁷⁷ La reforma extendería prontamente su bagaje doctrinario y cimentaría así su hora americana: En Chile, Perú y Cuba durante los primeros años de la década de 1920, mientras que en México, Paraguay y Brasil en la siguiente década descontando su irradiación postrera en el escenario europeo.

realidad, al pueblo, que no sólo se plasmó en esos cambios institucionales, sino que, a su vez, se convirtieron en una guía para futuras reformas.

El 21 de junio de 1918, Deodoro Roca, joven abogado de veintiocho años, escribió el borrador del Manifiesto Liminar¹⁷⁷⁸ y lo sometió a la consideración de Enrique Barros, Ismael Bordabehere, Horacio Valdes, Emilio Biagosh. Su texto final que consistió en una obra en conjunto entre los jóvenes reformistas, escrita en la máquina con tinta violeta del estudio de Roca, fue publicada en el décimo número de la Gaceta Universitaria y ocupó la primera plana de la Voz del Interior del día 22 de junio.

Es de resaltar que dicha propuesta no era nueva en la pluma joven y combativa de Deodoro Roca porque en la solemne ceremonia del 8 de diciembre de 1915, el mismo al momento de pronunciar su discurso en su colación de grados, perfiló las ideas que luego plasmaría en el documento del Manifiesto Liminar¹⁷⁷⁹ convirtiéndose esencialmente en la base de la Reforma.

Por otra parte, al tiempo de la reforma, tres universidades nacionales desarrollaban su trabajo intelectual en el país: 1) la Universidad Nacional de Córdoba que había comenzado su andadura inicial sobre la base del Colegio Máximo, 2) la Universidad de Buenos Aires fundada en pleno apogeo de las ideas de la ilustración y nacionalizada en 1880 y 3) la Universidad de La Plata creada en 1889 pero comenzó a funcionar en 1897 y fue nacionalizada en 1905 bajo parámetros científicos, y dos Universidades Provinciales: 1) la Universidad de Santa Fe concebida siguiendo el modelo de la Universidad de Buenos Aires y 2) la Universidad de Tucumán que desde 1914 intentó adoptar el modelo de las universidades alemanas.

Bien es sabido que toda organización tiene una *estructura* externa pero también una *función*, a la cual esa estructura debe servir. A la función en general de la Universidad ya anticipada -la formación de los profesionales y los científicos superiores-, cabe adjetivarla dentro del contexto de una enseñanza constantemente abierta a la investigación científica y al cambio permanente con diversidad socio-cultural, plural y no dogmática, unida, por tanto, inescindiblemente a la elaboración de la ciencia con tales perfiles.

Portadora de un prestigio indiscutible, la Universidad Nacional de Córdoba, cuenta con quince facultades, dos colegios secundarios, ciento cuarenta y cinco centros e institutos de investigación y servicios, veinticinco bibliotecas, y diecisiete museos. Alberga, asimismo, una oferta académica muy variada, entre las que cabe destacar veinte carreras de pregrado, noventa de

¹⁷⁷⁸ Sus contenidos aspiraban a involucrar a las comunidades universitarias americanas decía "La juventud universitaria de Córdoba, por intermedio de su Federación, saluda a los compañeros de la América toda y les incita a colaborar en la obra de libertad que se inicia"

¹⁷⁷⁹ Fragmento del Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria de 1918: (Manifiesto de la Federación Universitaria de Córdoba): "Hombres de una república libre, acabamos de romper la última cadena que en pleno siglo XX nos ataba a la antigua dominación monárquica y monástica. Hemos resultado llamar a todas las cosas por el nombre que tienen. Córdoba se redime. Desde hoy contamos para el país una vergüenza menos y una libertad más. Los dolores que nos quedan son las libertades que nos faltan. Creemos no equivocarnos, las resonancias del corazón nos lo advierten: estamos pisando sobre una revolución, estamos viviendo una hora americana...."

grado, y doscientos catorce posgrados, entre especializaciones, maestrías y doctorados¹⁷⁸⁰.

Defensora intransigente de principios constitucionales¹⁷⁸¹, nuestra Casa, extiende su matrícula universitaria a todos los estudiantes, incluso a jóvenes de países vecinos, de manera gratuita¹⁷⁸², a pesar de las conocidas dificultades financieras que padecen las Universidades Públicas y en el contexto de un

¹⁷⁸⁰ Fuente: Síntesis estadística, elaborada por el Programa de Estadísticas Universitarias, Secretaria de Asuntos Académicos, Universidad Nacional de Córdoba, agosto de 2017.

¹⁷⁸¹ Constitución Nacional, art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...de enseñar y aprender". Art. 75: "Corresponde al Congreso: ...inc. 19 ... Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural..."

¹⁷⁸² Al respecto la Ley de Educación Superior N° 24521, en su artículo 2° dispone: "El Estado nacional es el responsable de proveer el financiamiento, la supervisión y fiscalización de las universidades nacionales, así como la supervisión y fiscalización de las universidades privadas. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los responsables de proveer el financiamiento, la supervisión y fiscalización de los institutos de formación superior de gestión estatal y de las universidades provinciales, si las tuviere, de su respectiva jurisdicción.

La responsabilidad principal e indelegable del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre la educación superior, implica:

a) Garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas del nivel para todos quienes lo requieran y reúnan las condiciones legales establecidas en esta ley;

b) Proveer equitativamente, en la educación superior de gestión estatal, becas, condiciones adecuadas de infraestructura y recursos tecnológicos apropiados para todas aquellas personas que sufran carencias económicas verificables;

c) Promover políticas de inclusión educativa que reconozcan igualitariamente las diferentes identidades de género y de los procesos multiculturales e interculturales;

d) Establecer las medidas necesarias para equiparar las oportunidades y posibilidades de las personas con discapacidades permanentes o temporarias;

e) Constituir mecanismos y procesos concretos de articulación entre los componentes humanos, materiales, curriculares y divulgativos del nivel y con el resto del sistema educativo nacional, así como la efectiva integración internacional con otros sistemas educativos, en particular con los del Mercosur y América Latina;

f) Promover formas de organización y procesos democráticos;

g) Vincular prácticas y saberes provenientes de distintos ámbitos sociales que potencien la construcción y apropiación del conocimiento en la resolución de problemas asociados a las necesidades de la población, como una condición constitutiva de los alcances instituidos en la ley 26.206 de educación nacional (título VI, La calidad de la educación, capítulo I, "Disposiciones generales", artículo 84)", mientras que el Artículo 2° bis consigna: "Los estudios de grado en las instituciones de educación superior de gestión estatal son gratuitos e implican la prohibición de establecer sobre ellos cualquier tipo de gravamen, tasa, impuesto, arancel, o tarifa directos o indirectos.

Prohíbese a las instituciones de la educación superior de gestión estatal suscribir acuerdos o convenios con otros Estados, instituciones u organismos nacionales e internacionales públicos o privados, que impliquen ofertar educación como un servicio lucrativo o que alienten formas de mercantilización."

mundo académico global donde la internacionalización de la educación superior es la respuesta construida por los universitarios frente al fenómeno de la globalización y de la naturaleza sin fronteras del conocimiento contemporáneo.

Jean Ladrière con motivo de la publicación por UNESCO en 1970 del Informe intitulado *“El desarrollo por la ciencia”*, afirmo en uno de sus capítulos lo siguiente: *“aunque el concepto de ciencia sea antiguo, la penetración de la ciencia en la práctica gubernamental y social es reciente. La mentalidad y el comportamiento científicos han invadido progresivamente, en el transcurso de este siglo, zonas cada vez más centrales de la actividad social.”*¹⁷⁸³

Actualmente esta Universidad afronta nuevos, complejos y renovados desafíos; sin duda alguna, la complejidad de la sociedad actual en la cual está inserta la obliga no sólo a reflexionar una vez más sobre sí misma y sobre su papel en la producción de interpretaciones culturales de la realidad sino también sobre su rol en la producción de interpretaciones culturales de la realidad logrando así que la producción del conocimiento nutra la construcción de nuevas formas de interacción con la sociedad y las realidades complejas y multiculturales actuales.

En este orden de ideas, es de destacar que la Carta Encíclica *Laudatio Si* ha puesto de relieve el *desafío urgente de proteger nuestra casa común* que incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un *desarrollo sostenible e integral* (& 13), a la par de invitar a un *nuevo diálogo* sobre el modo como estamos construyendo el futuro del planeta (& 14) que, tras reconocer la grandeza, la urgencia y la hermosura del desafío que presenta (& 15), discurre sobre diferentes cuestiones vitales: *v.gr.*, la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que en el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, el valor propio de cada criatura, el sentido humano de la ecología, la necesidad de debates sinceros y honestos, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida, etc. Estos temas –concluye su SS Francisco- *no se cierran ni abandonan, sino que son constantemente replanteados y enriquecidos* (& 16).

Los esfuerzos en esa dirección, suponen potenciar internamente sus capacidades y condiciones de generación de profesionales calificados y comprometidos con el proceso histórico y con el devenir de las transformaciones de la Nación. La responsabilidad social de la universidad pública en la interpretación de la cuestión nacional y los términos de su inserción internacional en el contexto de la globalización bajo los principios del pluralismo teórico, la autonomía, la excelencia académica, la multi y transdisciplinariedad y el compromiso crítico, deben partir inevitablemente de un entendimiento cabal de las dificultades, crisis y potencialidades que hoy enfrenta, según pregona Boaventura de Sousa Santos.

Todos estos procesos, indispensablemente, requieren sostenidas y coherentes políticas de Estado a largo plazo diseñadas sobre la base de sólidos

¹⁷⁸³ JEAN LADRIERE. *Les enjeux de la rationalité*. Aubier/Unesco: Paris, 1977, p. 89

consensos sociales que lleven inevitablemente al cultivo de los espacios de acreditación en una búsqueda constante de acuerdos sobre criterios, indicadores y estándares de calidad comunes, en el marco de una visión cotidiana y de horizontes compartidos para el mejoramiento y desarrollo de la Educación Superior.

Como ha sostenido Royero, en los días que vivimos, el papel de las universidades y muy específicamente el sistema de educación superior tienen sin duda alguna, una enorme responsabilidad ante la sociedad en su conjunto ya que esta última le exige producir conocimiento científicamente válido capaz de generar soluciones creativas en las múltiples áreas del quehacer social. En efecto, nuevamente el texto pontificio mencionado precedentemente da cuenta de que, a nivel global, *la humanidad está llamada a tomar conciencia de la necesidad de realizar cambios de estilos de vida, de producción y de consumo, etc.*, de modo que la verdadera sabiduría resulta ser el fruto de la reflexión y los intercambios generosos entre las personas de diversas culturas y no una mera acumulación de datos que sólo conducen a un dañino aislamiento (Carta Encíclica *Laudato si*, & 23 y 47).

Es pertinente indicar, que, desde su creación, la UNC ha cimentado su estructura sobre la defensa a ultranza de los derechos humanos, un compromiso social inquebrantable, un sólido proyecto de inclusión educativa, teniendo como premisa fundamental una herramienta metodológica invaluable: el diálogo intercultural. Este último supone la construcción de relaciones equitativas entre personas, comunidades, países y culturas, trabajando la interculturalidad desde una perspectiva que incluya elementos históricos, sociales, culturales, políticos, económicos, educativos, antropológicos y ambientales. Hablar de interculturalidad, es, además, ser artífices necesarios en el reconocimiento de la diversidad, cuestionando las desigualdades y sus consecuencias (pobreza, discriminación, racismo, xenofobia, etc.), así como las estructuras anquilosantes imperantes tanto en la sociedad como en la educación en todos sus niveles.

En su obra *La universidad del futuro*, Jean Ladrière nuevamente allega una sugestiva prevención: la interacción entre la Universidad y la sociedad se ha vuelto más intensa en la actualidad que en el pasado y tenderá sin duda a reforzarse aún más en el futuro.

De allí que nuestra Universidad Nacional de Córdoba como institución rectora de los valores sustanciales de la sociedad y el pueblo a que pertenece en un todo de acuerdo al espíritu de la Ley de Educación Superior 24521 y a lo dispuesto en el art. 2 de su Estatuto define la misión de la mismas persiguiendo los siguientes fines: " *la educación plena de la persona humana; la formación profesional y técnica, la promoción de la investigación científica, el elevado y libre desarrollo de la cultura y la efectiva integración del hombre en su comunidad, dentro de un régimen de autonomía y de convivencia democrática entre profesores, estudiantes y graduados; la difusión del saber superior entre todas las capas de la población mediante adecuados programas de extensión cultural, la promoción de la actuación del universitario en el seno del pueblo al que pertenece, destacando su sensibilidad para los problemas de su época y las soluciones de los mismos y la proyección de la atención permanente sobre los grandes problemas y necesidades de la vida nacional, colaborando*

desinteresadamente en su esclarecimiento y solución”.

La Universidad Nacional de Córdoba dirige su accionar a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas superiores; a proveer equitativamente becas, condiciones adecuadas de infraestructura y recursos tecnológicos apropiados para todas aquellas personas que sufran carencias económicas verificables; a promover políticas de inclusión educativa que reconozcan igualitariamente las diferentes identidades de género y de los procesos multiculturales e interculturales; establecer las medidas necesarias para equiparar las oportunidades y posibilidades de las personas con discapacidades permanentes o temporarias; vincular prácticas y saberes provenientes de distintos ámbitos sociales que potencien la construcción y apropiación del conocimiento en la resolución de problemas asociados a las necesidades de la población.

Ésta es la tarea que actualmente cumple nuestra Casa, como lo expresaré a continuación pasando revista a los específicos programas que desarrolla y sostiene.

El diseño de éstos últimos y, por ende, el anidamiento de asuntos de inclusión en la educación universitaria debe centrar la atención preferente de sectores socialmente vulnerables, a la vez de incluir aspectos relativos a contenidos de los procesos y modalidades de enseñanza/aprendizaje y formas de relación entre las instituciones y experiencias educativas y en otros casos, a sus contextos sociales.

De este modo, el proceso de develamiento de las identidades culturales cobra relevancia, expandiéndose a través de tipos y contextos de intercambio, traducidos no sólo en relaciones de trabajo, de espacios físicos y sociales, de difusión de valores, tradiciones y hábitos, etc., sino también en vínculos de producción de saberes, destrezas y habilidades, de educación, de capacitación, etc. En suma, la Universidad descubre, construye y transforma su faena cultural a través de un continuo progreso de diversidad epistemológica y de interversidad de conocimientos; por cierto, superador de las vallas de un monoculturalismo académico.

El eje de esta propuesta deja en claro -añade Paulo Freire- que la cuestión de la identidad cultural, de la cual forma parte la dimensión individual y de clase de los educandos cuyo respeto es absolutamente fundamental en la *práctica educativa progresista*, es un problema que no puede ser desdeñado. *Formación científica, corrección ética, respeto a los otros, coherencia, capacidad de vivir y de aprender con lo diferente, son obligaciones a cuyo cumplimiento debemos dedicarnos humilde pero perseverantemente. No resulta posible asumirnos como sujetos de la búsqueda, de la decisión, de la ruptura, de la opción, como sujetos históricos, transformadores, a no ser que nos asumamos como sujetos éticos*¹⁷⁸⁴.

Es que - como se previene al reglamentar el principio de autonomía universitaria, en el art. 3 de la Ley 24521 - el sistema de educación superior tiene

¹⁷⁸⁴ ESTUPIÑAN QUIÑONOES, Norman; AGUDELO CELY, Nubia *Identidad cultural y educación en Paulo Freire: reflexiones en torno a estos conceptos*. Revista Historia de la Educación Latinoamericana, núm. 10, 2008, pp. 25-40

por finalidad proporcionar la *formación científica, profesional, humanística y técnica* en el más alto nivel, contribuir a la *preservación de la cultura nacional*, promover la *generación y el desarrollo del conocimiento en todas sus formas*, y *desarrollar las actitudes y valores que requiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático.*¹⁷⁸⁵

La Universidad Nacional de Córdoba recepta estas loables exigencias en sus Estatutos desde el artículo 94 al 96¹⁷⁸⁶, reafirmando que el objetivo de

¹⁷⁸⁵ Incluso, cabe recordar que son también objetivos de la Educación Superior, los que establece la Ley 24.195 en sus artículos 5º, 6º, 19º y 22º:

a) Formar científicos, profesionales y técnicos, que se caractericen por la solidez de su formación y por su compromiso con la sociedad de la que forman parte;

b) Preparar para el ejercicio de la docencia en todos los niveles y modalidades del sistema educativo;

c) Promover el desarrollo de la investigación y las creaciones artísticas, contribuyendo al desarrollo científico, tecnológico y cultural de la Nación;

d) Garantizar crecientes niveles de calidad y excelencia en todas las opciones institucionales del sistema;

e) Profundizar los procesos de democratización en la Educación Superior, contribuir a la distribución equitativa del conocimiento y asegurar la igualdad de oportunidades;

f) Articular la oferta educativa de los diferentes tipos de instituciones que la integran;

g) Promover una adecuada diversificación de los estudios de nivel superior, que atienda tanto las expectativas y demandas de la población como a los requerimientos del sistema cultural y de la estructura productiva

h) Propender a un aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales asignados;

i) Incrementar y diversificar las oportunidades de actualización, perfeccionamiento y reconversión para los integrantes del sistema y para sus egresados;

j) Promover mecanismos asociativos para la resolución de los problemas nacionales, regionales, continentales y mundiales.

¹⁷⁸⁶**Artículo 94.**

1) Una de las misiones básicas de la Universidad es promover la ciencia y la técnica. Por ello una de sus tareas fundamentales es la realización de investigaciones científicas.
2) Es función del gobierno universitario orientar a la Universidad hacia el logro de esos objetivos.

3) Corresponden a la Universidad, como responsabilidades insoslayables e indelegables:

a) La creación del conocimiento científico y el desarrollo de una capacidad tecnológica dentro de su ámbito.

b) Formar los recursos humanos para la investigación.

c) Formar los correspondientes recursos físicos.

d) Mantener y mejorar los recursos humanos.

e) Mantener y mejorar los recursos físicos.

Artículo 95

1) La Universidad deberá disponer de recursos económicos exclusivamente destinados a la realización de las acciones enumeradas en el Art. 94.

2) El gobierno universitario determinará los criterios adecuados para la promoción y estímulo de las investigaciones y la orientación de los desarrollos científicos y tecnológicos. Con ese fin creará los organismos asesores y los organismos ejecutores y de control de gestión que sean necesarios, dentro del sistema de cogobierno. En el contexto de las características universales de la ciencia y del método científico, atenderá a los requerimientos propios de nuestro país. Asimismo, fijará los criterios racionales de regionalización, originados tanto en razones históricas como en necesidades específicas.

alcanzar la educación plena de la persona humana, su formación profesional y técnica, debe acompañarse de la promoción de la investigación científica y la extensión.

La investigación científica se realiza en forma paralela a la docencia en las distintas unidades académicas, así como en institutos especializados, particularmente como las Unidades Ejecutoras del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). Ejemplo de ellas son el Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad (CIECS); el Centro de Investigaciones en Bioquímica Clínica e Inmunología (CIBICI); el Centro de Investigaciones en Ciencias de la Tierra (CICTERRA); el Centro de Investigación y Estudios de Matemática de Córdoba (CIEM); el Centro de Investigaciones en Química Biológica de Córdoba (CIQUIBIC); el Instituto de Astronomía Teórica y Experimental (IATE); el Instituto de Estudios Avanzados en Ingeniería y Tecnología (IDIT); el Instituto de Farmacología Experimental de Córdoba (IFEC); el Instituto de Física Enrique Gaviola (IFEG); el Instituto Multidisciplinario de Biología Vegetal (IMBIV); el Instituto de Investigaciones en Físicoquímica de Córdoba (INFIQC); el Instituto de Investigación Médica “Mercedes y Martín Ferreyra” (INIMEC); el Instituto de Ciencia y Tecnología de Alimentos Córdoba (ICYTAC); el Instituto de Antropología de Córdoba (IDACOR); el Instituto de Diversidad y Ecología Animal (IDEA); el Instituto de Humanidades (IDH); el Instituto de Investigaciones Biológicas y Tecnológicas (IIBYT); el Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Salud (INICSA); el Instituto de Investigación y Desarrollo en Ingeniería de Procesos y Química Aplicada (IPQA); el Unidad de Investigación y Desarrollo en Tecnología Farmacéutica (UNITEFA); el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS); el Instituto de Investigaciones Psicológicas (IIPsi).

La Secretaría de Ciencia y Tecnología (SeCyT) de la UNC proporciona las herramientas y mecanismos para el financiamiento de la investigación científica y tecnológica, a partir de programas propios de la UNC y del otorgamiento de becas. Asimismo, se desempeña como unidad administradora de la UNC facilitando la participación en convocatorias nacionales de proyectos en

3) La Universidad estimulará la relación entre la comunidad científica y tecnológica universitaria y el resto de la sociedad. La autoridad universitaria establecerá relaciones institucionales con otras universidades, organismos nacionales, provinciales, municipales, privados y extranjeros relacionados con la investigación científica y el desarrollo tecnológico.

Artículo 96 Las autoridades universitarias arbitrarán las medidas idóneas para la promoción de la investigación, las que incluirán:

- a) La utilización de cargos con dedicaciones especiales como apoyo a la investigación científica en todas sus etapas: de iniciación, de perfeccionamiento y superior.
- b) La institucionalización de la formación superior a través de la creación de carreras de doctorado.
- c) El apoyo a los grupos de investigación, tanto unidisciplinarios como multidisciplinarios e interdisciplinarios.
- d) La armonización y compatibilización de planes y proyectos de investigación entre las distintas universidades y demás organismos relacionados con la ciencia y la técnica.

temáticas tanto básicas como aplicadas, financiados por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (FONCyT), o FONARSEC.

También actúa la SeCyT en vinculación con el sector socio-productivo a través del Parque Científico Tecnológico, el cual alberga la Oficina de Innovación Tecnológica (OIT) de la SeCyT que promueve el vínculo continuo entre grupos de investigación de las Facultades e Institutos de la UNC, el Estado y las empresas con potencial innovador, a través de una activa participación en emprendimientos de base tecnológica, como también en aquéllos que tiendan a la solución de problemáticas sociales; la Oficina de Propiedad Intelectual (OPI), que con asesoramiento contribuye a la protección, preservación y utilización de los descubrimientos tecnológicamente aprovechables efectuados en el curso de los trabajos de investigación científica, tesis doctorales, maestrías, especializaciones y trabajos finales de aplicación, entre otros, financiados con fondos públicos; y la Incubadora de Empresas, que acompaña a los emprendedores en la creación de nuevas empresas de base tecnológica, brindándoles herramientas fundamentales para su crecimiento y consolidación, a partir de asesoramiento profesional y técnico, junto con los servicios necesarios y la infraestructura adecuada para contribuir al desarrollo de sus empresas durante los primeros años de vida.

Nuestra Universidad se encuentra, así, armónicamente relacionada con la sociedad en su conjunto, íntimamente correspondida con todos sus sectores científicos, culturales, artesanales, tecnológicos, productivos y empresariales, educando y formando buenas personas, buenos ciudadanos, conscientes y responsables. Profesionales, especialistas, investigadores, artistas y técnicos dotados de una cultura humanística y científica; promoviendo el diálogo constante y la interculturalidad, el irrenunciable respeto por el otro, la cultura de la paz y el cuidado del medio ambiente.

Una institución al servicio de la excelencia en los campos de la docencia, investigación científica, extensión, vinculación y servicios, que acometa la integración y el trabajo mancomunado y compartido en grandes redes académicas y científicas con currículos también flexibles que comprendan ciclos de competencias generales, básicas, profesionales, terminales y libres, acompañadas de las destrezas y habilidades requeridas para cada profesión o especialidad y que propicia la reintegración del conocimiento y el trabajo interdisciplinario y transdisciplinario.

En consecuencia y en cumplimiento de estas metas, elegidas como propias, las mismas se encuentran, a su vez, reguladas en el artículo 98 de sus Estatutos que dispone lo siguiente: "*La Universidad realizará una labor organizada y permanente en el seno de la sociedad, que propenda a la dignificación integral del hombre, a la formación de una conciencia democrática vigorosa y esclarecida y a la capacitación cultural y técnica del pueblo. Objeto preferente de esta acción serán los jóvenes que no siguen estudios regulares, sobre quienes deben proyectarse a través de todos los medios idóneos disponibles, los beneficios del saber y las otras manifestaciones superiores del espíritu*".

En este orden de ideas, la Universidad Nacional de Córdoba ha implementado y puesto en marcha diversos dispositivos que promueven espacios de

interculturalidad, entendiendo a la cultura -según se expide Martínez Paz- como *matriz de vida dotada de sentido*¹⁷⁸⁷, manifestándose dinámicamente bajo las siguientes figuras: *forma de vida, orden y tarea*. En cada uno de tales aspectos, bien cabe tener presente la siguiente semblanza:

- Como *forma de vida* recoge los modos de pensar, valorar y actuar que se transmiten de generación en generación y configuran, junto a los valores no negociables, lo que se ha denominado “genio de un pueblo” o “idiosincrasia popular”;

- Como *orden* equilibra y organiza las tendencias, los valores y los proyectos individuales, con las soluciones ofrecidas por la sociedad para establecer el orden socio-político y jurídico;

- Como *tarea*, responde a la necesidad de construir, día a día, el mundo social, jurídico y cultural en el que el hombre va a vivir. Y el hombre realiza esta tarea a través de sus acciones, de su creatividad, de su ingenio, de su inteligencia que se transforma en cultura. Es, asimismo, una tarea que se conserva para las futuras generaciones convertida en un testimonio objetivo, independiente de sus autores y patrimonio de los que llegan después de ellos.

Se sugiere, así, que la consideración de la Universidad como una organización independiente y autocéfala con personalidad jurídica propia no ha de ser un puro dato formal, sino que también debe apoyarse en un sustrato real y positivo: la provisión de soluciones y respuestas que establecen distintas relaciones -legales, sociales, religiosas, económicas, jurídicas, etc., y se convierten en realidades tan evidentes y objetivas como cualquiera de las otras realidades cotidianas. Sin embargo, no son respuestas ni soluciones mecánicas, espontáneas y definitivas. Son el resultado de una tarea consciente y continua, con aciertos y errores, en la construcción de una determinada sociedad.

La Universidad entendida como organización resulta, en ese sentido, equiparable a la noción de “empresa”. Por ello, se convierte en objeto de estudio de las ciencias empresariales aportando propuestas para su mejor administración y gobernanza.

Al respecto, Teresa E. Cadavid G.¹⁷⁸⁸ enseña que: “... si hoy, como política educativa, la universidad se plantea como empresa, del tipo “empresa de servicios”,

¹⁷⁸⁷ La cultura como matriz de vida dotada de sentido está constituida -explica Fernando Martínez Paz, en seguimiento del ideario de Jean Ladrière- por distintos espacios, denominados “ámbitos de sentido”: El primero, incluye los conjuntos de conceptos y de símbolos que representan e interpretan la idiosincrasia y el significado del ámbito socio-cultural y jurídico de los diferentes grupos sociales. Es el ámbito de la *representatividad*; el segundo, que se explicita en los ordenamientos jurídicos, abarca todos los valores y criterios a través de los cuales se juzgan situaciones y conductas. Es el ámbito *normativo*. La conciencia jurídica y la comprensión de los fenómenos jurídicos juegan aquí un papel fundamental; el tercero, está conformado por las formas y modalidades que expresan y proyectan las normas, de manera concreta. Es el del ámbito de *expresión*. Y el cuarto, el ámbito de la *acción*, comprende las mediaciones técnicas que orientan la conducta y las mediaciones, estrictamente sociales, con las que se construye y organiza la sociedad.

¹⁷⁸⁸ TERESA E. CADAVID G. *Sobre la universidad-empresa* Revista Iberoamericana de Educación / Revista Ibero-americana de Educação ISSN: 1681-5653 n.º 50/7 - 10 de noviembre de 2009 Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI)

aparte de las ventajas relativas al autofinanciamiento, proyección social y demás, que en primera instancia no entrarían en discusión, se pueden suponer riesgos importantes, sobre todo cuando la calidad de la formación académica parece ocupar un segundo plano, que se podrían contemplar bajo dos perspectivas complementarias: la relación de la universidad con la sociedad de consumo y su tendencia a constituirse predominantemente en un ente administrativo. ...”.

Bajo esta concepción aparecen términos vinculados a la gestión empresarial que se incorporan al lenguaje universitario: gestión, planes estratégicos, estructura organizacional, planes de modernización, informes de gestión, etc. Asimismo, se comienzan a utilizar herramientas informáticas para registrar, sistematizar, agilizar y digitalizar las diversas operaciones administrativas y actuaciones académicas que se desarrollan dentro de la Universidad. Dichas herramientas permiten obtener información para la toma de decisiones.

Bajo estas premisas, es preciso apuntar que la enunciación que se hará a continuación es simplemente con el objeto de ejemplificar algunas de las tareas llevadas a cabo por nuestra universidad en pos de lograr los objetivos expresados en sus estatutos, ya que sería imposible, atento a su extensión, explicarlas en su totalidad. La mayoría de los programas que a continuación se enumerarán, han sido aprobados por resoluciones pertenecientes al Honorable Consejo Superior de la Universidad y se desarrollan, a través de la Secretaría de Extensión Universitaria, en conjunto con las secretarías homónimas de cada una de las Unidades Académicas, a excepción del programa de Inclusión Educativa, que depende de la Secretaría de Asistencia Estudiantil de la UNC

1. La creación de los *Centros Regionales de Educación Superior (CRES)*, con los objetivos de descentralizar territorialmente la oferta educativa sin replicar carreras y de responder a las *inquietudes y necesidades de las regiones en las cuales están insertos con una propuesta educativa de calidad*¹⁷⁸⁹. Entre sus finalidades se destacan: institucionalizar prácticas de planeamiento conjunto entre las universidades y los gobiernos provinciales y locales, a nivel regional y del sistema; incrementar los niveles de cobertura hacia los sectores sociales con menor oportunidad de acceso a la educación superior por su situación socio-económica y/o geográfica; atender a la formación académica y profesional en áreas de vacancia regional; aumentar el impacto del sistema de educación superior en el desarrollo regional y local; mejorar la vinculación y asociación de las universidades con municipios y organizaciones locales.

2. La ejecución de la *Planificación Estratégica Participativa (PEP)*, según RHCS N° 655/2016, 906/2016 y 1868/2016¹⁷⁹⁰, entendida como un

1789 En la actualidad, las carreras de la UNC que actualmente se cursan en los CRES SON: SEDE VILLA DOLORES: [Licenciatura en Trabajo Social](#), [Diseño Industrial](#) y [Constructor](#); SEDE DEAN FUNES: [Contador Público](#), [Licenciatura en Trabajo Social](#), [Licenciatura en Kinesiología y Fisioterapia](#), [Licenciatura en Nutrición](#), [Constructor](#), [Técnico Mecánico Electricista](#) y [Licenciatura en Producción de Bioimágenes](#).

1790 A través de tales documentos normativos el Honorable Consejo Superior de la UNC dispone la realización de la Planificación Estratégica Participativa y establece sus objetivos generales, aprueba las pautas metodológicas de la Planificación Estratégica Participativa de la UNC y, finalmente, designa al Coordinador General y a los Coordinadores de las Comisiones de Trabajo de la Planificación Estratégica Participativa de la Universidad.

proceso decisorio institucional que implica la construcción colectiva y que, por ello, involucra a los actores internos, integrantes de la comunidad universitaria y a los actores externos que conforman los sectores público, privado y ciudadano. De esta manera, se genera un campo dialógico y decisorio en el que tensionan diferentes concepciones y valores, en la búsqueda de la construcción de los acuerdos y consensos que permitan definir una direccionalidad institucional y los caminos que tornen viable su consecución. Tal iniciativa parte de la concepción de la Universidad como una organización que se piensa a sí misma, que se critica internamente y en consecuencia, acepta las críticas externas. Una universidad que aprende de sus experiencias y que se proyecta hacia adentro y hacia la sociedad en la que se inserta. Desde esta perspectiva, la Universidad se reafirma en sus valores institucionales y, al mismo tiempo, los pone en discusión y re significación. En suma, frente a la pregunta **¿por qué planificar estratégicamente a la UNC?**, se insinúa la meta de la construcción colectiva de un *nuevo sentido identitario institucional* anclado en la *relación dialéctica entre la Universidad, su comunidad y la sociedad* en la que se inserta,⁷⁷⁷⁷⁷⁷⁷⁷ que permita determinar políticas generales de gestión para el desarrollo institucional de la UNC y, como consecuencia de ello, contar con objetivos institucionales previamente estipulados que orienten su accionar.

3. La reciente implementación de la *Reforma Política de la UNC*, en virtud de la cual –el 15 de diciembre de 2016- la Asamblea Universitaria aprobó la *elección directa, secreta y obligatoria de las autoridades unipersonales de la UNC* (RHAU N° 3/2016). Hasta ese entonces, los Rectores y Vicerrectores de la Casa de Trejo, como los Decanos y Vicedecanos de cada Unidad Académica, resultaban elegidos indirectamente por los miembros que integran la H. Asamblea Universitaria y por los H. Consejos Directivos de las Facultades respectivamente. El cambio asegura que la elección de las máximas autoridades de las facultades debe ser por fórmula completa mediante votación directa, secreta, obligatoria, simultánea y ponderada de los sufragios emitidos por los diferentes claustros. (OHCS N° 1/2017; 3/2017). El reglamento prevé además, la realización de debates preelectorales públicos entre los distintos candidatos. Se adopta el sistema de boleta única, con lo cual se prevé un tamaño y diagramación uniforme para todas las unidades académicas.

4. La aprobación de la *Estructura orgánica del Rectorado* por RHCS N° 618/2006 que procura responder a los objetivos y metas diseñadas por la conducción de la Universidad Nacional de Córdoba, sobre la base del análisis efectuado por sus responsables, teniendo en cuenta criterios consolidados para la organización y gestión de instituciones universitarias. Dicho esquema tiene por finalidad abordar de un modo más integrado, pero también más descentralizado, la gestión académica, científicotecnológica, extensionista, económico-financiera y administrativa -entre otras-, fortaleciendo el rol y la participación de las Facultades.

5. Los diversos *Sistemas de Gestión* que tiene implementada la Universidad Nacional de Córdoba, a saber: a) Gestión Académica: Guaraní y Yacaré; b) Gestión Administrativa: Comdoc, Digesto electrónico, Koha, Micuré,

Nahuel, Kuntur, Sigeva, Ucumarí, Weke, Pilagá, Diaguaita, Sanavirón, Mapuche, GDE, Portal del empleado; y c) Gestión de usuarios: Cuenta única universitaria.

Otro tema que ha desvelado a la comunidad universitaria y a la comunidad científica es el de la vinculación de la Universidad con la “Empresa” y cómo esa vinculación tensiona las líneas de investigación que se llevan adelante. Esta tensión se complejiza cuando incluimos en la ecuación al Estado.

María Fernanda Arias¹⁷⁹¹ analizó la percepción de los académicos argentinos sobre esta vinculación en un interesante trabajo.

Sobre la temática en cuestión, la autora cita en su obra que: “... en los años '60, los argentinos Jorge Sábato y Natalio Botana (1968), entre otros, explicaron la vinculación universidad, empresa y Estado (VUEE) o el triángulo de relaciones entre ciencia y tecnología, estructura productiva y Estado. La idea de estos científicos de las ciencias duras y las ciencias sociales, que pertenecían a lo que se dio en llamar la Escuela de Pensamiento Latinoamericano en Ciencia, Tecnología, y Desarrollo (Vidal, 2002), era que el conocimiento generado en la universidad no podía estar separado del mundo productivo y que el Estado debía fomentar esta vinculación. Era ineludible que las tres instituciones debían unirse para lanzar el desarrollo de los países de la región. Esto comenzó a realizarse en América Latina y tuvo como beneficiarios a los países líderes del momento: Argentina y Brasil, especialmente a través de la inversión pública. ... Argentina sufrió marchas y contramarchas a partir de la caída del gobierno desarrollista de Frondizi en 1962 y perdió su rumbo en años posteriores.”¹⁷⁹²

¿Por qué existe una tensión en esa vinculación entre Universidad, Empresa y Estado en cuanto a las líneas de investigación? Pues bien, existe ese tensionamiento porque nos preguntamos quién debe definir qué se investiga, para qué se investiga y cuál es la finalidad de esa investigación. Cuestionamiento conexo a los planteados es qué rol debe ocupar la Universidad, la Empresa y el Estado en esta vinculación compleja.

Otro punto de esta álgida tensión es el referido a la financiación de la investigación.

La Universidad Nacional de Córdoba consagra su misión en el art. 2 del Estatuto Universitario que reza: “**Artículo 2 - Misión de la Universidad.** La Universidad, como institución rectora de los valores sustanciales de la sociedad y el pueblo a que pertenece, tiene los siguientes fines:

- a) La educación plena de la persona humana.
- b) La formación profesional y técnica, **la promoción de la investigación científica**, el elevado y libre desarrollo de la cultura y la efectiva integración del hombre en su comunidad, dentro de un régimen de autonomía y de convivencia democrática entre profesores, estudiantes y graduados.
- c) La difusión del saber superior entre todas las capas de la población mediante adecuados programas de extensión cultural.

¹⁷⁹¹ Arias, M. 2018. *La vinculación universidad-empresa-estado, ¿es necesaria? La percepción de académicos argentinos* - Pág. 11 a 30. REVISTA IBEROAMERICANA DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y ECONOMÍA. 4, 4 (ene. 2018).

¹⁷⁹² Arias, M. ob. cit.

- d) *Promover la actuación del universitario en el seno del pueblo al que pertenece, destacando su sensibilidad para los problemas de su época y las soluciones de los mismos.*
- e) *Proyectar su atención permanente sobre los grandes problemas y necesidades de la vida nacional, colaborando desinteresadamente en su esclarecimiento y solución."*

En consecuencia, la promoción de la investigación científica es misión de la Universidad. Estas son algunas políticas que se han desarrollado dentro de la UNC:

1. La creación del *Consejo Social Consultivo*, (OHCS, 07/2002, RR 1546/2002) como órgano pensado en tanto instancia de articulación de la Casa de Trejo con las organizaciones sociales de los sectores productivo, comercial, cultural y científico. El principal objetivo de este espacio, que actúa a través de representantes de diversos sectores sociales, denominados Consejeros Sociales, es reconocer las necesidades específicas de la comunidad para desarrollar acciones académicas, productivas, de investigación, extensión universitaria, transferencia tecnológica y científica que brinden respuesta a tales inquietudes procurando una mayor calidad educativa y trabajar para formar profesionales altamente capacitados, comprometidos con las necesidades de nuestra sociedad con una marcada vocación y actitud solidaria. A su vez, impulsa líneas de trabajo tendientes a mantener una fluida relación de la Universidad con la comunidad a través del permanente asesoramiento de las autoridades universitarias, la obtención de recursos materiales y económicos destinados a elevar el nivel académico y de gestión de la universidad, como así también favorecer todo tipo de acciones académicas, productivas, de investigación, en acuerdo con distintas organizaciones de la comunidad, a la vez que celebra convenios para que los estudiantes puedan realizar prácticas en instituciones de la comunidad, tanto del ámbito privado como público.

Actualmente está conformado por 21 representantes de los siguientes sectores e instituciones: Colectivos de género: Mujeres de la Matria Latinoamericana – Mumala y NiUnaMenos Córdoba; Movimientos de Derechos Humanos: Agrupación HIJOS Córdoba y Abuelas de Plaza de Mayo Filial; Cooperativismo: Comisión Asesora Local del Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos, FEDESCOR, COLSECOR y FACE; Asamblea de Pequeños y Medianos Empresarios; Ente Intercomunal del Norte de Córdoba; CGT Regional Córdoba; Asociación de Psiquiatras Argentinos Regional Córdoba; Córdoba Technology y Fundación Inclusión Social.

2. El fomento del programa *Puntos de Extensión (PEU)* encargado de ejecutar por medio de estos espacios, políticas extensionistas articuladas en territorio y vinculadas con organizaciones de carácter público y privado, revelando como principales objetivos mejorar los vínculos entre organizaciones, instituciones y prácticas universitarias ubicadas en barrios de nuestra ciudad, como así también integrar en la acción a las tres funciones de la Universidad: la docencia, la investigación y la extensión. En concreto, el programa en cuestión fortalece el vínculo Universidad-Sociedad civil-Sector público, con la finalidad de articular los intereses de las partes, concretar acciones específicas en territorio para satisfacer las demandas particulares de la población, resolver

interdisciplinariamente las problemáticas sociales, económicas y ambientales de la comunidad y revalorizar el rol del Estado. Comprende diversas temáticas, *v.gr.*: En materias de desarrollo sustentable, desarrollo humano, gobernabilidad democrática, innovación y emprendurismo, salud y bienestar, etc.)

3. El desarrollo de *Programas de Intercambio* con universidades americanas y europeas. En el marco del proceso de internacionalización de la Educación Superior, la Universidad Nacional de Córdoba posee la visión de transformarse en un centro académico con liderazgo en las relaciones académicas que Argentina establece con el sistema universitario internacional contribuyendo a apoyar los valores de la educación pública con calidad y equidad. La Prosecretaría de Relaciones Internacionales (PRI), coherente con esa visión, tiene como misión generar espacios de vinculación entre la UNC y diversos actores internacionales mediante la promoción de proyectos de cooperación con instituciones de educación superior, redes académico-científicas, y organismos regionales y multilaterales. Para llevar a cabo estos objetivos la PRI es el enlace entre las delegaciones extranjeras y la comunidad académica de la UNC, propiciando la promoción de intercambios científicos de profesores y alumnos: *v.gr.*, programas de escala estudiantil, de movilidad educativa de grado y posgrado, de formación doctoral y posdoctoral, pasantías en organismos extranjeros e internacionales, etc.

4. En el marco del *“Plan de Fortalecimiento de la Investigación Científica, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación en las Universidades Nacionales”* (Ac. Pl. N° 676/08 y 687/09), el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) financia Becas de Estímulo a las Vocaciones Científicas (EVC) para estudiantes universitarios de grado que deseen iniciar su formación en investigación en el marco de Proyectos de Investigación acreditados que se desarrollen y cuenten con financiamiento, en Instituciones Universitarias Públicas (IUP) en disciplinas científicas, humanísticas, tecnológicas o artísticas.

5. Por Ordenanza HCS N° 2/2018 se creó el *Programa para la Adquisición de Grandes Equipos* (PAGE). Dicho programa surge con base en el diagnóstico de situación actual sobre I+D+i en el ámbito de la U.N.C., realizado a partir de la etapa de autoevaluación del PEI y de las dimensiones del PEP, donde quedó de manifiesto la necesidad de invertir en la adquisición de grandes equipos de avanzada tecnológica que permitan mejorar la calidad de los proyectos de investigación, fortalecer los vínculos con el sector socioproductivo y organismos públicos que promuevan actividades de I+D+i y de optimizar el uso de los recursos asignados a dicha función. Entre los objetivos del PCT-UNC se propone: impulsar y favorecer la transferencia de tecnología, facilitar y promover la integración de las actividades de investigación científicotecnológica de la U.N.C. con las actividades del sector productivo de su entorno socio-económico, incluyendo la realización de proyectos entre ambas partes y favorecer la transferencia de servicios de I+D+i que los diferentes sectores deseen realizar en colaboración con la U.N.C. (Resolución HCS 368/09).

Retomando el trabajo de Arias¹⁷⁹³, resulta de importancia destacar la clasificación de percepciones que realiza: "... se podría hablar de tres grupos de referentes: los primeros pueden ser catalogados como **vinculadores positivos**, porque consideran que las relaciones entre la universidad y la empresa deben estrecharse en un vínculo de igualdad e independencia. El segundo grupo está formado por los **universitarios empresariales**, que consideran que la universidad debe someterse a los requerimientos de la empresa, mientras que el tercer grupo responde a los **anti-vinculadores**, que defienden los valores de la universidad y sospechan de los del mundo exterior a ella, inclusive del Estado. ... Si bien la mayoría de los entrevistados cae dentro de lo que se denominó vinculadores positivos, existen también, aunque muy minoritariamente, representantes de anti-vinculadores y de académicos empresariales. Los primeros rehúyen de la intervención del Estado y de la lógica del mercado en la universidad por una cuestión purista. Es decir, porque la cultura académica se vería reemplazada por otra que no necesariamente guardaría relación con la libertad en la búsqueda de la verdad. Los segundos, o sea, los defensores de la subordinación de la academia a las necesidades del mercado, también son un grupo poco significativo, por lo menos en esta muestra. En general, la posición de los académicos es moderada: si bien manifiesta una voluntad de cambio y de apertura social, no pierde de vista la necesidad de la libertad de creación y de investigación en áreas, como la filosofía o la educación, que no siempre benefician directamente a la producción de bienes. Dada la aparición de tantas universidades privadas que se orientan hacia los estudios empresariales, en el mundo y en la Argentina, el investigador podría temer que algunas de las respuestas de sus representantes hayan sido demasiado cuidadosas para no defender a las empresas: no se niega esa posibilidad. Sin embargo, el hecho de que no hayan querido parecer pro-empresariales también manifiesta que, íntimamente, creen que la universidad no puede favorecer solo a los estudios dirigidos a los intereses empresariales, sino que también debe realizar investigaciones que sirvan a otros intereses comunitarios."

De la reseña que antecede queda en claro que la Universidad Nacional de Córdoba, ha sabido amalgamar, a lo largo de su extensa vida, su cuatricentaria tradición educativa a los fluctuantes cambios sociales, políticos y económicos, erigiéndose siempre en un agente de cambio y protagonista activa de los más importantes acontecimientos históricos de la Nación. Es ella fruto de la relación dialógica indisoluble y a la vez complementaria entre tradición y modernidad académica.

Hoy, se encuentra una vez más, en la necesidad de redefinir las respuestas pedagógicas frente a los desafíos provenientes del conocimiento contemporáneo y de la sociedad global, lo que supone, en primer lugar, aproximarse al vasto escenario de la complejidad de las relaciones sociales e interculturales.

Como institución de Educación Superior, es indispensable abordar la realidad multidimensional desde un pensamiento que no sea fragmentado ya que una inteligencia parcelada es incapaz de visualizar la complejidad del conjunto social.

¹⁷⁹³ Arias, M. ob. cit.

Sin lugar a duda, la Universidad es una institución clave del mundo en que vivimos, y que como tal ha debido *aggiornar* su actuación a la complejidad de la realidad globalizada actual. Se asiste a un amplio proceso de apertura de la educación superior que rompe dos condicionamientos: el espacio y el tiempo. El concepto de educación superior abierta, implica la apertura a sectores sociales que por diversas razones no tienen acceso a la educación formal de tiempo completo o parcial. También supone cambios en los métodos de enseñanza, de currículas, sistemas de evaluación, etc. Una de sus formas es la educación a distancia, apoyada en la moderna tecnología¹⁷⁹⁴, organizando el proceso de enseñanza-aprendizaje mediante una relación profesor - alumno no presencial, de conformidad a lo sugerido por Tunnermann Bernheim.

La educación universitaria en su conjunto, y en particular nuestra Casa de Altos Estudios, debe realizar una planificación académica a largo plazo, cuyas líneas estratégicas persigan:

- Orientar los procesos referidos al conocimiento y a su producción hacia el entorno, respetando la misión de la universidad como espejo crítico de la sociedad. Recuperar la institución universitaria para que ella esté presente en los debates públicos, brinde servicios permanentes a la sociedad civil, sea consultada y participe en la búsqueda de soluciones para los problemas del entorno.
- Formar profesionales con perfiles diversos, dotándolos de un denominador común: la ciudadanía, la capacidad de aprender toda la vida, la flexibilidad, los valores morales.
- Búsqueda de alternativas y mecanismos de inclusión que amplíen las posibilidades del acceso a los sectores más desprotegidos.
- Incremento y diversificación de redes académicas y asociaciones de universidades como instrumento imprescindible de cooperación.
- Uso de las nuevas tecnologías de comunicación e información tendientes a lograr el perfeccionamiento docente y la investigación.
- Generar valores añadidos a las actuaciones universitarias.
- Incremento de las relaciones de las universidades con las sociedades a las que deben servir.
- Reducir el índice de deserción en carreras de grado, analizando en

¹⁷⁹⁴ Ejemplo de ello, es la *Universidad Popular Virtual*, quien tiene como objetivo unificar y socializar el conocimiento permitiendo el acceso de toda la comunidad a la educación, formación de capacidades y bienes culturales.

Dirigido a todos los que quieran adquirir conocimientos y competencias en diferentes áreas u oficios, plasmando su afán de superación en el aprendizaje y descubriendo que el aprender es un derecho del Ser humano. Tiene como objetivos: brindar a todos los ciudadanos el acceso libre a los recursos formativos y culturales que se desarrollan en el ámbito de la Universidad Popular; facilitar mediante nuevas metodologías la obtención de conocimientos, independiente del lugar de residencia; promover la adquisición de competencias para el trabajo, aportando las herramientas que permitan su inclusión laboral; favorecer la alfabetización digital a través de las tecnologías de la información y comunicación; incentivar la participación social y las producciones culturales.

profundidad sus causas.

- Propugnar la interculturalidad, favoreciendo en todo momento el diálogo y la concertación.

En fin, una Universidad que se encuentra al servicio de la dignidad de la persona humana, abierta y sensible a los problemas y desafíos sociales, económicos y culturales de la Comunidad en que se inserte, donde las ciencias, las humanidades, las técnicas y las artes acierten con el espacio seguro y confiable para el desarrollo de la trascendencia y el destino del hombre sobre la faz de la Tierra.

De conformidad a todo lo expresado ut supra, la *Conferencia Regional de Educación Superior de América Latina y el Caribe* realizada en la ciudad de Córdoba en junio de 2018, reafirmó el postulado de la Educación Superior como un bien público social, un derecho humano y universal, y un deber de los Estados, reivindicando su papel crítico y propositivo frente a la sociedad. Estos principios se fundan en la convicción profunda de que el acceso, el uso y la democratización del conocimiento resulta un bien social, colectivo y estratégico, esencial para poder garantizar los derechos humanos básicos e imprescindibles para el buen vivir de nuestros pueblos, la construcción de una ciudadanía plena, la emancipación social y la integración regional solidaria latinoamericana y caribeña. Asimismo, se enfatizó en la defensa de la autonomía universitaria como responsabilidad ineludible en América Latina y el Caribe, entendiendo que la educación, la ciencia, la tecnología y las artes deben ser un medio para la libertad y la igualdad, garantizándolas sin distinción social, género, etnia, religión ni edad. El diálogo de saberes para ser universal debe ser plural e igualitario para posibilitar el diálogo de las culturas.

Las ideas que se vienen mencionando las expresa Paulo Freire de la siguiente manera: *“una de las tareas más importantes de la práctica educativo-crítica es propiciar las condiciones para que los educandos en sus relaciones entre sí y de todos con el profesor o profesora puedan ensayar la experiencia profunda de asumirse. Asumirse como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, creador, realizador de sueños”*. Queda clara la importancia de la identidad de cada uno de nosotros como sujetos, ya sea como educador o educando en la práctica educativa como así también de la identidad entendida en esta relación que *somos nosotros mismos entre lo que heredamos y lo que adquirimos*.

El desafío de nuestra comunidad, entramado complejo y global, debe consistir en afianzar el cambio de paradigma educativo cimentando el reconocimiento, promoción y protección de los derechos humanos como pilar fundamental en la concepción y diagramación de las políticas públicas, trabajando en pos de lograr la profunda transformación social y cultural que implica reconocer al otro como igual y distinto, celebrando siempre las diferencias. Sólo si resueltamente nos sometemos al mandato de recobrar la sensibilidad y el compromiso solidario que habita en la esencia de la función social de la educación universitaria, nuestra misión así estará cumplida. Caso contrario quedará reducida a la holgura de un mero progreso de conocimiento, vacío de sentido.

Precisamente se ha señalado que la eficacia social de las universidades depende fundamentalmente del *“modo de articulación”* con la sociedad; si bien podría

interpretarse en el sentido de una estructura prefijada que trasciende los propósitos de los autores, en realidad se la vislumbra como un dispositivo que depende en parte del sistema de ideas y creencias imperantes y de las políticas de conocimiento que la clase dirigente adopta. En este sentido, Jean Drèze y Jean Debelles han mostrado *cómo los distintos modelos universitarios fueron definidos por los fines que se propusieron*.

La educación universitaria debe asumir este reto con incansable vocación de servicio, dirigida a alcanzar su más excelso horizonte: constituirse en agente transformador de condiciones sociales arraigadas y ser simiente de una sociedad más justa, democrática e inclusiva, pues como expresa Prigogine, *el suceso más insignificante puede cambiar el curso de la historia*.

La Universidad debe continuar involucrándose con los sectores vulnerables de la sociedad a los fines de trabajar en la valorización, promoción y construcción de una vida social menos desigual e inequitativa y más incluyente y justa mediante el desarrollo de la equidad, la ciencia, el pluralismo ideológico, la ética social, la memoria histórica y la creación de masa crítica promoviendo siempre y en todo momento una educación de calidad para todos.

Al conmemorar el noveno centenario de la primera Universidad de Occidente, Eduardo García de Enterría¹⁷⁹⁵ allegaba a los universitarios de todo el mundo una reflexión detenida sobre la institución universitaria, el secreto de su permanencia y de su vitalidad y las posibilidades de su renovación, sin las cuales el futuro de nuestras sociedades sería difícilmente concebible; en el trazo de sus palabras advertía lo siguiente:

Sin un centro instituido de inteligencia crítica, donde se analizan todas las situaciones existentes y se postula su perfeccionamiento, donde se ponen constantemente en cuestión los propios resultados de ese análisis, donde se aceptan e incluso se incita el pluralismo en la investigación; sin la realización de toda esa vasta operación realizada a la vez que se cuida de la formación de los escolares superiores, a quienes no se prestan recetas definitivas, y menos aún consignas o sistemas cerrados, sino cuestiones perpetuamente abiertas como base de esa formación; sin esa extraña institución a la que llamamos una Universidad, la historia occidental no hubiera sido ni lejanamente parecida a la que se ha vivido y la sociedad futura no se imaginaría siquiera posible.

Toda sociedad humana responde a una cultura; los etnólogos lo han establecido firmemente. Pero la diferencia entre una sociedad arcaica y otra civilizada viene a estar precisamente en la existencia en estas últimas de esa conciencia crítica que ha acertado a plasmarse en las instituciones universitarias o para universitarias. Una sociedad arcaica vive sobre una estructura cultural cerrada y definitivamente establecida, cuyos mitos y ritos aíslan a la sociedad de que se trata de su contorno y la protegen de él mediante una formalización definitiva expresada en un sistema de respuestas preestablecidas e indefinidamente repetidas. Una sociedad civilizada es una sociedad abierta y en cambio permanente, que no tiene establecido de una vez por todas un sistema de mitos omni-interpretativos y perennes, sino que pone indefinidamente en cuestión las propuestas mismas sobre las que vive y las respuestas con que en cada momento tiene que hacer frente a los problemas nuevos que el tiempo hace aparecer. El instrumento básico con

1795 Texto de la ponencia del autor en el Simposio Internacional celebrado en Bolonia en conmemoración del IX Centenario de su Universidad, con el título de *L'Università nel mondo contemporáneo*, durante los días 15-16 de septiembre de 1988.

que estas sociedades hacen frente a esa puesta en cuestión constante de sus presupuestos y van afrontando el tiempo histórico con nuevas perspectivas y con nuevas respuestas es, precisamente, la Universidad y su sistema de valores y de instituciones correlativos. Es ese un aserto de máxima importancia, que en ocasión de esta reflexión permite concientizarnos acerca de la incesante búsqueda de un preciso interrogante: ¿cuál es el secreto de la permanencia institucional de la Universidad, de su vitalidad y de su imprescindible futuro?

BIBLIOGRAFÍA

ASPELL DE YANZI FERREIRA, MARCELA. (2013). *Jesuitas y franciscanos. 400 años en la Universitas Cordubensis Tucumanae*. Cuadernos de Historia 24 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho. Córdoba.

ASPELL DE YANZI FERREIRA, MARCELA - YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO.(1991) *Orígenes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*. Sociedad Católica de Filosofía. Córdoba.

ASPELL DE YANZI FERREIRA, MARCELA A- YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO.(1993) *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*. Editorial, Advocatus. Córdoba.

BERSTECHE, D. - DRÈZE, J. - LADRIÈRE, J. (1974) *et al, L'université de demain*, Elsevier Séquoia, Bruxelles,

BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. (2007) *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*, Plural Editores, La Paz, Bolivia.

CARTA ENCICLICA LAUDATO SI' DEL SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE EL CUIDADO DE LA COSA COMUN. (2015) Librería Editrici Vaticana. Città del Vaticano.

DREZE, J. - DEBELLE, J.(1968) *Conceptions de l'Université*, Editions Universitaires, Paris.

EDUCACIÓN E INTERCULTURALIDAD.

<http://www.unesco.org/new/es/quito/education/education-and-interculturality/>

FREIRE, PAULO. (1998) *Pedagogía de la autonomía*. Segunda edición, Siglo XXI editores, S.A. de C.V., México.

GARCÍA, JULIO. *Universidad, comunicación y diálogo intercultural*.

<http://aulaintercultural.org/2007/08/21/universidad-comunicacion00-y-dialogo-intercultural/>

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. (1988) *La autonomía universitaria*. Revista de la Administración Pública, Madrid, 117 7.

LADRIERE, JEAN.(1978) *El reto de la racionalidad-La ciencia y las tecnologías frente a las culturas*. Sígueme-Unesco, Salamanca.

MARTÍNEZ PAZ, F.(1996) *El Mundo Jurídico Multidimensional*. Advocatus,

Córdoba.

ROYERO, JAIM. *Contexto mundial sobre la evaluación en las instituciones de educación superior*. Revista Iberoamericana de Educación, Revista en línea: Disponible: <http://www.campus-oei.org.2002>.

TUNNERMANN BERHEIM, CARLOS. (2013) *Diez respuestas de la Educación Superior a los desafíos contemporáneos*. Universidades, año LXIII, Nueva Época, n° 56, abril/junio, México. pp. 5-14

UNESCO. (1970) *El desarrollo por la ciencia*, Paris.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO. (2000) *“La Enseñanza del Derecho en las Universidades Hispano Indianas. Las Universitas Cordubensis Tucumanae”*. Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO (2000) *La nacionalización de la Universidad Nacional de Córdoba. 1854-1999*. Publicado en Actas del Congreso Internacional sobre la Universidad Iberoamericana. Valencia, España.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO. (2015) *Continuidades y rupturas en el desarrollo de la cultura jurídica cordobesa entre los siglos XIX Y XX*. Cuadernos de Historia 24 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho. Córdoba.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO (2017) *La Universidad Nacional de Córdoba. Tradición y modernidad. Los espacios del diálogo intercultural frente a la “Laudatio Si”*. Revista de la Facultad. Homenaje al Profesor Ernesto Garzón Valdés. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho. Vol. VIII N°2. Nueva Serie II. ISSN 1850-9371. pp. 135-168

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO.(2019) *A cien años de la Reforma Universitaria de 1918 y la Universidad Nacional de Córdoba: su Legado y Desafíos actuales*. Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. Universidad Nacional de La Plata. Centenario de la Reforma Universitaria 1918-2018. N° Extraordinario. Thomson Reuters. La Ley. ISSN 0075-7411. pp. 7-45

APÉNDICE DOCUMENTAL ANTECEDENTES FUNDACIONALES DEL FORO

DOCUMENTO I

Foro desafíos Universitarios: Globalización y Laudato Si

Ciudad del Vaticano, 26 de junio de 2017

Los abajo firmantes autoridades universitarias de la República Argentina y en el marco del Encuentro Convocado por la Comisión Episcopal de Pastoral Universitaria y de la Congregación para la Educación Católica de la Santa Sede acordamos la constitución del Foro a los efectos de coordinar debates y acciones en torno a los desafíos de la Educación Superior que presenta la globalización y desde la perspectiva de la encíclica papal Laudato Si. El foro abordará las temáticas que refieran a: educación y universidad; dialogo intercultural; fundamentalismos religiosos y conflictos mundiales; ecología, medioambiente y cambio climático; vinculación con gobierno locales; desafíos tecnológicos y científicos; innovación e investigación al servicio de modelos productivos y de agregado de valor; impacto de la extensión universitaria; internacionalización de la educación superior; cultura y problemáticas juveniles; movilidad estudiantil; sistemas de evaluación, acreditación y reconocimiento académicos. El Foro organizará encuentros, conferencias y seminarios, y contribuirá a la más amplia difusión de su objeto¹⁷⁹⁶.

DOCUMENTO II

Resumen y conclusiones de la reunión¹⁷⁹⁷

Dr. Roberto Igarza

Ciudad del Vaticano, 26 de junio de 2017

Se agradece la presencia de todos ustedes y la expresa voluntad de conversar en la pluralidad. Roma y el contenido de la Encíclica Laudato Sí, lo han logrado nuevamente. En nombre de todos los presentes, agradecemos a las autoridades de la Congregazione per l'Educazione Cattolica, a Monseñor Taussig y a las autoridades de la Comisión Episcopal de Pastoral Universitaria, por esta invitación. Un agradecimiento al margen, muy particular, a Alberto Taquini (h), miembro de la CPAU, por seguir atendiendo la agenda universitaria en infinitas conversaciones. Sin pretensión de síntesis, proponemos algunas claves analíticas para visitar los temas tratados:

1. El restablecimiento del vínculo entre pasado y presente, al mismo tiempo que se pone en diálogo Contemporaneidad y futuro.
2. La caracterización de la globalización desde un enfoque plural e integrador.
3. La puesta en perspectiva de nuestra propia trayectoria, la de la universidad y

¹⁷⁹⁶ Documento aprobado en el encuentro "Desafíos actuales a la Universidad desde globalización y Laudato Sí" en la Ciudad de Vaticano, el 27 de Junio del 2017.

¹⁷⁹⁷ Aprobado por unanimidad. En dicha ocasión, se resolvió que fuera el marco de referencia para dar fundamento al "Foro desafíos universitarios: globalización y Laudato Si".

los universitarios, y lo que nos dejó el siglo XX, especialmente respecto de la necesidad de procurarle una oportunidad a la unicidad del conocimiento frente a la fragmentación y las hiperespecializaciones.

4. Los desafíos relacionados con los contextos y el territorio, y la dinámica del sistema universitario frente a una "nueva territorialidad" resultado del proceso de globalización, o si se prefiere, frente a una desterritorialización producto, entre otros, de la virtualidad.

5. Los desafíos vinculados a la necesidad de volverse más permeable, de ponerse a la escucha de una Sociedad altamente demandante, lo que implica reconocer que nuestros alumnos aprenden cada vez más en las fronteras o en el afuera del sistema, algo similar a lo que ocurre con la investigación y la innovación.

6. El redescubrimiento del espacio de la Educación Superior como resultado de una integración inconclusa, que comprende diversos agentes que no pertenecen al sistema universitario y que la Sociedad ya reconoce. La creciente movilidad de estudiantes y docentes en el espacio de Educación Superior y el acceso a contenidos externos al currículo o al sistema, demandan repensar las formas de valoración e integración de los aprendizajes.

Han sido particularmente conmovedoras las presentaciones de Monseñor Zanni con su mirada balanceada, lúcida y compleja sobre la globalización como marco de referencia, al igual que "las sanas y pedagógicas provocaciones" de Monseñor Thivierge. Es evidente que el término que sobresale es "diálogo", que además de estar presente temáticamente, caracterizó nuestras conversaciones en las que afloró indudablemente un vínculo afectuoso.

El diálogo estuvo extraordinariamente representado en la mesa de la participó el Padre Guillermo Marcó, la mesa sobre diálogo religioso, que resultó extraordinaria por su claridad y la complementariedad expositiva de sus integrantes. Fortalecer el diálogo en todo sentido y en todos los ámbitos es fortalecer el pensamiento universitario. Es revitalizar el pensamiento intelectual. Nuestra finalidad, como se dijo en múltiples ocasiones y de muchas formas diferentes, es poner en diálogo las culturas, la ciencia y la fe.

Para disipar cualquier lectura sobre la situación en clave de crisis, proponemos hablar de transición. Una transición hacia modos distintos de vincular los contenidos con los alumnos y con los docentes, la Universidad con ellos, las universidades entre sí y las universidades con la Sociedad.

Ha quedado en evidencia la relevancia de Laudato Sí para la Educación, en general, y para las universidades, en particular. La propuesta que nos hace acerca de cómo interactúa el bien personal y la necesidad de una posición compartida frente a lo que está aconteciendo con la Casa Común, debe ser también motivo de acción por parte de las universidades.

Sin ninguna tentación conclusiva, el espacio de diálogo que nos reúne resulta sugerente. La intersección de las agendas, por un lado, nos invita a repensar si la lista de preguntas a las que pretendemos responder todos los días, es la lista de las buenas preguntas, o si el orden o la jerarquía de estas preguntas es la que mejor responde o interpreta los síntomas que vemos en la Sociedad. Por otro,

nos exige darle continuidad a esta conversación con nuevos espacios de diálogo dialógico, tomando la expresión del Rabino Goldman del día de ayer.

Hay muchos modos posibles para la globalización. Pero ninguna debe obviar la idea que surgió desde el inicio de este encuentro y refleja muy bien el espíritu de la convocatoria y la participación de todos nosotros: la globalización de la esperanza es la que debe guiarnos.

Laudato Sí es un llamado a renovar incansablemente la esperanza y el diálogo. Solo falta inscribir nuestras intenciones en la agenda del próximo encuentro.

3.1. EMPRESA Y ACCIDENTES DE TRABAJO.

3.2. UNA HISTORIA DE LEGISLACIÓN ESPECIAL Y ORDEN JURÍDICO (1880-1915)

Gastón Pintos Iacono
Gabriel Ederle

3.3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto contribuir a la comprensión de las profundas transformaciones que se produjeron en la cultura jurídica argentina a partir de la reconfiguración del orden social, político y económico de fines del siglo XIX. En particular, nos abocaremos al análisis de la empresa vinculada al mundo del trabajo y a la juridificación de un régimen de accidentes de trabajo

en un tiempo donde las categorías tradicionales que se habían consolidado en los códigos decimonónicos comienzan a entrar en ebullición.

Hacia fines del siglo XIX, las certezas normativas y las representaciones idealizadas de la estabilidad de la sociedad implosionan producto de la confrontación entre un orden jurídico ficticio, planificado por un legislador omnisciente, y una realidad convulsionada por los virulentos reclamos sociales y obreros. La codificación había proclamado la primacía del individuo y sepultado los cuerpos intermedios que habían sido la estructura básica de organización del antiguo régimen¹⁷⁹⁸. Eso se traducía, en el plano fáctico, en el rechazo (y represión) de cualquier libre agrupación de intereses, en especial los vinculados con la invocación de derechos sociales.

Bajo esas premisas, los códigos liberan el trabajo y proclaman su derecho a la independencia, su sometimiento a una misma ley destinada a derribar los vínculos jerárquicos, las obligatorias estructuras de pertenencia, de protección y de solidaridad del antiguo régimen. Libertad e igualdad privaron al trabajo de las minuciosas reglas del pasado y le ofrecieron en cambio un silencio cargado de reenvíos a las estructuras jurídicas claves del nuevo orden: el contrato y la propiedad¹⁷⁹⁹.

El contrato como expresión de voluntades libres se sitúa en el eje central de la organización social y política. Apoyándose en el principio de autonomía de la voluntad, rechaza todo tipo de intervención estatal por considerarla contraria al principio de igualdad ante la ley. La abstracción del contrato individual, acompañado de limitaciones y sanciones contra la libertad de grupos intermedios, hace invisible la particular situación en la que se encuentra el trabajador producto del vínculo de sujeción y dependencia al que queda sometido. El empleador pudo así, en la práctica, definir unilateralmente el contenido del contrato, el salario, la duración y las condiciones de trabajo.

Por otra parte, la propiedad se muestra completamente liberada de las ataduras del antiguo régimen; se presenta no sólo como instrumento de riqueza sino, fundamentalmente, como refugio de la libertad del sujeto¹⁸⁰⁰. Así, se la expone en términos absolutos como “derecho de gozar y disponer del bien de manera absoluta”¹⁸⁰¹. Si el trabajo dependiente está condicionado por las reglas del derecho privado clásico, la empresa está retenida por la propiedad (pensada en términos absolutos y ajena a una función social) y por las reglas especiales dictadas pensando en el comercio. Desde esa posición, los sistemas normativos diseñados en el siglo XIX, tienden a ignorar todo el fenómeno de la producción¹⁸⁰². Sin embargo, los procesos de industrialización trastocarían los ejes en los cuales se asentaba la sociedad y el derecho del siglo XIX.

Una de las instituciones jurídicas que suscitaron disputas en torno a su diseño normativo fue la figura del seguro por accidentes de trabajo. En él se definía un aspecto importante de la responsabilidad del patrón, pero también

¹⁷⁹⁸ Hespanha, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea – Síntesis de un milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 58-70.

¹⁷⁹⁹ Cazzetta, Giovanni, *Trabajo y empresas* en Fioravanti, Maurizio (coord.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, p. 137.

¹⁸⁰⁰ Grossi, Paolo, *Propiedad y contrato* en Fioravanti, Maurizio (coord.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, p.129

¹⁸⁰¹ Ese es el sentido que le otorga el Código Civil francés de 1804. Vélez Sarsfield, a pesar de referir a esta idea en la nota del art. 2311, se aparta de la concepción francesa y limita la idea de propiedad concebida en términos absolutos.

¹⁸⁰² Cazzetta, Giovanni, op. cit. 140.

una cuestión de eficacia de los programas políticos adoptados con la nueva y moderna legislación obrera. Este instituto no escapaba al momento de circulación de ideas y al contraste propio de las figuras jurídicas seleccionadas por los diferentes sectores políticos. Con la sanción de la ley N° 9688 logró sancionarse un híbrido entre dos opciones que eran consideradas opuestas. En él podemos ver características del sentido local y de la construcción cultural de un ordenamiento jurídico en el marco nuestro contexto político.

3.4. CRISIS DEL ORDEN SOCIAL, POLÍTICO Y JURÍDICO. CONSTRUCCIÓN DE LA ARGENTINA MODERNA.

En Argentina, los procesos de modernización llevados adelante por los gobiernos liberales a partir de 1880, transformaron radicalmente el panorama social, político y económico, introduciendo nuevos problemas, preocupaciones y necesidades. La inserción del país en el sistema internacional de división del trabajo, que lo ubicaba en el rubro de productor de bienes agropecuarios, trajo aparejado un espectacular crecimiento económico y un vertiginoso aumento de la población. El aumento de las exportaciones agropecuarias, el ingreso de capitales extranjeros y la eliminación del “problema del indio”, fueron acompañados de un creciente proceso inmigratorio que iba de la mano de las depresiones económicas en algunos países de Europa¹⁸⁰³.

Sin embargo, “el proceso de modernización de la sociedad y la expansión de nuevos tipos de sectores crearon una amplia gama de necesidades y reivindicaciones insatisfechas que constituían los *agujeros negros* del crecimiento económico”¹⁸⁰⁴. La emergencia de la llamada *cuestión social*, entendida como “una serie de manifestaciones de carácter social, laboral e ideológico que son consecuencia del proceso de urbanización e industrialización derivados de la incorporación del país al mercado mundial durante la segunda mitad del siglo XIX”¹⁸⁰⁵, alteró los ejes en los cuales se asentaba la sociedad y el derecho. Las expresiones de este fenómeno fueron numerosas y se tradujeron en un estado de empeoramiento sostenido de las condiciones de vida de las clases más desprotegidas y un paralelo aumento de la conflictividad social.

Estos problemas estaban estrechamente relacionados con la situación del mundo del trabajo, en la medida en que formaban parte de sus propios desajustes¹⁸⁰⁶. Las condiciones precarias de vida encontraban su correlato en los bajos salarios, la desocupación, las extensas jornadas de trabajo y en la falta de cobertura económica ante las contingencias del trabajo (en especial, enfermedades y accidentes laborales) y la vejez. De esta forma, el problema obrero se iría afirmando como uno de los aspectos fundamentales de la cuestión social¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰³ Rapoport, Mario, *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*, Emecé Editores, 1ª Ed, Buenos Aires, 2007, p. 53.

¹⁸⁰⁴ Moreyra, Beatriz, *Cuestión social y políticas sociales en la Argentina. La modernidad periférica. Córdoba, 1900-1930*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2009, p.52.

¹⁸⁰⁵ Suriano, Juan, “La cuestión social y el complejo proceso de construcción inicial de las políticas sociales en la Argentina moderna”, *Ciclos*, Buenos Aires, Año XI, Vol. XI, num. 21, primer semestre de 2001, pp. 123-147. En el mismo sentido: Zimmermann, Eduardo, *Los liberales reformistas: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916*, Buenos Aires, Sudamericana/Universidad de San Andrés, 1995, pp. 11-12.

¹⁸⁰⁶ Suriano, Juan, op. cit., p. 124

¹⁸⁰⁷ Incluso los actores de la época solían usar como sinónimos la expresión “cuestión social” y “cuestión obrera”, Suriano, Juan, op. cit, p. 125.

En el plano jurídico, la tajante división entre Estado e individuo es puesta en discusión a partir de la aparición de las primeras organizaciones obreras a fines del siglo XIX y el paralelo aumento de la conflictividad. Los inmigrantes habían introducido formas de organización y lucha ya experimentadas en Europa, apoyadas en sustratos ideológicos como el anarquismo y socialismo, que veían al capitalismo como un mal que debía reemplazarse por sistemas más igualitarios de organización social. Desde ese lugar, la industrialización y urbanización, junto con sus consecuencias, ponían en jaque no sólo las normas de derecho privado clásico sino todo un modelo social y político¹⁸⁰⁸.

Ante esta situación, distintos sectores percibieron la necesidad de resolver el problema que amenazaba el orden público, entablado arduos debates sobre la capacidad de las instituciones liberales para ofrecer soluciones eficaces a los nuevos fenómenos sociales y sobre las ideas vigentes en torno a las relaciones entre el Estado, individuo y sociedad¹⁸⁰⁹. La respuesta estatal canalizada a través de métodos represivos se mostraba estéril frente a los avances del conflicto social.

El abandono gradual de la política represiva y el advenimiento de un régimen de tolerancia sindical abriría las puertas a la búsqueda de nuevas formas de enfrentar el “problema” de la cuestión obrera. En ese contexto, se registra un aumento significativo de la actividad parlamentaria tendiente a la discusión y sanción de leyes vinculadas con al mundo del trabajo que, aunque escasas y paternalistas, tuvieron el mérito de llamar la atención sobre cuestiones ignoradas hasta entonces por el derecho. Así, en 1905 se sancionó la ley de descanso dominical (ley 4661) y en 1907 la ley sobre regulación del trabajo de mujeres y niños (ley 5291)¹⁸¹⁰. Años más tarde, en 1915 y luego de un derrotero que incluyó la presentación y discusión de una importante cantidad de proyectos, se sancionó la primera ley de accidentes de trabajo¹⁸¹¹.

La organización empresarial y el advenimiento de los problemas vinculados a la cuestión obrera determinaron nuevos desafíos para un orden jurídico que se mostraba asediado por la realidad. En particular, el caso de los accidentes de trabajo y el establecimiento del seguro obrero fue uno de los temas que mayores debates suscitaron. La multiplicación de accidentes sufridos por trabajadores en fábricas cada vez más mecanizadas, y en los que era difícil para el damnificado o sus familias probar que el daño se derivaba de la negligencia del empleador, aumentó significativamente el número de trabajadores accidentados y desprovistos de protección. Los esfuerzos de distintos sectores por incorporar una norma que cubriera estos infortunios culminaron con la sanción de la ley 9688 (1915). Sin embargo, a partir del análisis de los argumentos vertidos en la discusión de la primera ley de

¹⁸⁰⁸ Aragonese, Alfons, *Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina* en Polotto, María Rosario, et al. (editores), *Derecho privado y modernización: América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Vol. 2, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 120.

¹⁸⁰⁹ Zimmermann, Eduardo, op. cit., p. 13.

¹⁸¹⁰ Aspell, Marcela, *Los precedentes legislativos del primer proyecto de Ley nacional del trabajo (1880-1904)*, Revista de Historia del Derecho, N° 8, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1980, pp. 9-80.

¹⁸¹¹ Auza, Néstor T., *El rostro del dolor en el Trabajo Industrial – La legislación protectora de accidentes y enfermedades del trabajo*, Revista de Historia del Derecho, N° 19, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1991, pp. 32-71.

accidentes de trabajo podemos ver que sólo lograrían conmovier parcialmente la consolidada tradición dogmática de la ciencia jurídica de la época.

3.5. PROYECTOS SOBRE SEGUROS

En el año 1902 en la octava sesión ordinaria del treinta de mayo de 1902, se llevó a cabo la presentación del primer proyecto para regular los accidentes derivados de la relación de trabajo. En este proyecto se propuso una reglamentación específica y diferenciada respecto a la configuración jurídica que poseía en la época. Estuvo a cargo de los diputados Marco M. Avellaneda y Belisario Roldán (h), ambos por la Capital, siendo el último representante de la Unión Cívica Nacional¹⁸¹².

Al momento de exponer las razones que justificaban la presentación del proyecto, Belisario Roldán, argumentó que dicha regulación importaría "*leyes nuevas para hechos nuevos*"¹⁸¹³ con una influencia marcada de la acción legislativa europea, buscando solucionar una necesidad local, con una finalidad eminentemente preventiva. El principal argumento para sostener la sanción de dicha ley, según Roldán, radicaba en la "*necesidad de esa muchedumbre*", haciendo estricta referencia al sector obrero. Dicho reclamo venía legitimado ante la "*inacción de los de arriba*", atento que las pocas conquistas que habían obtenido el sector obrero tenían más que ver con la acción de protesta de los sectores anarquistas y socialista, que con acciones propositivas de las élites gubernamentales. Por lo tanto, la característica novedosa de la legislación venía estrictamente relacionada con las exigencias de la vida moderna; "*la cultura jurídica debe evolucionar simultáneamente con la cultura social*".

Partía del hecho de que, "*los inválidos del trabajo*", se encontraban en una situación desfavorable para obtener reparación económica, en tanto que para poder percibir una solución a su problemática, debían iniciar una acción civil y una denuncia penal. Ambas situaciones eran portadoras de una demora y un costo que pondrían a "*pleitear al pobre contra el rico*"; lo que redundaría en un impedimento de reclamo por parte del obrero accidentado. Cita dos casos en los cuáles, en el primero, el obrero accidentado a través de la manipulación de una máquina a vapor muere en el hospital, dejando a una esposa enferma y a un niño de nueve años, en "*cuya cabeza tal vez quedó sembrada aquel día la semilla de un libertario*". El otro caso es el de un obrero que, a raíz de un accidente en el trabajo, es conducido al hospital en el cuál se le amputan las dos piernas. Una vez dado de alta comienza a mendigar por las calles de Buenos Aires antes de quitarse la vida, "*en un país como el nuestro que a pesar de haber inspirado -sus leyes- en las más liberales del mundo, no ha incorporado todavía a su legislación el principio irrefragable de que así como el patrón responde del perjuicio que le irroga una máquina que se descompone o que se pierde, con mayor razón debe responder de esos perjuicios, si esa máquina está hecha de sangre y músculo, si esa máquina es una criatura humana, que piensa, siente y sufre*".

El maquinismo marcaba el compás en los métodos de producción industrial y generaba la principal circunstancia de desajuste respecto a las clases

¹⁸¹²Partido político a que nace como una escisión de la Unión Cívica en el año 1901. Estuvo liderado por la figura de Bartolomé Mitre, hasta el año 1916 en el que se disolvió a partir de la presidencia de Irigoyen. La mayoría de los militantes de sus filas, pasaron a engrosar las de la Unión Cívica Radical.

¹⁸¹³Roldán, Belisario, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Establecimiento Tipográfico El Comercio, Bs. As., 1902, p. 120.

obreras. Alfredo Palacios en su libro “La Fatiga y sus proyecciones sociales” enarbola su tesis sobre los condicionamientos que los nuevos modos de producción fabril le imponían a la integridad física y a la salud de la mano de obra. En virtud de ello, sostenía que *“la máquina es el punto de partida de la Revolución Industrial, perfecciona [el régimen capitalista industrial], pero no libera [al obrero] (...) el capital no para mientes en la duración de la vida del obrero; solo le preocupa el máximo de la fuerza que puede producir una jornada. Y esto lo consigue acortando la duración de la fuerza de trabajo, debilitándola, agotándola y matándola prematuramente (...) la máquina prolongó la jornada de trabajo, más allá de los límites naturales y la salud y la vida del obrero”*¹⁸¹⁴.

Los reclamos de los sectores más bajos de la sociedad y de aquellos que vivían de su fuerza de trabajo irrumpen en la escena social a partir de la acción de los movimientos obreros que comienzan a consolidar un perfil identitario en la segunda mitad del siglo XIX. Con la conformación de las asociaciones obreras se despliegan medidas de protesta que paralizan la producción fabril y, al mismo tiempo, se entroncan en programas políticos con reclamos concretos que ponen en el centro de la arena política temáticas que comienzan a ser discutidas por los sectores dirigentes.

El primer sindicato obrero conocido fue la Unión Tipográfica nacido en 1877, y quien llevó adelante la primera huelga que hubo en el país en 1878. Casi una década más tarde se conforma “La Fraternidad, Sociedad de Ayuda Mutua entre Maquinistas y Fogoneros de Locomotoras”, la que ya contaba entre sus reclamos con un pedido de legislación que regulase los accidentes cometidos en el servicio¹⁸¹⁵. En 1890 se produce la reunión conocida como el mitin del Prado Español (hoy conocido como el barrio de La Recoleta) con el objetivo de celebrar por primera vez en nuestro país el 1° de mayo adoptado como el “Día de los Trabajadores” el año anterior por la Segunda Internacional Obrera en el Congreso Internacional Obrero celebrado en París, en honor al grupo de trabajadores conocido como “Los Mártires de Chicago”¹⁸¹⁶. En dicho año también tiene ocasión la conocida como “La Revolución del Parque”, motorizada principalmente por la Unión Cívica, que acelera la crisis del gobierno del presidente Juárez Celman mostrando la existencia de nuevas fuerzas sociales que organizaban buscando la satisfacción de demandas sociales y de participación en la toma de decisiones políticas¹⁸¹⁷.

Para 1894 ya existían en el territorio de la ciudad de Buenos Aires, cuatro agrupaciones socialistas: El Club Vorwarts, conformado principalmente por

¹⁸¹⁴Palacios, Alfredo L., *La Fatiga y sus proyecciones sociales*, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Bs. As., 1922, p. 6 y 7.

¹⁸¹⁵ Entre sus objetivos y reclamos principales se encontraban: a) Uniformidad de las condiciones de trabajo por medio de una reglamentación legal; b) Formación de tribunales de arbitraje, constituidos por representantes del gobierno, empresas en litigio y la sociedad para resolver los conflictos que se produjeran; c) Legislación sobre las responsabilidades y procedimientos para los casos de accidentes que ocurrieran en el servicio; d) Establecimiento de una caja de pensiones y retiro, por las empresas, para los empleados y obreros, sin descuento del salario del personal. Suriano, Juan, “La cuestión social y el complejo proceso...”, Op. cit, p. 130.

¹⁸¹⁶ Con dicho nombre se conocía al grupo de sindicalistas anarquistas que fueron ejecutados en los Estados Unidos por participar en la huelga iniciada el 1 de mayo de 1886 (que tuvo su punto álgido tres días más tarde, el 4 de mayo, en la Revuelta de Haymarket) reclamando por la jornada laboral de ocho horas.

¹⁸¹⁷Recalde, Héctor, *La Iglesia y la cuestión Social (1874-1910)*, Centro Editor de América Latina SA, Bs. As. 1983, p. 12. Dicho suceso marca la división de las vertientes de la Unión Cívica; un sector que dialoga con el gobierno oligárquico y por el otro un grupo de actores que mantienen su intransigencia y que formará en 1891 la Unión Cívica Radical, liderada por Leandro N. Alem. Dicha agrupación busca alejarse de los sectores del poder y de los grandes terratenientes, acercándose a los sectores medios urbanos en los cuáles encontrarán sus principales bases políticas. En: Isuani, Ernesto, *Los orígenes conflictivos de la Seguridad Social Argentina*, Centro Editor de América Latina SA, Bs. As. 1983, p. 37.

personas que provenían de Alemania; el grupo denominado “Les Egaux”, de procedencia francesa; los italianos del “Fascio dei Lavoratori”; y la “Agrupación Socialista”, que si bien predominaba el español, su base estaba compuesta por personas de diferentes orígenes (entre ellas alemanes, franceses, italianos, uruguayos, argentinos, y con mayoría españoles)¹⁸¹⁸. Las últimas agrupaciones conformaron en abril de ese año el Partido Socialista Obrero Internacional, adoptando un programa que condensaba reclamos de base popular reclamando derechos políticos, participación en la justicia, separación de Iglesia y Estado, pero que también condensaba reclamos atinentes al mundo del trabajo solicitando la limitación de la jornada, reglamentación del trabajo de mujeres y niños, descanso semanal, salario mínimo, igual salario para mujeres y hombres, Responsabilidad de los patrones por los accidentes de trabajo y abolición de la deuda pública¹⁸¹⁹. Si bien los reclamos estaban movilizados por necesidades locales, el programa estaba en línea y obedecía a una lectura de lucha de tipo internacional, en contra del sistema de producción capitalista. Su centralidad política no podía desentenderse de la visión internacional y del diálogo con los puntos fijados en el Congreso Obrero Internacional celebrado en París en 1889¹⁸²⁰.

Los reclamos desde los diferentes sectores que canalizaban la protesta social, principalmente de sectores cercanos al catolicismo y desde el socialismo, clamaban por una intervención de la administración pública para regular los accidentes del trabajo. Ante ello, Roldán sostenía que una de las razones por las cuáles no se había legislado sobre ello, podía encontrarse en el hecho de que era una cuestión no estudiada e incluso, no se contaban con números y estadísticas certeras sobre la cuestión obrera. Para explicar la inacción esgrime que sustentaba su creencia en el hecho de que todavía *“la serenidad de nuestra atmósfera no ha sido alterada todavía por el estampido siniestro que hoy perturba la meditación de todos los pensadores de la tierra”*.

Los conflictos eran vistos, por parte de las élites intelectuales, como un problema que se debía eminentemente a la penetración de un gen extranjero, a partir de las corrientes migratorias que ingresaban al país, generando la necesidad de establecer elementos de control social. Frente a ello, Miguel Cané, figura prominente de la “Generación del ’80”, sostuvo que, ante el avance de ideas democráticas, debía ponerse énfasis en el “orden” frente a los valores igualitarios que el concepto de democracia implicaba. Para estas figuras, que abrazaban un liberalismo de corte conservador, la libertad del individuo se debía sostener como valor máximo frente a las amenazas de los discursos igualitaristas que comenzaban a ser dinamizados por las masas urbanas de trabajadores a través de sus espacios de sociabilidad (anarquistas o socialistas).

De esa manera la igualdad, que a partir de los conflictos sociales se reclamaba como valor político, comenzaba a ser vista con recelo ya que conspiraba contra los pilares que conformaban las concepciones liberales para la clase dirigente. Para Cané *“la revolución social está en todas partes, para atacar la*

¹⁸¹⁸Oddone, Jacinto, *Historia del Socialismo Argentino*, T. I, Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1983, p. 24.

¹⁸¹⁹Oddone, Jacinto, Op. cit., p. 26

¹⁸²⁰Idem, p. 34.

propiedad, es decir, la piedra angular de nuestro organismo social, el suelo que da vida a las nociones de gobierno, libertad, orden, familia, derecho y patria"¹⁸²¹.

Vale decir que Miguel Cané fue el autor del proyecto de ley presentado en el Congreso de la Nación en 1899, que fue tomado para sancionar en septiembre de 1902 la conocida "Ley de Residencia" o "Ley Cané", mediante la cual se podía expulsar a todo extranjero que pudiere comprometer la seguridad nacional, turbar el orden público o la tranquilidad social¹⁸²². A partir de lecturas biologicistas y sustentadas en corrientes de pensamiento positivista, el enemigo se identificaba en el individuo extranjero, pero también en las masas o multitudes compuestas por ellos, consideradas irracionales frente a la figura del individuo pensante y racional. Precisamente los espacios de sociabilidad que encauzaban sus demandas políticas como el anarquismo o el socialismo encarnaban esos peligros de disolución moral de la sociedad y de los valores tradicionales de orden y jerarquías sociales que éstas encarnaban. Las apreciaciones sobre el socialismo comienzan a transformarse a partir de su participación institucional, aminorando su rechazo por parte de las élites dirigentes.

A principios del siglo XX, con la formación de las centrales obreras a mayor escala (la Federación Obrera Argentina en 1901) y el incremento de las huelgas y los boycotts, se pone a la cuestión obrera en el centro de la escena¹⁸²³. El paro de estibadores del puerto y peones del Mercado Central de Frutos en noviembre 1902, impiden el embarque al exterior de productos agropecuarios. Este tipo de acciones evidenciaban la posibilidad de que los trabajadores dieran un paso más allá del asociativismo y formaran instituciones propias con un delineamiento identitario particular, en oposición a la clase dirigente, llevando inquietud en las élites a partir de sus propuestas de alterar los principios políticos y jurídicos sobre los que se sustentaba la sociedad.

La cuestión de las "masas anónimas" o de las "grandes muchedumbres obreras" se hace presente en el esquema argumentativo de Roldán. El hecho de la inmigración trabajadora sobre la que se sustenta la grandeza común, los que se lanzan hacia nuestras tierras para buscar "*la tierra prometida de los hijos del trabajo*"; deben ser tenidas en cuenta por quienes ocupan el gobierno, ya que "*así como el estado debe mirar hacia adelante por el camino de los grandes rumbos y hacia arriba para inspirarse en Dios, está también el deber de mirar hacia abajo para que las clases obreras sientan el beneficio de su acción y previsión*".

El concepto de previsión es una idea que atraviesa toda la presentación de Roldán, ya que el diputado miraba con preocupación como esas multitudes habían causado los estrépitos del 1^a de mayo y las trágicas huelgas de Chicago a

¹⁸²¹Terán, Oscar, *Historia de las Ideas Argentinas: Diez lecciones iniciales, 1810-1980*, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2012, p. 124.

¹⁸²²Aspell, Marcela, "La Ley 4144 "De Residencia" Antecedentes - Sanción - Aplicación", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 25, 1979, p. 11.

¹⁸²³En el período que va de 1891 a 1902, en la ciudad de Buenos Aires, se realizaron 131. Siendo el período más profuso aquel que va de mayo de 1901 a agosto de 1902 con 55. Para el período que va de 1097 a 1916 el total fue de 1290 huelgas. La temática varió entre salario, Jornada de Trabajo, Organización Sindical, Condiciones de Trabajo y Seguros por Accidente. Ver en Isuani, Ernesto, *Op. Cit.*, p.44-47.

finis del XIX y *“sólo Dios sabe si está destinada á constituir el día primero en un calendario desconocido todavía”*. Entre las obras expuestas el diputado cita a Carroll D. Wright, el fundador de la Oficina del Trabajo, siendo su primer comisionado a mediados de la década del 80 en Estados Unidos. Y lo trae en su discurso para sostener que aquella tarde la muchedumbre marchaba tranquila hasta que del *“fondo de la masa humana fue surgiendo el penacho rojo de todas las locuras y todas las venganzas”*, pero que todo aquello pudo haberse previsto, *“en esta sola frase podría estar fundado este proyecto”* y citando a Alberdi sostiene *“gobernar es prever”*.

La posibilidad de anticiparse y evitar los grandes desmanes que la multitud obrera podría llegar a causar a la sociedad era el *leitmotiv*, el principal argumento que motorizaba la presentación del proyecto. Existía todavía, en el discurso público de las clases dirigentes, negación de la existencia de la cuestión social. Pero estaba latente el peligro en un momento en el cuál se estaba construyendo la *“nacionalidad”*, a partir de legislaciones e instituciones por parte de la estatalidad de un sentido identitario común. Al encontrarse todavía inacabado ese proceso iniciado a fines del diecinueve por la administración roquista, las masas de inmigrantes que *“clamaban y sufrían”*, pero que todavía no representaban un peligro cierto para las clases dirigentes, representaban a futuro un peligro que podía tornarse incontrolable para los de arriba y *“retoñar mañana entre las notas de una formidable Marsellesa nueva”*.

Esta última afirmación nos abre la puerta para poder hablar sobre el criterio utilizado para justificar el diseño de responsabilidad adoptado. Tomado de países europeos, tomaba los criterios de la legislación sobre la materia que incluían como novedad la doctrina del *“riesgo profesional”* y citando a un parlamentario francés, Roldán expresaba: *“Desde que la industria ha substituido la máquina humana por la máquina de acero, la fuerza inteligente y responsable por la fuerza ciega e irresponsable (...) todo ha cambiado, y al dominio de la libertad ha sucedido el del riesgo”*.

La doctrina del riesgo profesional fue la concepción jurídica que motorizó el cambio respecto a la concepción que la dogmática civilística tenía sobre la responsabilidad a fines del XIX en Europa. En estas tierras, la discusión, comenzaba a asomar públicamente a comienzos del siglo XX. Esta respuesta era la ofrecida en el sistema jurídico francés a partir de la sanción del código napoleónico sancionado en 1804. La responsabilidad por culpa (o responsabilidad subjetiva) era la medida jurídica para evaluar un determinado accidente ocurrido durante el trabajo. Es decir que un patrón era responsable, en tanto y en cuanto, hubiese causado un daño con dolo, culpa o negligencia. De no concurrir y no ser probados judicialmente dichos elementos, la responsabilidad no podía atribuirse.

El punto es que a partir de la irrupción de la máquina en los procesos de producción, tales elementos subjetivos escapaban a las circunstancias de los hechos dañosos. Una máquina correctamente diseñada e instalada excluía los elementos subjetivos que sustentaban una posible condena, impidiendo al obrero obtener una respuesta jurídica y por lo tanto pecuniaria a su reclamo. En tales extremos, ante el hecho dañoso y el consecuente daño a su integridad física, las consecuencias eran la exclusión de la vida del trabajo para él y los

suyos, redundando en pobreza que se multiplicada a lo ancho de las sociedades de fines del XIX. Éstas son las circunstancias que instalan a los accidentes de trabajo como una temática relevante para la ciencia jurídica europea a fines del XIX¹⁸²⁴.

En el artículo 6° del proyecto se encontraba la regulación sobre el seguro, el cual se constituía como una opción para substituir la obligación indemnizatoria del patrón, a partir de la contratación de un seguro con compañías formalmente aceptadas por el Poder Ejecutivo Nacional. El patrón, tenía la facultad de contratar una póliza para asegurar individualmente a cada obrero que tenía a su cargo. En el proyecto, la opción adoptada se puede explicar a partir de un ejercicio de traslación cultural propio de un contexto de circulación de ideas transnacionales pero que, en su diseño normativo, operan sentidos y razones locales que le imprimen una tónica particular. El proyecto de ley adoptaba las características del seguro ya previstos por la ley francesa sancionada en 1898, a partir de permitirle al patrón su contratación facultativa. La diferencia radicaba en que dicha ley preveía la contratación de un seguro de tipo colectivo, es decir para todos los obreros que tuviere a cargo el patrón en una determinada explotación fabril. Pero en el proyecto de 1902, la póliza aseguradora se constituía en términos individuales para cada obrero que tuviere a cargo el industrial. Esto nos muestra de un indicio más de la pervivencia cultural y del marco interpretativo con el cuál leer la impronta del proyecto. Ella radicaba en la manera de concebir el vínculo entre patrón y obrero por estas tierras. La relación seguía pensándose en términos de relaciones contractuales individuales propias del vínculo locativo que las reglamentaba y era en esos términos que se concebía la obligación de contratar la póliza de seguro.

El proyecto Avellaneda - Roldán presentado en mayo de 1902, con sus propuestas innovadoras, ni siquiera recibió despacho de Comisión. Luego de su propuesta en la Cámara Baja, como se trató en el apartado anterior, sobrevino la sanción de la Ley de Residencia e, inmediatamente, como respuesta el sector obrero decreta una gran huelga general que impide el transporte exportador de la producción cerealera. La siguiente medida del gobierno nacional fue la declaración del estado de sitio y la expulsión de dirigentes anarquistas¹⁸²⁵. Estos hechos fueron los motivos relevantes, enunciado por el propio González al momento de brindar la presentación del Proyecto al Congreso, que en el afán de restablecer el orden alterado y la libre circulación del comercio nacional y extranjero, motivaban *"...al poder ejecutivo, estudiar la situación de las clases trabajadoras en el país y la preparación de un proyecto de ley que tuviere por propósito eliminar en lo posible las causas de las agitaciones que se notan cada día más crecientes (...) cuyo aumento y organización, paralelo con el desarrollo de nuestras industrias, del tráfico comercial interior o internacional y de los grandes centros urbanos (...) hacen cada vez más necesario que el legislador (...) busque soluciones definitivas a las cuestiones de estado que con ellas se vinculan. He ahí la génesis del proyecto que tengo el honor de remitir..."*¹⁸²⁶.

¹⁸²⁴Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comunecivilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffré, 1991

¹⁸²⁵Aspell, Marcela, "La Ley 4144...", Op. cit. COMPLETAR PÁGINA.

¹⁸²⁶Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Establecimiento Tipográfico El Comercio, Bs. As., 1904, T. I, p. 75.

En ese marco, con el afán de producir un mayor conocimiento específico de la problemática, Joaquín V. González reúne a un grupo de intelectuales de diferentes campos experimentales, de diversos espacios políticos y sociales (en su mayoría médicos y abogados)¹⁸²⁷, y le da forma a un gran proyecto legislativo para regular los diferentes aspectos de la relación de trabajo. En cumplimiento de dicha tarea es que se le encomienda a Pablo Storni, para la capital federal, y a Juan Bialet Massé, para el interior de la República, la elaboración de informes sobre las condiciones de vida y trabajo del sector obrero¹⁸²⁸. Al realizar su presentación al ministro, Bialet Massé, manifestaba que había vivenciado los diferentes trabajos y tomado los datos que le permitió la experiencia al observar a obreros y patronos: *“Al hacer todo esto he procurado, y creo haberlo conseguido, prescindir de toda teoría o sistema, y aun de mis propias ideas socialistas y de los recuerdos de los libros y estadísticas, para atenerme puramente a la apreciación de los detalles y de los hechos”*¹⁸²⁹.

A diferencia del proyecto Avellaneda- Roldán en el cual, entre sus fundamentos, se asumía el desconocimiento preciso de estadísticas y datos sobre la materia; para la elaboración del Proyecto de González, se intentó dotar a éste de una base de conocimiento empírico, que aportara estudio experimental de la realidad y base fáctica a la legislación.

Para comenzar, en su Título I denominado “Disposiciones preliminares y generales”, se busca delimitar el espacio y el ámbito jurídico que la Ley Nacional regularía, junto con el significado de sus conceptos. Los códigos continúan siendo el marco interpretativo de los términos empleados por la ley, pero la costumbre local también ocupa un lugar preponderante y estructurante de la relación jurídica *“los términos empleados en esta ley, que no tenga un significado definido en los códigos comunes de la nación, serán entendidos de acuerdo con el sentido que les dan los usos de la industria o del comercio, en la localidad o región a que se refiera el hecho, derecho o instrumento público o privado que se tratare”* (art. 1º)¹⁸³⁰. La Ley Nacional es equiparada a los Códigos y expresa el ámbito jurídico que regula y por ello *“define y regla el ejercicio de los derechos civiles, relacionados con el trabajo industrial”* (art. 2º)¹⁸³¹. El universo de casos que regulaba, eran aquellos que estaban mediados por un trabajo específico enmarcado en los límites de la industria como espacio de producción de la relación intersubjetiva entre obrero y patrón. El entramado normativo dentro del cual debía concebirse continuaba siendo el delimitado por el derecho civil. Pero es cierto que el Proyecto pretendía condensar la variada legislación social que se venía proponiendo a partir de la iniciativa del congreso¹⁸³². La novedad que contenía

¹⁸²⁷Entre otros se encontraban Juan Bialet Massé, Augusto Bunge, Federico Grote, José Ingenieros, Leopoldo Lugones, Alfredo L. Palacios, Pablo Storni, Manuel Ugarte, Alejandro M. Unsain y Enrique del Valle Iberlucea. Levaggi, Abelardo, “Historia del...”, Op. cit. p. 52 y Suriano, Juan, “Cuestión Social y...”, op. cit., p. 141. Ver también sobre la Ley Nacional del trabajo de Joaquín V. González los trabajos de Zimmermann, Eduardo, “Los liberales...” op. cit., p. 178; Isuani, Ernesto A., “Los orígenes conflictivos...”, op. cit., p. 52; Panettieri, José, “Las primeras...”, op. cit., p. 15, entre otros.

¹⁸²⁸Como fruto de dicho trabajo vio luz el “Informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la República” y “La Industria y la situación de las clases obreras en la capital de la República Argentina”, obras de Bialet Massé y Storni, respectivamente.

¹⁸²⁹Bialet Massé, Juan, “Informe sobre el Estado de las Clases Obreras en el Interior de la República Argentina”, en *Juan Bialet Masse: Precursor de la regulación de las condiciones de trabajo*, T. 2, Alción Editorial, 2007, p. 18.

¹⁸³⁰González, Joaquín V, *Diario de sesiones de la Cámara...*, op. cit. p. 108.

¹⁸³¹Idem, p. 108.

¹⁸³² “ (...) en las cuáles se ha reclamado la sanción de leyes parciales, relativas a determinados y restringidos aspectos del vasto programa político que se denomina bajo la fórmula comprensiva de ley social y que existe ya completa (...) y que sólo espera una

el Proyecto era la de asimilar *“ciertos preceptos ya establecidos en otras leyes, a las condiciones propias de nuestro país, o de nuestra industria, y acaso al de contribuir al primer ensayo de una codificación general y amplia sobre todas las leyes parciales e incompletas dictadas hasta ahora en otras naciones”*¹⁸³³.

El Proyecto pretendía vastedad, y a partir de ella, regular y armonizar los dos factores esenciales del trabajo, que estaba compuesto por trabajo y capital. Y para ello, apela a la experiencia vivida en otros espacios políticos. Las leyes sancionadas para la materia por Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Bélgica, España y Francia (entre otros), junto con los programas políticos integrales de reforma social llevados adelante por políticos de corte conservador o liberal¹⁸³⁴, marcan una influencia respecto al contenido legislativo que debía ofrecerse desde las agencias estatales. Uno de los fines principales que se declaraba, era el de poder superar las conmociones internas que representaban las huelgas y las luchas de los movimientos de obreros para posibilitar el mejor desarrollo de la actividad económica. Para González los conflictos sociales entre *“obrero y capitalista o patrón”*, legitimaban la necesidad de la reglamentación del trabajo y la imponían como una facultad del estado nacional. Dicha tensión revelaba una insuficiencia de las *leyes comunes*, que no contenían una solución y las mostraban como inconciliables con la realidad de los fenómenos industriales que estaba destinada a regir. Siguiendo la obra *“La evolución industrial en los Estados Unidos”*, escrita por el reformista estadounidense Carrol D. Wright en 1887, sostiene: *“[los cambios] y las condiciones nuevas de la industria moderna han hecho necesarios una legislación positiva nueva, que modifica singularmente las viejas reglas de derecho primitivo (...) las ideas sobre responsabilidad y sobre el contrato de trabajo, y más que todo los caracteres nuevos de la industria y la aglomeración y disciplina de las fuerzas obreras, han dejado lejos aquellos conceptos tradicionales y creado un derecho nuevo, respecto de accidentes y contratos”*¹⁸³⁵.

En lo que hace específicamente a la materia de seguro por accidentes de trabajo, vale decir que se encontraba regulado a partir del art. 104¹⁸³⁶. En la letra

mano que los reúna, los sistematice, les dé la forma de un Código, la unidad orgánica que ya tienen en la vida del trabajo y de la industria” *Íbidem*, p. 75.

¹⁸³³*Íbidem*, p. 76.

¹⁸³⁴ Como Carroll D. Wright para Estados Unidos, Robert Peel a principios del diecinueve o Joseph Chamberlain para fines del mismo siglo en Inglaterra, y William P. Reeves para el caso neozelandés

¹⁸³⁵*Íbidem*, p. 81.

¹⁸³⁶ Parte pertinente de la Ley Nacional del Trabajo. Art. 104.-El empresario puede sustituir las obligaciones contenidas en los artículos 89, 90 y 92, ó de cada una de ellas, por un seguro constituido a su costa, en favor de los obreros 15 empleados de que se trate, contra los accidentes y riesgos antes expresados, parcial ó total- mente, en una compañía de seguros reconocida, y siempre á condición de que la suma que el damnificado reciba no sea inferior á la indemnización que corresponda de acuerdo con este título. A los efectos del artículo anterior las compañías que quieran establecer este servicio deberán requerir la aprobación del Poder Ejecutivo, previo el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Separación completa de las operaciones de seguro obrero de las demás que ellos realicen;
2. Aceptación expresa de las disposiciones de esta ley relativas á los accidentes del trabajo y á la forma y cuantía de las indemnizaciones;
3. Remisión al Poder Ejecutivo de los estatutos, reglamentos, alcance y empleo del capital, condiciones de las pólizas, tarifas de premios y demás elementos constitutivos de sus operaciones; El Poder Ejecutivo, antes de decretar la aprobación antedicha, pedirá informe á la Junta Nacional de Trabajo, que se expedirá por intermedio de su Comisión Técnica de Accidentes, y vista del Procurador General de la Nación.

Art. 106.-El seguro que constituye el patrón para sustituir su responsabilidad por los accidentes, puede establecerse nominalmente en favor de uno ó más obreros, ó colectivamente en favor de todos los del establecimiento, ó de una sección ó división de obreros claramente marcada entre los que constituyen la empresa.

Puede el obrero damnificado reclamar directamente de la compañía aseguradora el pago del seguro constituido en forma colectiva, y una vez satisfecho, no queda al patrón ningún derecho contra la compañía, ni al obrero contra el empresario, por concepto de indemnización.

del proyecto se observa que el modelo elegido para el seguro obrero continuaba siendo el de seguro facultativo.

Pero la novedad venía dada en la posibilidad de que el patrón contrate un seguro de tipo colectivo para todos sus obreros, distanciándose del proyecto de 1902 que preveía la contratación individual. Establece como una posibilidad, la intervención de empresas aseguradoras privadas, siempre que cumplan con aprobación del Poder Ejecutivo. También concebía la posibilidad de que los patronos formen sus propias Cajas de Previsión con el objetivo de formar fondos comunes que les permitan afrontar los reclamos indemnizatorios. También, al igual que las empresas privadas, debían contar con la aprobación del Poder Ejecutivo.

En agosto de 1906, la Unión Industrial Argentina (en adelante UIA) elevó al Ministro de Agricultura¹⁸³⁷, Ezequiel Ramos Mejía, un proyecto de diecisiete artículos para regular los accidentes de trabajo¹⁸³⁸. Los fundamentos que nutrían la concepción de las instituciones jurídicas propuestas tenían que ver con *“resultados prácticos e inmediatos e indiscutibles para los trabajadores y ya definitivamente consagradas beneficiosas por su aplicación para otros países”*¹⁸³⁹. Es el primer proyecto de los presentados que propone la figura del seguro obligatorio. Establece la posibilidad de contratarlo en compañías aseguradoras reconocidas, pero también en sociedades mutuales o de socorros mutuos patronales habilitadas por el Poder Ejecutivo. Dicha posibilidad iba en misma línea con los argumentos de practicidad económica esgrimidos al acompañar el proyecto de Ley de Accidentes. Siendo que la contratación de seguros iba en ascenso, existían beneficios que acompañaban la existencia del seguro obligatorio. Permitía descargar en un tercero los costos de afrontar un reclamo por accidentes y, a la vez, otorgar una herramienta que permitiera canalizar un reclamo justo y así evitar huelgas o acciones que paralicen la producción.

El siguiente proyecto presentado en la Cámara de Diputados fue aquel que llevaba la firma del diputado socialista Alfredo L. Palacios en 1907. Electo en 1904 por el distrito de La Boca, fue el primer diputado socialista de

Art. 107.-Pueden también los empresarios establecer “Cajas comunes de previsión”, con el objeto de asegurarse contra los riesgos de accidentes, y asumir en común, sustituyéndose á las compañías óá las cajas de seguro que se estableciesen bajo cualquier denominación, el servicio de las rentas, así como la constitución y gestión de los capi tales requeridos para dichos servicios. Estas cajas deberán ser aprobadas en la misma forma del artículo 105, y gozarán de los mismos derechos y privilegios que las leyes comunes acuerdan A las compañías reconocidas por el Estado.

Art. 108. -Las cajas comunes de previsión y. las compañías de seguros que establezcan el seguro obrero, y cualquiera otra institución que se proponga este género de operaciones, no podrán realizar otras distintas del seguro, y les están prohibidas las que tuviesen por resultado suministrar socorros á los obreros en caso de huelga ó cierre (lockout), u otro movimiento que importe la paralización del trabajo de los obreros por hecho colectivo de éstos.

Art. 109.-La incorporación ó participación de una empresa en una «caja común de previsión», reconocida, tendrá por objeto transferir á ésta las obligaciones de indemnización que corresponden á aquélla en virtud de los artículos 89 y 90.

Art. 110.-En caso de quiebra de la compañía en la cual se hubiesen constituido seguros obreros, los fondos destinados á su pago no entrarán en la masa de la quiebra, y las obligaciones volverán al empresario que contrató el seguro en el estado en que se hallasen en el momento de la falencia, pudiendo transferirlos á otra compañía aseguradora.

Art. 111.-El contrato de seguro sobre accidentes del trabajo, en cuanto no se halla limitado por esta ley, se ajustará en lo posible y en todo lo que sea aplicable, á los principios del Código de Comercio relativos á los seguros en general.

¹⁸³⁷Auza, Néstor Tomás, op. cit., p. 38.

¹⁸³⁸Proyecto presentado por la UIA, parte pertinente al seguro obrero: Art. 15.- “Para cumplir las obligaciones contenidas en esta ley, el empresario debe asegurar á su personal en una compañía de seguros reconocida, y siempre á condición de que la suma que el damnificado reciba no sea inferior á la indemnización que corresponda de acuerdo con esta ley. Podrán también los empresarios, previa autorización del Poder Ejecutivo, cumplir estas obligaciones respecto del seguro de su personal, en la forma de mutualidad patronal ó seguros mutuos de patronos de una misma profesión ó de una misma región, formadas en el país”. Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 20, Imprenta Calle de Méjico N° 1422, Buenos Aires, 1912, p. 109. Digitalizado por la Dirección General del Registro, Gestión y Archivo Documental del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

¹⁸³⁹ Cámara de Diputados, Diario de sesiones, 1915, t. I, p. 567-568.

Latinoamérica. Su elección se transformó en una usina de proyectos legislativos que buscaban ofrecer soluciones a la problemática de la "cuestión social". En este caso, la presentación del proyecto de ley sobre accidentes de trabajo formaba parte de un cúmulo de peticiones que el Partido Socialista condensaba en el marco del denominado "Programa Mínimo". Este plan de propuestas políticas dialogaba con aquellas presentadas en la década del 90 del siglo anterior, con el petitorio presentado por el Comité Internacional Obrero al Congreso de la Nación. Con su principal exponente en Juan B. Justo, este partido fundó su propio diario, llamado La Vanguardia, para posibilitar la tarea educadora de las masas en el ejercicio de la democracia representativa.

En este caso la novedad viene dada por el hecho que, de la misma manera que lo hiciera la UIA un año antes, establecía el seguro obligatorio. Es decir, los patrones tenían el deber de substituir su obligación personal en un seguro de tipo obligatorio. Este proyecto¹⁸⁴⁰, al igual que el presentado por la UIA, restringe la extensión de la autonomía de la voluntad de los patrones y el ejercicio de la libertad de industria. En este caso y siguiendo con la tónica marcada por el proyecto de Ley Nacional del Trabajo, podría constituirlo en empresas privadas o ser los propios patrones los que constituyan asociaciones con el objetivo de aunar fondos para responder los reclamos, con la condición de que las sumas abonadas no sean superiores a las indemnizaciones que correspondan. Otro elemento interesante es el hecho de que no quedaría obrero sin ser satisfecho en su reclamo. En caso de que por cualquier razón el obrero no hubiera podido realizar el cobro de su indemnización, sería el Estado quien debía satisfacer a las víctimas de los accidentes, para luego repetirle la suma abonada a quien corresponda.

Estos institutos estaban dentro de la arquitectura argumentativa de lo que Palacios denominaba "*El Nuevo Derecho*"¹⁸⁴¹. Un entramado de legislación que buscaba solucionar la problemática de la "cuestión social", término con el que se pretende dar cuenta "del conjunto de consecuencias sociales del proceso

¹⁸⁴⁰Proyecto de Alfredo L. Palacios, parte pertinente al seguro obrero: Art. 12. - Los patrones deberán substituir las obligaciones relativas á indemnizaciones, por un seguro, constituido a su costa, en favor de los obreros ó empleados de que se trata, contra los accidentes y riesgos antes expresados: en una compañía de seguros conocida ó en asociaciones de seguros establecidas por los patrones y siempre á condición de que la suma que el damnificado reciba no sea superior á la indemnización que corresponda. A este efecto las compañías que quieran establecer este servicio deberán requerir la aprobación del Poder Ejecutivo, previo el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Separación completa de las operaciones de seguro obrero de las demás que ellas realicen.
2. Aceptación expresa de las disposiciones de esta ley relativas á los accidentes del trabajo y á la forma y cuantía de las indemnizaciones.
3. Remisión al Poder Ejecutivo de los estatutos, reglamentos, alcance y empleo del capital, condiciones de las pólizas, tarifas de premios y demás elementos constitutivos de sus operaciones.

El Poder Ejecutivo, antes de decretar la aprobación antedicha, pedirá informe á la oficina nacional del trabajo.

Art. 13. -En caso de quiebra de la compañía en la cual se hubieran constituido seguros obreros, los fondos destinados á su pago no entrarán en la masa de la quiebra y las obligaciones volverán al empresario que contrató el seguro, en el estado que se hallasen en el momento de la falencia, pudiendo transferirlos á otra compañía aseguradora.

Art. 14. -El Estado satisfará á los obreros víctimas de accidentes las indemnizaciones que no hayan podido volverse efectivas. En tal caso, y mediante el pago de la indemnización, el Estado se subroga en los derechos del obrero, y puede repetir de quien corresponda, por vía de apremio, el importe de aquélla.

Art. 15. -El contrato de seguro sobre los accidentes de trabajo, en cuanto no se halle limitado por esta ley, se ajustará en todo lo que sea aplicable a los principios del Código de Comercio relativo á los seguros en general. Ver en: Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 20, Imprenta Calle de Méjico N° 1422, Buenos Aires, 1912, p. 112. Digitalizado por la Dirección General del Registro, Gestión y Archivo Documental del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

¹⁸⁴¹Obra relevante del autor en la que esgrime los principales argumentos que nutren la legislación del trabajo, publicada en la década del 20.

de inmigración masiva, urbanización e industrialización que transformó al país”¹⁸⁴² a fines del siglo XIX.

Un derecho que “*nace de las condiciones económicas de la sociedad en consorcio hermoso con la ciencia cuyos laboratorios jamás se descansa (...) abre una nueva era para los trabajadores; levanta al expoliado para que haga vida humana y vela para que mantenga íntegra su dignidad personal*”¹⁸⁴³. Teniendo en cuenta al trabajador como agente moral, los argumentos iban más allá de meras razones económicas o prácticas y buscan que el reclamo por accidentes de trabajo quede garantizado, aún en la instancia de insolvencia patronal. En ese caso, debe ser el Estado el que provea la satisfacción de un reclamo que se encontraba justificado por las dolencias generadas por las nuevas prácticas de producción adoptadas por la industria.

Alfredo L. Palacios no abandonó su lucha legislativa y volvió a presentar el mismo proyecto en 1912, esa vez fue con la firma de los diputados Juan B. Justo y Miguel Laurencena. En 1914 repite la presentación, atento haberse vencido el plazo de vigencia parlamentaria para proyectos legislativos. Por último, en ese mismo año, suscribió el proyecto elaborado por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados. Dicha elaboración muestra que Palacios debió ceder en algunas definiciones con el objetivo de ver aprobada una ley que, por la repetición y la insistencia de sus presentaciones, se puede apreciar su interés en sancionarla. En el caso específico del seguro obrero en el Proyecto de la Comisión de Legislación, se preveía la figura del seguro facultativo, institución que Palacios en sus diversos proyectos preveía en clave obligatoria¹⁸⁴⁴.

En ese mismo año, es el Departamento Nacional del Trabajo el que eleva un anteproyecto de ley de accidentes al ministro del Interior Montes de Oca, para que lo remita al Congreso. Dicho proyecto fue firmado por su presidente Nicolás Matienzo¹⁸⁴⁵ y se elabora como el fruto de una de las actividades

¹⁸⁴² Eduardo A. Zimmermann, *op. cit.*, p. 11-12. También es dable recomendar en este punto Suriano, Juan, *La Cuestión Social en Argentina 1870-1943*, Bs. As. Ed. La Colmena (entre otros).

¹⁸⁴³ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1908, T. I, p. 107.

¹⁸⁴⁴ En 1914 la Comisión de Legislación presenta un proyecto con despacho favorable, el cual llevaba la firma de Julio A. Roca (hijo), Arturo M. Bas, Alberto Zavala Guzmán, Juan F. Cafferata, Alfredo L. Palacios, Celestino I. Marcó, R. Gomes Vieyra, Tomás de Veyga, Alfredo O. Escobar. En su parte pertinente al seguro obrero establecía: Art. 7- Los patronos podrán substituir las obligaciones relativas a la indemnización por un seguro constituido a favor de los empleados u obreros de que se trate en una compañía o en asociaciones de seguros patronales que reúnan los requisitos establecidos mas adelante, y siempre a condición de que las indemnizaciones no sean inferiores a las determinadas por la presente ley. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1915, T. III., p. 541.

¹⁸⁴⁵ Anteproyecto presentado por el DNT, parte pertinente al seguro obrero: “CAPITULO V: Del Seguro contra los accidentes de trabajo.

Art. 19.-Los patronos deben asegurará su costa á sus obreros y empleados contra los accidentes y enfermedades del trabajo industrial y mecánico. Si el trabajo es hecho por concesión ó adjudicación de la Nación ó de las Provincias ó Municipios, la obligación de asegurar incumbe al concesionario o adjudicatario. En las explotaciones puramente comerciales, el seguro es facultativo, con las excepciones que determinen los decretos reglamentarios.

Art. 20.-Una vez constituido el seguro el patrono queda desligado de la obligación de indemnizar directamente ti la víctima ú sus derechohabientes, y solo la conserva subsidiariamente en el caso de insolvencia del asegurador.

Art. 21.-El patrono que por medio de descuentos del salario haga concurrir algún obrero ó empleado á costear el seguro ordenado por esta ley, devolverá al obrero ó empleado el décuplo de lo descontado y sufrirá, la pena de multa de doscientos á quinientos pesos ó arresto equivalente.

Art. 22.-El aseguramiento deberá hacerse antes de empezar el trabajo ó dentro de cinco días de empezado á más tardar, en la caja nacional de seguros ó, mientras ella no se establezca, en una compañía de seguros debidamente constituida, que sea de las aceptadas por el Poder Ejecutivo de la Nación ó de la Provincia, en su caso, pero siempre a condición de que la suma que reciba la víctima ó sus derechohabientes no sea inferior á la que correspondería con arreglo á esta ley. A este efecto, las compañías que quieran establecer este servicio deberán requerir de la autoridad correspondiente la autorización de su funcionamiento, sujetándose á las siguientes condiciones :

1. Determinación expresa de la forma y cuantía de las indemnizaciones, de modo que en ningún caso sean inferiores a las establecidas por la presente ley.

específicas para las cuáles fue creada dicha institución. A partir de los datos recabados en su área de estadística fundamenta la elaboración de sus cláusulas.

El Proyecto encontraba justificativo en los propios estudios de legislación comparada llevado adelante por los agentes del DNT, los que ofrecían un laboratorio de estudio para los diferentes modelos de regulación. Para el caso del instituto del seguro obligatorio sostenía *“Por lo que hace al modo de garantizar el pago de las indemnizaciones á las víctimas del trabajo, las leyes extranjeras están divididas: las unas, como las de Alemania, Austria, Italia y Noruega, han establecido el seguro forzoso á costa de los empresarios. Francia constituye garante de la indemnización á la caja nacional de retiros para la vejez, por medio de un fondo especial de garantía formado con un impuesto adicional á las patentes industriales. La caja repite contra el patrón lo que haya pagado por su cuenta. Bélgica obliga al industrial á depositar el capital la renta vitalicia en la caja general de ahorros y retiros ó en otro establecimiento autorizado, a menos que haya subrogado sus obligaciones en un asegurado ó haya dado hipotecas u otras garantías suficientes”*¹⁸⁴⁶. La particularidad del proyecto presentado por Matienzo radicaba principalmente en la institución designada para instrumentar la institución del seguro obrero *“He consignado que el seguro debe hacerse en la caja nacional de seguros, porque pienso que ésta debe ser creada, sea como institución independiente, sea como una sección del Banco de la Nación, pues no es justo que las compañías particulares aprovechen el carácter forzoso dado al aseguramiento. Ínterin se funda la caja nacional, deberán hacer este servicio las compañías autorizadas al efecto y vigiladas por el gobierno”*¹⁸⁴⁷.

En el año del centenario de la Revolución de Mayo, el diputado radical Adrián C. Escobar presentó un proyecto para regular la materia de accidentes de trabajo. Dicho proyecto contaba con treinta y un artículos e iba acompañado de un resumen bibliográfico que sintetizaba toda la legislación sobre la materia sancionada en diversos países europeos¹⁸⁴⁸. Al ser presentado, corre la misma

2. Obligación de constituir reservas ó fianzas suficientes conforme á los respectivos reglamentos.

3. Afectación del monto de las reservas 15 fianzas al pago de las indemnizaciones.

4. Exclusión de toda cláusula de caducidad de la póliza respecto de las víctimas ó de sus derechos-habientes.

5. Sujeción á la vigilancia y fiscalización de la autoridad correspondiente, que podrá revocar la autorización de funcionamiento cuando así lo estime justo.

Art. 23.-En caso de quiebra de la compañía aseguradora, los fondos destinados, al pago de seguros contra accidentes del trabajo no entrarán en la masa de la quiebra y las obligaciones de indemnizar volverán al empresario que contrató el seguro en el estado en que se hallasen en el momento de la falencia, pudiendo transferirlas á otra compañía aseguradora.

Art. 24.-El seguro constituido por el patrono puede hacerse nominalmente en cabeza de uno ó más obreros ó colectivamente en favor de todos los del establecimiento ó de una sección del establecimiento ó clase de obreros claramente determinadas. El damnificado puede reclamar directamente de la compañía aseguradora el pago del seguro, aunque este constituido colectivamente, y una vez obtenido dicho pago, no quedará al patrono ningún derecho contra la compañía ni al obrero contra el patrono, por concepto de la indemnización”. Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 20, Imprenta Calle de Méjico N° 1422, Buenos Aires, 1912, p. 113-120. Digitalizado por la Dirección General del Registro, Gestión y Archivo Documental del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

¹⁸⁴⁶Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 2, Imprenta Calle de Méjico N° 1422, Buenos Aires, 1907, p. 169 -170. Digitalizado por la Dirección General del Registro, Gestión y Archivo Documental del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

¹⁸⁴⁷Idem, p. 171.

¹⁸⁴⁸Proyecto presentado por el diputado radical Adrián C. Escobar, parte pertinente al seguro obrero: “CAPITULO V. DEL SEGURO CONTRA LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO

Art. 17.-Los patronos podrán substituir las obligaciones relativas á indemnización por un seguro constituido á su costa en favor de los obreros ó empleados de que se trate contra los accidentes y enfermedades del trabajo, en una compañía de seguros conocida ó en asociaciones de seguros establecidas por los patronos y siempre á condición de que la suma que el damnificado reciba no sea inferior á la indemnización que corresponde.

Art. 18.-Si el trabajo es hecho por concesión ó adjudicación de la nación, de las provincias ó municipios, al que ha obtenido la concesión ó adjudicación le incumbe el aseguramiento.

Art. 19.-Una vez constituido el seguro, el patrono queda desligado de la obligación de indemnizar directamente á la víctima ó sus derecho-habientes, y sólo la conserva subsidiariamente en el caso de insolvencia del asegurador.

suerte que sus antecesores y no encuentra despacho favorable en Comisión. Una vez vencido el plazo de vigencia parlamentaria es introducido nuevamente en 1912, oportunidad en que tampoco es tratado en Comisión. Al igual que Palacios, formó para del proyecto presentado en 1914 por la Comisión de Legislación, base de la futura Ley de Accidentes a sancionarse un año después.

Los motivos que cimentaban la obra de Escobar, no escapaban de la concepción tutelar y paternalista con que las élites dirigentes pensaban a la institución estatal: *“ una gran nación equivale á tener planteada la cuestión social, cuestión obrera, como la llaman, y para mí cuestión moral, cuestión humana, de orden y de defensa, que nos impone el deber social de ayudar proteger á las clases trabajadoras y que nos lleva á la disminución de los personalismos egoístas hacia la justicia distributiva, hacia la solidaridad y la fraternidad (...) Es obligación del legislador, pues, dictar leyes protectoras de la vida de los trabajadores, que propendan a su bienestar y felicidad”*¹⁸⁴⁹.

Criticando la eficacia de las soluciones que proporcionaba el ordenamiento jurídico en el cual se incardinaba al trabajo y, consecuentemente, a la responsabilidad por accidentes derivados de la tarea laboral, pretende la reforma de las leyes civiles para adaptarlas a las transformaciones del “mundo de los trabajadores”. Así, presenta la necesidad de dotar al *“derecho nuevo (...) que arranca no de las regiones ideales, de los principios sino del lugar donde vivimos, del mundo de los hechos”* de principios de morales de justicia y equidad. Su proyecto recababa las prácticas ya desarrolladas por el Departamento Nacional del Trabajo y pretendía sistematizar el régimen específico para los infortunios del trabajo.

Con el objetivo de proteger a la familia de los obreros y salvarlas de la indigencia, adopta la responsabilidad patronal fundada en la doctrina del riesgo profesional. En lo relativo a la figura del seguro adopta el modelo facultativo, aunque reconoce que: *“en mi desear, mi predilección sería por el seguro obligatorio nos lleva al seguro de estado, y no es posible que siempre estemos esperándolo todo del estado como de la providencia, aparte de que creo que aún no nos encontramos en condiciones de establecerlo, y menos aún de crear la caja nacional de seguros como en Alemania, Austria, etc.”*¹⁸⁵⁰

Art. 20.-El patrono que por medio de descuentos del salario haga concurrir á algún obrero ó empleado á costear el seguro autorizado por esta ley, devolverá al obrero ó empleado el décuplo de lo descontado y sufrirá la pena de multa de doscientos á quinientos pesos ó arresto equivalente.

Art. 21.-A los efectos del seguro, las compañías que establezcan este servicio deberán requerir la aprobación del Poder Ejecutivo nacional ó provincial, según los casos, previo el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Separación completa de las operaciones de seguro obrero de las demás que ellas realicen.
2. Determinación expresa de la forma y cuantía de las operaciones, de modo que en ningún caso sean inferiores á las establecidas en la presente ley.
3. Obligación de constituir reservas ó fianzas suficientes conforme a los respectivos reglamentos.
4. Afectación del monto de las reservas ó fianzas al pago de las indemnizaciones.
5. Exclusión de toda cláusula de caducidad de la póliza respecto de la víctima ó de sus derecho-habientes.

Art. 22.-En cada caso el poder ejecutivo requerir informes del Departamento Nacional del Trabajo.

Art. 23.-En caso de quiebra de la compañía aseguradora, los fondos destinados al pago de seguros contra accidentes del trabajo no entrarán en la masa de la quiebra y las obligaciones de indemnizar volverán al empresario que contrató el seguro en el estado en que se hallasen en el momento de la falencia, pudiendo transferirlas á otra compañía aseguradora.

Art. 24.-El seguro constituido por el patrono puede hacerse nominalmente, en cabeza de uno ó más obreros ó colectivamente en favor de todos los del establecimiento ó de una sección del establecimiento ó clase de obreros claramente determinadas. El damnificado puede reclamar directamente de la compañía aseguradora el pago del seguro, aunque esté constituido colectivamente, y una vez obtenido dicho pago, no quedará al patrono ningún derecho contra la compañía ni al obrero contra el patrono por concepto de la indemnización”. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1910, p. 79.

¹⁸⁴⁹Ídem, p. 80

¹⁸⁵⁰Ídem, p. 82.

En ese mismo año, presenta su proyecto el Poder Ejecutivo Nacional con la firma del presidente de la Nación J. Figueroa Alcorta, a través de su Ministro de Interior José E. Gálvez. A lo largo de nueve artículos y bajo el título “Locación de Servicios” pretenden regular sobre la materia de accidentes de trabajo. A partir del título, al menos nominalmente, ya van marcando una impronta de cómo era concebida la relación de trabajo para el PEN¹⁸⁵¹.

El proyecto venía a complementar al Código Civil y a modificar específicamente la concepción sobre la responsabilidad por daños a otro. Motorizaba el espíritu de dicha transformación *“el campo industrial de la vida moderna, en el cual ni la culpa, ni la negligencia, ni el provecho del patrón, son en general causa determinante del accidente del trabajo, debido puramente a la naturaleza de la industria”*¹⁸⁵². El fundamento de la transformación doctrinaria venía sustentado en el adagio de derecho *“el que siente la carga debe gozar del provecho”*, premisa que solo podía ser rota ante la prueba de la culpabilidad del obrero en la causación del daño.

Respecto al seguro obrero, las particularidades del proyecto son evidentes. Sigue la línea del seguro facultativo, pero introduce una cuestión específica, ya que los términos de la cobertura surgirán de lo pactado entre ambos. Aquí podemos apreciar una expresión de la cultura jurídica de la época. La relación de trabajo era concebida como un contrato celebrado entre iguales, en igualdad de condiciones. Es a partir de esa relación horizontal que prevén la posibilidad de pautar las condiciones del seguro. Esto tiene consecuencias directas sobre el monto indemnizatorio *“Por eso el proyecto deja librado a la convención de las partes el pago de la indemnización y si ello no es factible, procede la decisión judicial. En materia de intereses, no hay más que una ley suprema: la voluntad y la libertad de los interesados, que es la fuerza que mejor armoniza y los combina”*¹⁸⁵³. La tensión entre la libertad individual del patrón manifestada a través de un libre ejercicio de su derecho de industria emerge con todo su potencial y se plasma en los fundamentos del proyecto: *“Desde que el seguro es una sustitución de la responsabilidad, debe dejarse al patrón el derecho de apreciar su conveniencia y de optar por una u otra forma de cumplir su obligación. La ley no puede quitarle el derecho de regir y combinar su negocio, sin herir la libertad de comerciar que le garante la Constitución”*¹⁸⁵⁴. Rechazaba el seguro obligatorio por dos razones principales. Una de ellas en virtud de que para ser eficaz debía regular las múltiples situaciones taxativamente, haciendo desaparecer la voluntad de los interesados y por tanto disuelve los presupuestos mínimos de todo contrato. La otra, está basada en el hecho de que todavía no se tiene un conocimiento acabado de la temática industrial y los accidentes que ocasiona. Ello sumado al hecho de que ya existía en la práctica de contratación del seguro una iniciativa individual a la que convenía regular, controlar y tutelar. Esa era la función de la élite

¹⁸⁵¹Proyecto del PEN, parte pertinente a seguro obrero: “Art. 3. La responsabilidad del patrón podrá ser cubierta á costa por medio del seguro del obrero, en los términos que entre ambos se convenga.

Art. 4. En el caso de quiebra del asegurador renace la responsabilidad del patrón por el importe del seguro, salvo sus acciones contra aquél.

Art. 5. A falta de seguro, la responsabilidad del patrón se hará efectiva ante el Juez de 1ª Instancia del lugar ó del domicilio del demandado, constituyéndose el Juez en Arbitro arbitrador y amigable componedor”. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1910, p. 669.

¹⁸⁵²Ídem, p. 667.

¹⁸⁵³Ídem, p. 667.

¹⁸⁵⁴Ídem, p. 667.

dirigencial y ese era el espíritu que alimentaba los fundamentos del PEN: *“el proyecto es una verdadera media de protección y de justicia para el obrero y que por lo mismo no hiere ningún derecho ni quebranta ninguna libertad”*¹⁸⁵⁵.

Dos años más tarde un grupo de diputados del partido radical presenta un proyecto titulado *“Seguro Obligatorio”*¹⁸⁵⁶. A lo largo de 63 artículos, su miembro informante Rogelio Araya brinda los argumentos para sostener la obligatoriedad del seguro. Tampoco este proyecto tuvo despacho de comisión favorable, es por ello que luego de dos años vuelve a ser reproducido en el seno de la Cámara Baja.

Como reza su título diseña un tipo especial de póliza en virtud de que *“constituía la única forma en que puede hacerse efectivo la existencia de ese socorro con que se pretende garantizar a los obreros víctimas de accidentes”*¹⁸⁵⁷. La empresa del seguro facultativo recargaría los costos de la gran industria y a la pequeña empresa la dejaría en peligro de quiebra, a partir del pago de los reclamos por infortunios. En cambio al regir la obligatoriedad del seguro, los costos del seguro serían repartidos entre todas las industrias aminorando las cargas económicas de todas las empresas.

Otra de las cuestiones a resaltar es el carácter amplio de la legitimidad pasiva. El autor legitima no sólo a padres, hijos y cónyuges, sino a todos los que *“estén al cuidado o guarda del obrero que ha sido víctima del accidente, como también a cualquier otra persona que se encuentre en iguales condiciones”*¹⁸⁵⁸. El fundamento detrás de la necesidad de ampliar los legitimados al cobro de la indemnización, radicaba pura y exclusivamente en tratar de evitar las consecuencias de la pobreza: *“si la persona que tiene a su cargo la guarda de la víctima del accidente se encuentra en situación tal que, faltándole el seguro pierde sus recursos de vida, se convierte por esa circunstancia en un desecho social”*¹⁸⁵⁹.

El último proyecto a mencionar es aquel que fuera presentado en 1914 y estuviera a cargo del diputado cordobés Arturo Mateo Bas¹⁸⁶⁰. Tanto él como Juan F. Cafferatta, fueron representantes de las doctrinas del cristianismo social¹⁸⁶¹, y dinamizaron la presentación de varias leyes de relevancia para el

¹⁸⁵⁵Ídem, p. 669.

¹⁸⁵⁶El proyecto llevaba la firma de los siguientes miembros del partido Radical: Rogelio Araya -D. del Valle. - Luis J. Rocca-Francisco G. Valdez.- José Luis Cantilo.-Benjamin Avalos - Ernesto H. Celesia.-M. T. de Alvear. En su artículo I establecía el principio rector en materia de seguros: “I. Los patrones y empresas industriales ó comerciales que tengan más de dos empleados ú obreros, ó los que realicen explotaciones forestales ó agrícolas por medio de motores inanimados, están obligados á asegurar á su exclusivo costo sus obreros ó empleados contra los accidentes que éstos puedan sufrir por el hecho con ocasión del trabajo, y contra las llamadas enfermedades profesionales. Los seguros deberán hacerse en las compañías autorizadas al efecto por el Poder Ejecutivo, ó en la caja nacional de seguros de obreros, que el mismo poder organizará. El estado nacional, los estados provinciales y las comunas ó municipalidades, quedan comprendidas en esta obligación del seguro”. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1912, T. II, p. 123-129.

¹⁸⁵⁷Ídem, p. 130.

¹⁸⁵⁸Ídem p. 130.

¹⁸⁵⁹Ídem, p. 130.

¹⁸⁶⁰Proyecto presentado por Arturo M. Bas, parte pertinente al seguro obrero: “Art. 8: Los patrones podrán substituir las obligaciones relativas a la indemnización por un seguro constituido a favor de los empleados u obreros de que se trate en una compañía o en asociación de seguros patronales que reúnan los requisitos establecidos más adelante y siempre a condición de que las indemnizaciones no sean inferiores a las determinadas por la presente ley” Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1914, T.I, p. 587-591.

¹⁸⁶¹Dicha doctrina política nace a partir de la preocupación de la iglesia católica por la cuestión social y los desajustes de la expansión del sistema capitalista y del industrialismo a fines del s. XIX. Dinamizada a partir de una serie de encíclicas que sanciona el Papa León XII, siendo la más conocida aquella nombrada como la “*Rerum Novarum*”. A partir de ella se buscaba brindar “nuevas directivas para un nuevo derecho, que de día en día, cobra mayor gravitación en el problema de la armonía colectiva y en el ordenamiento de las relaciones entre los hombre de trabajo”. Despontín, Luis A., “La Encíclica ‘*Rerum Novarum*’ a medio siglo de su aparición, frente a los problemas del trabajo”, Revista de la Facultad de Derecho, Año 28, N° 3-4-5, Mayo-Agosto, 1941, p. 497.

campo social¹⁸⁶². En el proyecto plantea el diseño del seguro facultativo, pero contemplando de la misma manera los accidentes y las enfermedades e incluyendo a los agentes de la administración nacional como beneficiarios. A la fecha de presentación era el único de los proyectos que quedaba vigente.

3.6. LA LEY DE ACCIDENTES N° 9688. EL DEBATE PARLAMENTARIO DE SANCIÓN.

En el proyecto, la opción adoptada se puede explicar a partir de una mirada con perspectiva global que haga hincapié en los procesos de circulación de ideas transnacionales que hacían posible la traslación cultural¹⁸⁶³ de modelos legales, que luego eran incorporados a un diseño normativo que los impregnaba con el sentido de nuestra propia cultura jurídica local¹⁸⁶⁴. El diseño poseía características similares a la ley francesa sancionada en 1898, en el sentido de permitirle al patrón decidir facultativamente su contratación. Ella anclaba en la plataforma jurídica que marcaba el marco interpretativo para concebir el vínculo entre patrón y obrero por estas tierras. La relación seguía pensándose en términos de relaciones contractuales individuales propias del vínculo locativo que las reglamentaba y era en esos términos que se concebía la obligación de contratar la póliza de seguro.

Analizando el debate parlamentario, es posible apreciar el contrapunto en las formas de concebir el seguro. Por un lado, el modelo defendido por el diputado de la bancada socialista Nicolás Repetto; por el otro, el miembro informante de la Comisión de Legislación, Arturo M. Bas. Repetto critica la figura adoptada por la ley, ya que no adoptaba el principio de seguro obligatorio, haciendo una estricta comparación con el sancionado por Bismarck en la Alemania de la década del 80. Para el diputado socialista: *“El seguro obligatorio representa la única forma posible de garantizar el derecho obrero y de permitir al mismo tiempo, la supervivencia de ciertas formas de la pequeña industria. Sin seguro obligatorio no hay garantías suficientes para los obreros y habría enorme ventajas en adoptarlo. (...) Todas las objeciones que se han hecho al seguro obligatorio, se inspiran en el principio de libertad individual”*¹⁸⁶⁵.

En respuesta, Arturo M. Bas se inclinó por la negativa. Las razones que sostuvo para defender la figura adoptada por el proyecto tenían que ver con la falta de infraestructura por parte del Estado Nacional para poder implementar las instituciones que pudieran prestar el seguro obligatorio¹⁸⁶⁶. Para el diputado, el criterio general que *“debe primar en todas estas cosas, es el de disminuir*

¹⁸⁶² Auza, Nestor Tomás, op. cit., p. 53.

¹⁸⁶³ Duve, Thomas; “European Legal History – Concepts, Methods, Challenges”; en *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global perspective on Legal History*; Thomas Duve (ed.), Max Planck Institute for European Legal History Open Acces publication, Franckfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>, 2014.

¹⁸⁶⁴ Agüero, Alejandro, “Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispánica. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán.” in Tau Anzoátegui, Victor y Agüero, Alejandro (coord.), *El derecho local en la periferia de la monarquía hispánica. Rio de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVI-XVIII*, Ed. Inhide, 2013.

¹⁸⁶⁵ “El seguro obligatorio es considerado como un corolario lógico del riesgo profesional y representa una ventaja tanto para los obreros como para los patrones. Para que el obrero víctima de un accidente sea realmente indemnizado o tenga la seguridad de que lo será, es preciso que esté asegurado (...) Porque muy a menudo a pesar de previsiones excelentes (...) interviene un factor inesperado, la insolvencia de los patrones, que hace completamente ilusorias las garantías y las indemnizaciones de la ley (...)” Repetto, Nicolás, op. cit. p. 557.

¹⁸⁶⁶ En esa línea sostenía que: “El seguro obligatorio no existe consagrado en la generalidad de los países que están a la cabeza de la civilización y los que lo imponen lo efectúan garantiendo su ejecución por instituciones sociales que permiten realizarlo con facilidad y sin grandes sacrificios, o cuando esta facilidad la proporciona el estado por medio de instituciones de carácter oficial” Arturo M. Bas, *Ibidem*. 562.

*la intervención del Estado en asuntos de empresarios particulares*¹⁸⁶⁷. Otras de las razones que esgrimía Bas, iban en línea con los métodos utilizados por la mayoría de los países, donde el criterio más utilizado era el de responsabilidad directa con seguro facultativo. Sin embargo, la razón que más impedía la implementación del seguro obligatorio tenía que ver directamente con el ideario del liberalismo imperante en la codificación moderna. A partir de ella se buscó eliminar a los cuerpos intermedios en la relación entre individuos, es por ello que *“los países que incorporaron el seguro obligatorio lo hicieron a base de instituciones gremiales o corporaciones de Estado”*¹⁸⁶⁸, expresando una clara reserva respecto a la intervención de instituciones corporativas en la decisión autónoma del empresario, sobre cómo llevar adelante el ejercicio de su industria.

El sistema adoptado por nuestro país se encontraba legislado en el Artículo 7 de la Ley N° 9688. En él se establecía que los patrones podían reemplazar su responsabilidad por la contratación de un seguro a favor de los empleados u obreros, en una compañía que reuniera los requisitos establecidos en la ley y siempre que la indemnización fuera menor a la que le correspondía por dicha legislación. En dicho artículo existió una decisión que marcaba claramente el uso de una opción política por un modelo determinado. El principio de autonomía de la voluntad primó en la construcción legislativa y se adoptó la figura del seguro facultativo, que le daba la posibilidad al empresario de contratarlo en claro ejercicio de su derecho de libertad de industria. En caso contrario, podía optar por responder con su patrimonio al reclamo obrero. He aquí una particularidad en el sistema adoptado por nuestra ley y es el hecho de que, ante la insolvencia por parte de un patrón que hubiera contratado seguro, la ley establecía que un órgano administrativo del Estado fuera quien respondiera en tal caso.

Para ello, la ley creó la figura de la “Caja de Garantía”. En su artículo 10 establecía que dicha caja especial se completaría con el producido de montos dinerarios provenientes de los siguientes casos: o bien indemnizaciones de obreros que no dejan herederos al fallecer, o de rentas que le correspondan a extranjeros que abandonen el país o con el importe de las multas que deriven de la falta de cumplimiento de la Ley de Accidentes. Los fondos que constituían dicha Caja se utilizarían para responder a las indemnizaciones que dejaran de abonar por insolvencia absoluta de los patrones judicialmente declarada y siempre que la víctima hubiese iniciado la acción dentro del mes de estar habilitada por ley después del accidente. Esta figura híbrida, con la cual se pretendía resguardar la posible insolvencia por parte del patrón, sirve para mostrar las pervivencias de un orden jurídico de diseño individualista que resistía a determinados cambios en el diseño de sus instituciones. La forma de garantizar la autonomía de la voluntad en la decisión venía dada por el hecho

¹⁸⁶⁷ “basta con determinar de una manera clara y precisa la responsabilidad del patrón, sin necesidad de que el obrero pruebe que ha habido culpa en él mismo, eliminar los inconvenientes de la prueba, lo mismo que los juicios costoso para fijar la responsabilidad y por último establecer todo género de seguridades respecto a la forma de pago y entre ellas la de declarar la nulidad de los convenios que pudieran hacerse entre patrones y obrero tendiente a destruir el concepto de obligaciones que consagra la ley”, Arturo M. Bas, *Ibidem*, p. 564.

¹⁸⁶⁸*Ibidem*, p.564.

de que ante la insolvencia, o la existencia de un reclamo no satisfecho existiera una última instancia de reaseguro para el cobro.

En este diseño podemos visualizar las marcas de una cultura jurídica en crisis, con claves epistémicas en transformación. Otra muestra de ello la podemos encontrar en uno de los cambios más relevantes en relación a las concepciones sobre autonomía de la voluntad de los individuos. El artículo 5 estableció la presunción de responsabilidad del patrón en casos de accidentes producidos en las condiciones establecidas por la ley. Destacamos dicho artículo para poder mostrar la hipótesis con la cual realizamos este trabajo. La misma se visibiliza en el hecho de que si bien la ley impuso ciertos cambios en las concepciones jurídicas de la época, lo cierto es que ellos deben ser puestos en una mirada más amplia de análisis que también rescate las pervivencias que dicha ley permitió. En la letra de esta ley, puesta en un marco relacional con el orden y la cultura jurídica que la amparaba, se puede apreciar como las concepciones liberales e incluso vestigios de prácticas tradicionales, todavía se resistían a cambios estructurales. La ley permitía la protección del obrero ante el riesgo industrial, presumiendo la responsabilidad del patrón, pero se resistía a incidir de manera más profunda en su ámbito de autonomía de voluntad. El diseño normativo rehusó mayores transformaciones, operando como razones justificatorias de ese límite el derecho al libre ejercicio de la industria. Una revolución aún mayor en el diseño de instituciones jurídicas liberales debía ser evitada.

3.7. CONCLUSIÓN

A lo largo del trabajo, hemos buscado reproducir las discusiones que marcaban el terreno del campo jurídico de fines del siglo diecinueve para el mundo de la empresa en relación con la principal actividad que clamaba por soluciones políticas. El mundo del trabajo, a partir de los desajustes producidos por el industrialismo y dinamizado por sus principales centrales obreras, necesitaba soluciones jurídicas que cambiaran el paradigma jurídico imperante en la época.

Los accidentes de trabajo generados a partir del maquinismo en los procesos de producción generaban, no solamente personas incapacitadas para seguir insertas en el mercado laboral, sino que empujaban a su familia a la pobreza, en un mundo todavía estructurado en las claves patriarcales del “padre de familia” proveedor.

Ante ello, el mecanismo jurídico del seguro obrero emergía como una forma de responder ante los infortunios del trabajo que aumentaban en los modos de producción modernos. Este instituto reviste importancia ya que es un campo de análisis que nos permite observar las controversias propias de la época y de la cultura jurídica civilista, ante el fenómeno de los accidentes de trabajo. Su diseño institucional fue factor de debate a lo largo del inicio del siglo veinte, de tal forma que, a través de los proyectos, se pudieron apreciar las diferentes formas de ser concebido. Ello, en diálogo con las ideas jurídicas que se esgrimían como argumentos al momento de fundamentar su concepción nos marcaron la tensión de fondo que yacía en su diseño institucional. Aquella venía dada por la tensión entre las mayores o menores cuotas de autonomía de

voluntad que se garantizaran al intervenir el Estado en la regulación de un derecho de libertad de industria que se erigía como pilar en los valores del derecho decimonónico. De esa manera pudimos apreciar la oposición de modelos: por un lado, aquel que condensaba de mejor manera la defensa de la libertad de industria y la autonomía de la voluntad del empresario, con un modelo arraigado en la cultura jurídica francesa. Por el otro, aquellos modelos de seguro obrero que buscaban en la cultura jurídica y política germana justificar la contratación obligatoria de un seguro que protegiera más eficazmente a todos los obreros.

Para la época, la contratación de seguros para afrontar los riesgos de las actividades comerciales se encontraba regulada en el Código de Comercio de 1862¹⁸⁶⁹. Existía, de manera similar al caso francés, una práctica extendida entre las grandes empresas, que consistía en proveerse de un seguro obrero para evitar el problema económico y social provocado por los reclamos de accidentes de trabajo industrial, es por ello que *“las ideas y los sentimientos argentinos en el orden económico- social han de merecer el respeto de propios y extraños desde que se han anticipado a formar costumbre que en otros países solo han nacido de los mandatos de la ley”*¹⁸⁷⁰. Con la creación del Departamento Nacional del Trabajo, se pudo ver a partir de datos estadísticos, que la contratación de pólizas de seguros para 1911 era una práctica que iba en crecimiento¹⁸⁷¹. Como sostenía Matienzo, al momento de justificar su proyecto: *“Los usos de la industria se han adelantado en nuestro país a la legislación sobre los accidentes del trabajo, el número de patronos que reconocen espontáneamente su obligación de indemnizar a los obreros incapacitados por esos accidentes, aumenta constante y considerablemente. En la actualidad, hay en la ciudad de Buenos Aires varias compañías que aseguran contra esa clase de riesgos bajo la forma de seguro colectivo, pagado por el patrono en favor de sus obreros y además, contra la responsabilidad que por ello les corresponde”*. A partir de la sanción de la ley de accidentes de 1915, la contratación de seguros a empresas privadas se incrementó, lo cual llevó no solamente a la creación de un mayor número de compañías, sino que produjo un incremento en el ingreso de aquellas de origen extranjero¹⁸⁷².

La adopción del seguro obrero marcó un fuerte debate que trasuntó no solamente los más de doce proyectos legislativos presentados para su sanción, sino que también atravesó el área académica y económica. La sanción de una ley de accidentes de trabajo, logró plasmar un consenso en las diferentes fuerzas políticas que dominaban la escena, logrando concesiones entre los diferentes diseños normativos propuestos.

¹⁸⁶⁹ Cabe decir que el contrato de seguros era una institución propia de la actividad marítima comercial, que datan del Antiguo Régimen, propicia para soportar los riesgos de la actividad marítima de ultramar. Para estudiar con mayor profundidad sobre la contratación de seguros en Indias ver: Céspedes del Castillo, Guillermo, *Seguros Marítimos en la Carrera de Indias*, file:///C:/Users/gpint/Downloads/Dialnet-SegurosMaritimosEnLaCarreraDeIndias-2051684.pdf.

¹⁸⁷⁰ Memoria del Departamento Nacional del Trabajo año 1913, 1914, Buenos Aires, 1914, p. 95.

¹⁸⁷¹ Boletín del Departamento Nacional del Trabajo N° 17, 1911, p. 293-296. Citado por Maddalena, Pablo, Los estudios sobre la cuestión de accidentes de trabajo y la injerencia del Departamento Nacional del Trabajo en la promulgación de la Ley N° 9688. *Actas de las XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*. Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo, 2013.

¹⁸⁷² Ello puede ver se en la presentación que el Dr. Matienzo hace en 1907 al momento de fundamentar el proyecto de Ley de Accidentes llevado a la Cámara de Diputados por el Departamento Nacional del Trabajo. Claro que dicho relevamiento fue solamente efectuado en ciudad de Buenos Aires. También en: Ramacciotti, Karina, De la Culpa..., Óp. Cit. p. 277.