

Doctrina

La proyección del dolo eventual a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas

Emilio F. Moro



Doctor en Derecho (UNL) (tesis sobresaliente). Magister en Derecho de la Empresa por la (UA) (medalla de Oro al Mejor Promedio y Premio "Mejor Tesina"). Mención Especial "Joven Jurista de Argentina" otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de grado en Derecho Civil II y Derecho Societario (UNL y UNER). Profesor en la Maestría de Derecho de Empresa (UA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas.— III. La aplicación del Código Civil y Comercial (en su medida) al desempeño de los directores de sociedades anónimas.— IV. El impacto del dolo eventual en la actuación conforme la "lealtad y diligencia" de un buen hombre de negocios (art. 59, LGS) que ha de asumir todo director de una sociedad anónima.— V. Dolo eventual: Caracterización.— VI. Axiología de Derecho Societario: Una imprescindible mirada desde la Filosofía del Derecho para comprender los cambios en toda disciplina jurídica (incluido, por supuesto, el derecho comercial).— VII. ¿Conmociona "valores" esenciales del sistema jurídico y/o parámetros de "orden público" y/o factores medulares necesarios para el desarrollo económico, la inclusión del dolo eventual en la responsabilidad de directores de sociedades anónimas?— VIII. La incidencia de la apuntada proyección del "dolo eventual" con relación a determinadas acciones de responsabilidad: El caso del art. 173 de la LCQ.— IX. Conclusión.

I. Introducción

Una de las grandes reformas que el Código Civil y Comercial ha traído en materia de responsabilidad civil discurre, a no dudarlo, por el ensanchamiento de la noción de dolo —antes circunscripta a su versión clásica enuncada a la "manifiesta intención de dañar" del art. 1072 del Código velleziano— hacia los confines del llamado *dolo eventual* (1).

A la luz de los significativos cambios que —en este terreno— el nuevo digesto ha comportado, puesta la mira, específicamente, en este tópico, podemos decir —sin temor al yerro— que la ampliación conceptual del "dolo" (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) como factor de imputación subjetivo ha sido una de las principales modificaciones de la ley 26.994 en materia de responsabilidad civil.

El legislador se exhibe persuadido de dos temas centrales: debe dejarse de lado la limitación de los detrimentos o menoscabos reparables (la famosa "serie cerrada" que dejaba fuera relevantes eventos lesivos) y, demostrado el perjuicio, que en muchos casos se infiere, la reparación debe ser plena o integral (2) (art. 1740, Cód. Civ. y Com.), bajo cuyo trasluz se introducen infinidad de reformas de enorme significación, tales como —entre otras muchas— la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la categorización de las obligaciones de resultado como hipótesis de responsabilidad contractual objetiva, la inclusión de las funciones preventiva y punitiva al lado de la clásica función resarcitoria en la responsabilidad civil, la reducción genérica de los plazos de prescripción liberatoria, la fijación de la pérdida de chance como daño indemnizable, la eliminación —en los casos de responsabilidad objetiva— de la suspensión de la sentencia hasta que recaiga la penal, etc. (3).

La referencia al "dolo" que el art. 274 LGS incluye como factor de imputación dentro de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, bien se ha advertido, luce sobreabundante, pues consignando la precitada norma la responsabilidad por culpa, no podría no incluir la sanción a una conducta dolosa de los administradores, la cual, incluye, por cierto, la intención de beneficiarse a expensas de la sociedad administrada y sus accionistas (4). Empero, en otras áreas que se enlazan a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas —como lo es la zona de insolvencia— la *acreditación del dolo es "conditio sine qua non" para la procedencia de la acción resarcitoria* del caso (v. gr., art. 173, LCQ) o bien aparece como *causal de una mayor extensión del resarcimiento*, por ejemplo (aunque esto sucede, en general, en toda hipótesis de eventos lesivos resarcibles), en materia de Defensa de la Competencia y violación a la ley 27.442 (ya sea por abuso de posición dominante o acuerdos ilícitos

o colusorios entre competidores que promueven la cartelización de determinados mercados), en los casos —claro está (que los hay)—, en que ello sea achacable a los administradores (5).

La estructura central del sistema de responsabilidad civil, en cualquier caso, mantiene su clásica vertebración en sus presupuestos básicos y ello rige, asimismo, para la responsabilidad de los administradores societarios (6): a) Antijuridicidad; b) Factor de atribución; c) Daño resarcible; y, d) Nexo de causalidad.

La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, cual hipótesis específica que —en la dinámica de la conducta humana en interferencia intersubjetiva que configura el objeto del Derecho— puede acaecer, queda enmarcada, así, pues, en tal contexto y bajo las aguas de estas nuevas directrices que trae el actual Código Civil y Comercial.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. CALVO COSTA, Carlos A., "Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, pág. 156.

(2) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad civil en el proyecto de 2012", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 452.

(3) Cfr. STIGLITZ, Gabriel A., "Defensa del Consumidor, diálogo de Fuentes y Principio de Protección", Revista de Derecho del Consumidor, JJ Editores, Buenos Aires,

2017, t. I, p. 24; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Prueba de la culpa, de los criterios objetivos y de la relación de causa a efecto", *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3 ("Proyecto de Código Civil y Comercial"), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 408/409.

(4) Cfr. BALBÍN, Sebastián, "Curso de derecho de las sociedades comerciales", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 711.

(5) Cfr. TREVISÁN, Pablo, "Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en TREVISÁN,

Pablo - DEL PINO, Miguel - CHAMATROPULOS, Alejandro, "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 441 y 453.

"Los administradores de las empresas que hubieren infringido la LDC, pueden ser sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad civil. Los administradores y representantes de las sociedades tienen el deber de obrar con lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. El incumplimiento de esta obligación implica la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resulten de la acción u omisión de

quien fuere el autor de la falta. (...) En caso de dolo, además de las consecuencias mencionadas para el caso de conductas culposas, también podrán llegar a ser imputables las consecuencias casuales" (la *bastardilla* es nuestra).

(6) Cfr. NISSEN, Ricardo A., "Curso de Derecho Societario. La ley 19.550 con las reformas efectuadas por la ley 26.994 y su adecuación al Código Civil y Comercial", Hammurabi, Buenos Aires, p. 481.

Nota a fallo

Despido discriminatorio

Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado. Disidencia. CS, 08/04/2021. - Fontana, Edith Fabiana c. Cibie Argentina S.A. s/juicio sumarísimo. 8

El delicado ojo de la tempestad o el caso "Fontana"

Carlos Pose

9

tado de una frase incorporada en una presentación de la asociación actora. Rechazo. CNCom., sala D, 18/05/2021. - ACYMA Asociación Civil c. Falabella S.A s/ Ordinario. 12

Jurisprudencia

Réplicas o dúPLICAS

Pedido de la demandada orientado a que se efectúe el tes-

II. La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas

II.1. Aproximación

Tanto su personal como los proveedores y, asimismo, los destinatarios de los bienes y servicios que la empresa produce, son sujetos pasivos que recogen los impulsos por ella generados, en un contexto donde la intervención del Estado, en materia de crisis e insolvencia corporativa, ha ido creciendo (7). La relevancia que inviste, en esa inteligencia, el análisis de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas es de toda obviedad.

Los avances que se han venido produciendo en el último tiempo en cuanto al rol protagónico que invisten las sociedades anónimas —como forma jurídica de las empresas [sea en su modalidad de *sociedad anónima cerrada* u *abierta* (8)]— en aras del desarrollo integral (educativo, ambiental, productivo, etc.) de las comunidades en que interactúan, ha culminado en la elaboración doctrinaria de lo que ha dado en llamarse “Responsabilidad Social Empresaria” (RSE).

No casualmente, de modo paralelo a esta evolución, ha ganado carta de ciudadanía —a modo de respuesta ante la gravedad mundial de los grandes cataclismos corporativos de las últimas décadas— el concepto de *Corporate Governance*, suerte de catálogo de reglas y recomendaciones de auto-regulación (9) tendiente a un más transparente y eficiente funcionamiento interno de las compañías que redunde en beneficio de accionistas, acreedores, trabajadores, inversores y demás actores sociales.

Observar ambos fenómenos por separado es un error conceptual, pues, como bien se ha advertido, *la doctrina de las reglas del buen gobierno corporativo no es sino un capítulo más dentro del universo de la Responsabilidad Social Empresaria* (10) en cuyo seno aquella se encuadra como instituto que atañe, específicamente, a la dinámica inter-organica de las empresas.

Sí podría decirse que mientras la RSE se desliza, preeminentemente, sobre el terreno de las relaciones intersubjetivas de la sociedad, las buenas prácticas de gobierno corporativo lo hacen sobre el terreno de las relaciones intrasubjetivas del ente.

La trascendencia del tema, al menos en nuestro país, se robustece a poco que se observa el crecimiento en el número de sociedades con intervención estatal prevalente —bien agrupadas por la doctrina con la

novedosa locución de “sociedades anónimas bajo injerencia estatal” (11) (SABIE)— en su estructuración interna (ya se trate de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades del Estado de la ley 20.705, sociedades anónimas lisas y llanas de la Ley General de Sociedades (LGS) pero donde el Estado es el accionista mayoritario, sociedades de economía mixta, etc.), donde se aplican análogicamente las normas (y jurisprudencia) sobre responsabilidad de directores de sociedades anónimas (12), y donde la corrupción —este verdadero “cáncer que representa una de las heridas más lacerantes del tejido social” (13) [en justas palabras de Su Santidad el Papa Francisco (14)]— también ha hecho estragos en nuestro país (aunque muchos persistan en relativizar la gravedad e inmoralidad de tales conductas, de la misma forma que con tantas otras situaciones repulsivas que exhibe la realidad social, bajo la adopción de que tal o cual cosa “sucede” y entonces no hay más remedio que admitirlas...).

II.2. Sistema resarcitorio construido por la LGS

El carril por el cual se ha de transitar, una vez acreditadas las inconductas de los directores de sociedades anónimas y su encuadre como suficiente demostración de mal desempeño del cargo (art. 274, LGS), se caracteriza —en prieta síntesis—, conforme el texto vigente de la LGS, por lo siguiente (15):

- En razón de la adopción de la *teoría organica*, la responsabilidad es en principio interna (lo cual, supone una importante diferencia con la SRL y su régimen del art. 157, LGS (16)).

- La responsabilidad es ilimitada y solidaria entre los miembros del órgano de administración, apareciendo la razón por la que se impone el carácter solidario de la responsabilidad por el funcionamiento colegiado de la actividad organica.

- Para hacer efectiva la acción de responsabilidad, la LGS otorga legitimación activa a la sociedad, a los socios y a terceros, según los casos.

- A su vez, se contemplan hipótesis de exención de responsabilidad (la protesta temporánea escrita del director en los términos del párrafo 3ro. del art. 274, LGS) y de extinción (aprobación de la gestión por la asamblea y ‘quitus’ de responsabilidad conforme art. 275, LGS).

- Las acciones judiciales para exigir la indemnización a los directores incursos en mal desempeño del cargo, se dividen en dos

variantes: a) La acción *social* de responsabilidad para resarcir los daños provocados a la sociedad (la cual, a su vez, se subdivide en acción social “uti universae” y en acción social “uti singuli”, ante la oposición de un accionista de más del 5%); b) La acción *individual* de responsabilidad destinada, como tal, a reparar los menoscabos irrogados al accionista en forma particular.

La *acción social* prevista en el art. 277 LGS desplaza la legitimación que a la sociedad otorga el art. 276 de dicho cuerpo normativo, por cuanto se trata de una única acción que tiene una legitimada principal que es la sociedad, y legitimados subsidiarios, que son sus accionistas; legitimación, esta última, que cobra vigor cuando el ente societario no ejerce la aludida acción dentro del plazo de tres meses allí establecido (art. 277, LGS), y que no puede confundirse en manera alguna con la acción subrogatoria, desde que la acción social subsidiariamente reconocida en cabeza de los accionistas, es una específica acción de fondo con una finalidad diversa de la que tiene aquella (17).

Como es claro, la dinámica propia de la articulación de las acciones de responsabilidad previstas en la LGS deberá cohesionarse —al momento de su efectiva interposición— con las normas de derecho de forma reservadas a cada jurisdicción local.

II.3. El cartabón de la “lealtad y diligencia del buen hombre de negocios”: Eje para la configuración del factor subjetivo de atribución

II.3.a. Abordaje preliminar

Solo desde la equivocada comprensión (por desgracia, harto frecuente) de lo que es la *seguridad jurídica* (18) como valor que juega en la órbita axiológica del Derecho, puede cuestionarse que se haya optado por la fórmula de la *lealtad y diligencia del buen hombre de negocios* para juzgar la responsabilidad que quienes dirigen la vida de las sociedades mercantiles en nuestro país.

Por supuesto, el hecho de que la locución *sub examine* sea especialmente “abierta” no implica —ni podría implicar (a riesgo de subvertir ni más ni menos que el sistema de división de poderes que prevé nuestra Const. Nac.)— que los tribunales puedan dar el contenido que prefieran a este cartabón, sin límite alguno. No. Trasladando lo que Umberto Eco ha dicho, en general, de la interpretación (incluyendo la relativa a la ley) acerca de que no es posible “golpear” al texto de modo que este “flote en el vacío de una gama potencialmente infinita de inter-

pretaciones posibles” (19) y pueda significar “cualquier cosa”, sí es cierto que existe una gama de posibles resultantes del quehacer interpretativo que depende, en buena medida, del sistema de creencias o posicionamiento axiológico [*rectius*: ideología (20)] del magistrado de turno.

De esta suerte, y como es imprescindible —esto sí— mantener dentro de ciertos carriles lógico-racionales la respuesta acerca de lo que significa ser un buen hombre negocios, fuerza es destacar que existen parámetros técnicos que coadyuvan a moldear esta figura arquetípica y que han de estar presentes para cualquier juez, en cualquier tiempo y en cualquier lugar.

Aunque afinados más en el deber global de diligencia —siguiendo a la legislación estadounidense (21) y a la doctrina que, entre nosotros, mejor la ha sistematizado— podemos decir que aquel se patentiza en los siguientes deberes (22):

a. Deber de adquirir conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones asignadas con diligencia y probidad;

b. Deber de gestión y representación persiguiendo los intereses sociales;

c. Deber de informarse adecuadamente previo a la adopción de decisiones sociales e investigar las informaciones que se le suministren;

d. Deber de vigilancia hacia los demás funcionarios sociales.

Cada una de estas exigencias, a su vez, tiene como contenido, *elementos contingentes* y *elementos absolutos* (en el sentido de ser inermes al cambio de concepciones que ineluctablemente traen aparejados los cambios de época). ¿Cuánto de *contingente* y cuánto de *absoluto*? Quizás, en este punto, sea preferible callar (23).

II.3.b. Lo inexorable de regular la culpabilidad de los administradores societarios por medio de “cláusulas abiertas”

La variedad de conductas que pueden implicar negligencia o imprudencia al momento de dirigir sociedades comerciales es infinita e imposable de delimitar, como ya dijimos, en catálogos cerrados. Cualquier tipificación taxativa es fútil; más aún, está destinada a la más absoluta inutilidad. En el mejor de los casos no podría tener sino ambiciones enunciativas. La envergadura de la compañía, la clase de actividad que desarro-

(7) Cfr. VITOLLO, Daniel R., “Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales”, Legis, Buenos Aires, 2007, p. 4.

(8) Uno de los rasgos distintivos de las sociedades anónimas de pequeñas dimensiones —o, más técnicamente, sociedades anónimas “cerradas”— es que, normalmente, todos o una gran mayoría de los socios participan en la gestión o dirección del negocio, sin perjuicio de otras características que también contribuyen a delinear su concepto, tales como: (i) su reducido número de integrantes; (ii) un régimen de constitución y funcionamiento sencillo y nada costoso; (iii) la circunstancia de que los accionistas suelen vivir en la misma área geográfica y conozcan perfectamente sus aptitudes comerciales; (iv) la fuerte limitación a cualquier intento de transmisión de acciones (cfr. RAGAZZI, Guillermo E., “Hacia un nuevo modelo de sociedad anónima, ¿correspondencia entre el modelo legal de la S.A. y la realidad negocial?”, en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Rosario, 2001, p. 544).

(9) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, “El directorio en la sociedad anónima”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 136.

(10) Cfr. RAGAZZI, Guillermo E., “Responsabilidad Social Empresaria”, en *Primeras Jornadas de Derecho Comercial de la Universidad Austral en homenaje al Prof. Doctor Osvaldo Gómez Leo*, Buenos Aires, 13/09/2007.

(11) CARBAJALES, Juan, “Sociedades anónimas bajo

injerencia estatal (SABIE). Una nueva modalidad de empresa pública”, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 11.

(12) Cfr. MARTORELL, Ernesto E., “Sociedades anónimas. Sociedades anónimas unipersonales (SAU). Sociedades por acciones simplificadas (SAS)”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, t. II, ps. 140/155.

(13) Manifestación del Santo Padre, Papa Francisco, en audiencia del 08/03/2019, en el Aula Pablo VI, frente a funcionarios del Tribunal de Cuentas italiano (cit. en www.aleteia.org.com; fasc. digital del 18/03/2019). Para ahondar en el punto, cfr. CIRO BIANCHI, Enrique, “El sueño de Francisco. La *Evangelii Gaudium*”, Paulinas, Buenos Aires, 2014, p. 55 y ss.

(14) Quien, como la realidad lo demuestra con contundencia, está llevando adelante acciones muy valiosas y concretas en la lucha contra la corrupción. No con meras palabras y declamaciones, sino a través de hechos concretos y decididos y, por supuesto, con una valentía y autoridad moral que le da su propia trayectoria (y que pocos pueden exhibir) (cfr. TORI, Manuel, 05/10/2020, “El Papa Francisco, un ‘terremoto’ contra la corrupción dentro del Vaticano”, www.publico.es, 05/10/2020; “El papa Francisco aprobó medidas contra la corrupción y prohibió a directivos del Vaticano invertir en paraísos fiscales”, www.infobae.com.ar, 29/04/2021).

(15) Cfr. TALIERCIO, Christian A., “Responsabilidad del administrador societario”, DSYC, diciembre 2020, p. 1357.

(16) Para las diferencias entre el régimen de responsabilidad de los administradores de SRL y los directores de sociedades anónimas, cfr. MORO, Emilio F., “Tratado de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 571.

(17) Cfr. CNCom, sala C, “Paz Herrera, Ricardo Adrián c/ Brufau, Niubo Antonio y otros s/ Ordinario”, 20/10/2016, RSYC, Año 18, 2017-1, p. 269.

(18) Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R., “La seguridad jurídica”, RDCO, año 31, 1998, p. 206. Y es que, ciertamente, como bien se pone de relieve en este trabajo, la noción de “seguridad jurídica” admite ser considerada como “recorte” de la Justicia. En cualquier caso, huelga remarcar que esta pugna entre Justicia y Seguridad (y de los institutos que nacen al calor de cada valor), no puede eludir, como dato a tener en cuenta, el influjo de los cambios sociales. Así, en relación a la Seguridad jurídica, no se debe concluir en que ella equivale a “inmovilismo” dado que “una estabilidad basada en la inmovilidad no es verdadera estabilidad, pues lleva aquí ínsito el germen de su ineficacia o incumplimiento. Cuando las leyes no responden a la realidad y son indiferentes a los cambios sociales operados, sería falso mantener su vigencia en aras de la seguridad jurídicas pues la repulsa del cuerpo social o el incumplimiento tolerado supondrían una quiebra de la legalidad, que es lo mismo que inseguridad” (*Idem*, p. 210).

(19) ECO, Umberto, “Interpretación y sobreinterpretación”, Cambridge University Press, Madrid, 1997, p. 51.

(20) Por supuesto que no vamos a adentrarnos en detalle en esta tan profunda problemática. Tan solo diremos aquí que la utilización del término “ideología”, alude exactamente a lo dicho *ut supra*: sistema de creencias, cosmovisión, posicionamiento axiológico en cuanto a la vivencia de los distintos valores jurídicos (v. gr., justicia, seguridad jurídica, orden, etc.), y no, obviamente, la acepción “política” o “partidaria” con que suele utilizarse la voz “ideología”.

(21) Centralmente, la *Revised Model Business Corporation Act*, Section 8.30, suerte de compendio de normas y directivas para todos los Estados miembros en material societaria en los EE.UU. Para mayor información al respecto, cfr. www.americanbar.org/groups/business_law.html.

(22) Cfr. DOBSON, Juan I., “Interés societario”, Astrea, Buenos Aires, 2010, ps. 99 y 100.

(23) Aunque es obvio, aclaramos para el lector prevenido que con esta expresión no queremos significar que nada pueda ser dicho en la materia con rigor científico; sí queremos decir que la complejidad del tópico obliga a tratar de pisar “a pie firme” y evitar caer en “frases dogmáticas” o “latiguillos” cuya autoridad solo proviene de la repetición mecánica a lo largo del tiempo.

lle, la época en la que nos ubiquemos, y un largo etcétera que no viene a cuento enumerar, son algunas de las variables que tornan inviable cualquier intento en ese sentido.

Así las cosas, el parámetro de la “lealtad y diligencia del buen hombre de negocios” aunque “vago, si se quiere, se justifica en la propia y etérea naturaleza de las conductas que, en punto a su responsabilidad, los administradores deben satisfacer” (24).

De esta suerte, no puede extrañar que el acogimiento de esta fórmula por los legisladores que concibieron la LSC en 1972, haya sido recibida con beneplácito en su momento y siga ponderándose como una técnica sabia y acertada en aras de regular la culpabilidad de los administradores societarios (25).

Sin perjuicio de que este modo de abordaje normativo —a través de “cláusulas abiertas” (por decirlo en forma sencilla)— es cada vez más frecuente en nuestro tiempo (26), lo cierto es que, en el campo de la administración societaria, no parece haber otra modalidad más atinada o coherente (27).

Desde ya digamos que el *standard* del art. 59 LSC solo implica un margen de discrecionalidad mayor para el juez, pero en modo alguno se enanca —como equivocadamente suele creerse— en un contexto (el sistema jurídico) donde el resto de los conceptos tiene una directa correlación con la materia fáctica que pretende regularse, encontrándose exento de dificultades interpretativas. Si es cierto que existe una “indeterminación constitutiva” del Derecho *solo resta preguntarse, en cada área del ordenamiento, cuál es el “quantum de discrecionalidad” que la ley deja en manos del juez en cada caso concreto* (28), lo cual, no debe causar escorzo pues, de la misma forma que otros conceptos de similar talante (“orden público”, “moral y buenas costumbres”, etc.) siempre la decisión judicial (o administrativa, en su caso) habrá de sujetarse al *test* de razonabilidad y no podrá ser nunca arbitraria, a riesgo de ser, en dicha eventualidad, inconstitucional.

II.3.c. Un *standard* funcional a la asunción de riesgos en la actividad comercial

Hemos dicho antes que es ingenuo soslayar el influjo que los *intereses* vigentes en

una comunidad tienen al momento de aplicar, interpretar o integrar la ley. La decisión de regular a través de cláusulas abiertas la actuación de quienes dirigen las sociedades comerciales —que, como “estructura de recepción” (29) de la empresa que son, son el sujeto central de la actividad mercantil de un país— es, también, una muestra de inocultable vinculación entre *infraestructura* y *superestructura* (30) (para utilizar una terminología cara al *materialismo histórico*).

Por el contrario, emplear esta técnica —y no otra— ensancha el campo de posibilidades a disposición de los administradores societarios (31) y evita poner sobre sus espaldas una “espada de Damocles” antes de adoptar las decisiones de gestión operativa que están a su cargo. En el contorno ideológico capitalista que circunda nuestro ordenamiento es deseable que quienes están a cargo de sociedades mercantiles *asuman riesgos a diario* en pos de maximizar sus ganancias y, en esa lógica, incongruente sería regular su responsabilidad de un modo que obstruya este *desideratum*.

Como se ha dicho en el seno del sistema español, el cartabón del “ordenado empresario” que contempla su LSA (art. 127.1) para abordar esta temática, “implica el reconocimiento de un ‘margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión’ de los administradores en posiciones directivas” (32) de modo tal que “los Tribunales no pueden realizar un juicio de oportunidad que sustituya el criterio de los administradores y busque, *a posteriori*, ‘la decisión correcta’, sino que su función consiste en valorar si se ha traspasado el margen de discrecionalidad, adoptando una medida no razonable dadas las circunstancias del caso y, por tanto, infringiendo el deber de administrar con diligencia” (33).

Es plausible que así sea. *Sin asunción de riesgos no hay, en verdad, actividad empresarial que sustente un capitalismo genuino*, estimulante de la competencia y facilitador de la inversión (34).

De esta manera, a la razón de técnica legislativa referida en el acápite anterior acerca del acierto de contemplar la responsabilidad de los administradores societarios a través de la fórmula de la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, se agrega la aquí detallada.

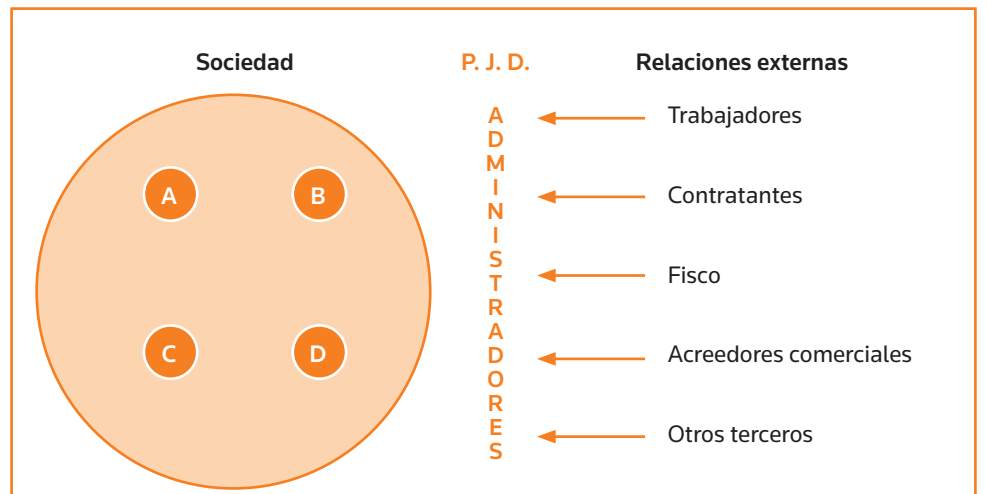
II.3.c. Proyección hacia las relaciones intrasubjetivas e intersubjetivas

La obligación de conducirse con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios tiene virtualidad no solo en el seno de las relaciones internas o intrasubjetivas sino también en derredor a las relaciones intersubjetivas o externas del ente societario (35).

Ello explica que la invocación de una actuación reñida con el cartabón del art. 59 LSC pueda ser realizada tanto por la socie-

dad (vía la acción social *uti universae* o *uti singuli*) y los socios como por terceros (por vía de la acción individual del art. 279 LSC) que tengan interés legítimo en su pretensión de verse reparados en algún daño que se les haya causado (v. gr., acreedores, trabajadores, el Estado, etc.). Recuérdese que los administradores, a diferencia de los socios, se posicionan en las relaciones externas del ente societario *sobre* la línea de la personalidad jurídica diferenciada y no *detrás* de ella (caso contrario, no tendría explicación la existencia misma de la acción individual de responsabilidad ejercida por terceros).

Gráfico 1



No es (ni podría ser un buen hombre de negocios) un administrador cuya exitosa gestión mercantil “puertas adentro” (v. gr., logrando importantes utilidades al cierre de cada ejercicio que luego se distribuyen como dividendos a los socios) provenga de evasiones impositivas, catástrofes ambientales, incumplimientos laborales y/o cualquier otra irregularidad o transgresión a la ley (36).

Por otra parte, bien se ha apuntado (37) que, ya sea en el seno de relaciones internas o externas, *existen ciertas acciones donde la culpa en la actuación de los administradores es casi el único extremo a acreditar*; por ejemplo, en la acción de remoción [con causa (38)], donde a la acreditación de una actuación negligente (reñida con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios) solo se agrega la demostración del incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias (antijuridicidad).

Finalmente, es de destacar que tanto en las relaciones intrasubjetivas como en las intersubjetivas la fórmula del “buen hombre de negocios” como referencia para imputar culpabilidad se encuentra presente —no solo en Derecho societario— sino en todas las disciplinas jurídicas que “rozan” la actuación ilegal de los administradores societarios (v. gr., Derecho penal, laboral, fiscal, etc.) (39).

II.3.e. Diferenciando conceptos: La “lealtad” y “diligencia” como parámetros incluso de diferentes exigencias de conducta

Si bien la vara que suele emplearse para medir la culpabilidad de los administradores es, genéricamente hablando, la ya mencionada fórmula del art. 59 de la LSC, conviene, por razones de rigurosidad, diferen-

(24) BALBÍN, Sebastián, “Acción social de responsabilidad contra el directorio”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 24.

(25) Cfr. ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada”, La Ley, t. IV, ps. 880 y 881.

(26) Cfr. GALDÓS, Jorge y otro, “La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la suprema corte bonaerense”, *Revista de Derecho de Daños* (La Culpa-I), 2009-1, p. 161.

(27) Contr. GEBHARDT, Marcelo, “Propuestas de modificaciones en el sistema del gobierno corporativo de las sociedades”, en *Jornadas de Derecho Económico Empresarial. En homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegria*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 105/111. Se denuncia en este trabajo la “insuficiencia” *standard* básico del art. 59 LSC, proponiéndose la elaboración de un catálogo de deberes fiduciarios a cargo de los administradores cuyo incumplimiento dispara su responsabilidad y para cuya redacción se estima viable trasladar a todas las sociedades comerciales la regulación contenida en su momento en la ley 17.811, y luego, sucesivamente, en el dec. 677/2001 y en la actual Ley de mercado de capitales 26.831 para sociedades cotizantes.

(28) Cfr. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “El Derecho y el quehacer de los juristas”, LA LEY, 2012-B-1150.

(29) PAILLUSSEAU, Jean, “La modernización de las sociedades comerciales”, LA LEY, 1997-B-1411.

(30) Cfr. SORIANO, Ramón, “Sociología del Derecho”, Ariel, Barcelona, 1997, ps. 78 y 79.

(31) Cfr. BALBÍN, ob. cit., p. 21.

(32) MARIN DE LA BARCENA, Fernando, “La acción individual de responsabilidad frente a los administra-

dores de sociedades de capital”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 176.

(33) ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Comentario a los artículos 12, 13 y 14”, en PAU PEDRÓN, A, (dir.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 238. Por otra parte, siempre el límite de la ley —en sentido amplio (esto es, no solo comprensiva de la normativa societaria)— y el estatuto estará presente para cualquier decisión directiva que se adopte en una sociedad mercantil. El punto es, en España como entre nosotros (y, en general, en los países del orbe occidental), cuando, no habiendo otra violación a la legislación de por medio, puede decirse que la única existente estriba en haber actuado sin la diligencia de un “ordenado empresario” (art. 127.1, LSA) o de un “buen hombre de negocios” (art. 59, LSC).

(34) Por ello, justamente, en los sistemas comunistas (v. gr., la Unión Soviética, la China bajo Mao Zedong, etc.), ni siquiera existía algo parecido a una legislación relativa a las sociedades anónimas y a la limitación de responsabilidad al aporte, ni tampoco una ley de sociedades comerciales. “In the socialist period, there were no commercial companies; instead, there were state enterprises which were solely owned by the state. In place of company law, there was the Law on State Enterprises which was part of Administrative law (...) Under a system in which means of production was to be solely owned by the state, it was an anathema to socialism to allow ‘accumulation of private capital’. Even small private entrepreneurial activities were banned under the threat of criminal penalties. It was only in 1988 that a limited scope of private entrepreneurial activity was legalised” (cfr. HIROSHI ODA, “Russian Commercial Law”, Kluwer

Law International, Amsterdam, 2002, p. 84). “Soon after the establishment of the People’s Republic in 1949, the private sector began to be regarded as an evil in China. No private enterprise was allowed during the long period of leftist domination between the late 1950s and the late 1970s. After China started its economic reform program in 1978, private enterprises began to emerge and gather strength” (cfr. GUIGUO WANG, “Business Law of China. Cases, Texts and Commentary”, Butterworths, Kuala Lumpur, 1993, p. 161).

(35) Conviene reiterar que las relaciones intersubjetivas se definen como los actos celebrados por la sociedad con terceros y las relaciones intrasubjetivas como los actos perfeccionados en el seno mismo de la estructura, entre la sociedad y sus integrantes o funcionarios (cfr. MANÓVIL, Rafael M., “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, en *Derecho Societario y de la Empresa. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, V Congreso de Derecho Societario, Advocatus, Córdoba, 1992, t. II, p. 305; GAGLIARDO, Mariano, “Administración y representación de sociedades comerciales”, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 5).

(36) Cfr. FERRER, Germán L., “Responsabilidad de los administradores societarios”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 99. “No es el ‘mejor hombre de negocios’ aquel que produce la mayor utilidad para la sociedad. Desde luego que la obtención de utilidades es un parámetro a tener en cuenta para evaluar la conducta del administrador, pero eso deberá ser coordinado con los medios que utilicen a tal fin. Si la sociedad obtiene grandes utilidades en base a la violación de la ley, a la evasión de impuestos,

el incumplimiento de obligaciones laborales, el engaño a los consumidores, etc., evidentemente este no será un ‘buen hombre de negocios’. El concepto involucra no solo el resultado económico de la sociedad, sino también incluye la satisfacción de la totalidad de los intereses que se encuentran en juego en la dinámica societaria” (la bastardilla es nuestra).

(37) Cfr. NISSEN, Ricardo A., “Panorama actual del derecho societario”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 323. Para ahondar en la materia, cfr. RODRIGUEZ, Fidel C., “Sociedad de responsabilidad limitada: algunas cuestiones vinculadas a la gerencia. Remoción”, JA 2000-II-1010.

(38) Está acción, aunque no está regulada expresamente (como sí sucede con la remoción “sin causa” del art. 265 LSC), sin dudas que se extrae de una interpretación armónica de la normativa societaria. “Como surge del art. 257 de la ley 19.550, el legislador ha permitido la posibilidad de remover a los directores de la sociedad anónima sin necesidad de invocación de causa (remoción ad nutum), para dejar las manos libres a la asamblea de accionistas a los fines de modificar la composición del directorio cuantas veces lo crea necesario. Por ese fundamento la remoción sin causa, o revocación, como lo llama el art. 256 de la ley 19.550 es mecanismo expresamente autorizado para la asamblea de accionistas como facultad exclusiva del órgano de gobierno de la sociedad (art. 234, ley 19.550), y no es otorgado a los accionistas a título particular” (NISSEN, Ricardo A., ob. cit., p. 324).

(39) Ello se observa con claridad a poco que se analiza el compendio de casos jurisprudenciales donde se analiza la culpa de los administradores societarios a la luz del cartabón del art. 59 de la LSC y donde obran precedentes tanto del fuero penal como laboral, tributario, etc.

ciar el deber de lealtad (*duty of loyalty*) del deber de diligencia (*duty of care*).

El primero tiene como norte evitar que los administradores —por muy diligentes que puedan ser— obtengan beneficios a expensas de la sociedad a través de la concreción de actos en los que está presente un conflicto entre el interés de estos y el de la sociedad. El segundo prescribe que los administradores desarrollen las prestaciones a su cargo con la idoneidad, capacidad y eficiencia que exige el cargo en pos del más óptimo desenvolvimiento de los negocios sociales y cumplimiento del objeto social (40).

Por lo demás, mientras el deber de diligencia supone, eminentemente, *prestaciones de hacer* el deber de lealtad trasunta, esencialmente, *prestaciones de no hacer* (v. gr., no llevar a cabo actos en competencia, abstenerse de votar cuando existe conflicto de intereses, etc.). Ello importa que, por lo general, el “disparador” de una acción de responsabilidad por violación al *deber de diligencia* consista en una *omisión* (41) reprochable (v. gr., no haber llevado los libros societarios en legal forma, no haberse informado debidamente al adoptar una decisión, no haber capitalizado adecuadamente a la sociedad previo a un contexto de insolvencia, etc.) mientras que en el caso de transgresión al deber de lealtad nos enfrentemos —la mayor parte de las veces— a un accionar positivo.

Por otra parte, mientras el deber de diligencia es *eminentemente colectivo* —al menos en los tipos societarios donde su órgano de administración (como sucede con las sociedades anónimas) funciona de modo orgánico, o en los que, no siéndolo, funcionan de ese modo por voluntad estatutaria (v. gr., SRL con gerencia colegiada)— el deber de lealtad es de carácter *individual* (42).

En cualquier caso, no por nada la LSC incluye bajo la égida de una misma norma (art. 59) estos deberes. No cabe, entonces, exagerar las diferencias. Ambos deberes generales se orientan hacia la evitación de la producción de conflictos de intereses siendo

que, ante cualquier colisión entre el interés de los administradores y el de la sociedad, debe prevalecer siempre el de esta última, resultando prístino que el contenido común de estos dos deberes consiste en la obligación de perseguir, ante cualquier hipótesis, exclusivamente, el interés social (43).

Por ello es que, bien que se mire, en toda falta al deber de lealtad subyace una falta de diligencia y viceversa.

II.4. Trascendencia para la actividad empresarial

La incidencia de que la actuación de los directores de sociedades anónimas —como tipo societario que, junto con las SRL y las SAS, representa la forma jurídica predilecta por los comerciantes y emprendedores argentinos— sea acorde al tipo ideal de un “buen hombre de negocios”, contrariamente a lo que muchos suelen pensar, coadyuva a la optimización y más eficiente asignación de recursos en el mercado.

De allí, pues, que no pueda sorprender que, al menos en el orbe occidental, se prevean dispositivos de diferente talante en cuanto al tipo de conducta receptada como mal desempeño del cargo.

El art. 225-251 del Código de Comercio de Francia —y la jurisprudencia dictada al calor de este texto legal— prevé que la responsabilidad de los administradores está comprometida en caso de infracción a disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, así como por violación al estatuto o faltas cometidas durante la gestión, siendo que muchos supuestos de hecho, dentro de ese marco, está representados por *omisiones* culpables de los directores (44). En la misma dirección general se orienta la normativa concursal gala (45), en contextos, claro está, de cesación de pagos.

En los EE.UU. la eximición de responsabilidad que supone la conocida regla de la *business judgment rule* —receptada en algunas legislaciones estatales de manera

expresa y en otras no, pero, en cualquier caso, aplicable (en mayor o menor medida) a todo el Derecho societario estadounidense, con la finalidad de permitir la asunción de riesgos en las compañías (46)— *cede ante situaciones de mala fe, irracionalidad en la adopción de decisiones en el directorio o conflictos de intereses* (47).

Estas últimas hipótesis, justamente, bien que se mire, reflejan que, aún al amparo de la *business judgment rule* —y del lógico incentivo que esta inveterada regla de derecho anglosajón trasunta para la adopción de decisiones empresariales— *existe un umbral que no es posible traspasar* y respecto al cual la jurisprudencia pone el acento en la trascendencia ética de la actividad empresarial para la vida en comunidad y que, como tal, no es posible perforar (48).

Por ello, justamente, y amén de que —por supuesto— la *business judgment rule* otorga una importante protección a los directores y de alguna forma los “inmuniza” contra posibles reclamos resarcitorios, todo ello es así en tanto las decisiones de los administradores hayan sido adoptadas siguiendo ciertos procedimientos legales, de buena fe y apegados al “deber de cuidado” —*duty of care* (suerte de equivalente a nuestro “deber de diligencia” del art. 59 LGS) (49)—, parámetro de indudable talante ético que —como limitativo de la incidencia protectoria de la *business judgment rule*— ha sido hasta incluso puesto de relieve por la Corte Suprema de Delaware (50), jurisdicción donde, como es sabido, prima el criterio más flexible en esta temática (y cuyo seguimiento representaría, para algunos, una suerte de “solución mágica” para los endémicos y recurrentes obstáculos a la actividad privada en nuestro país).

En el Derecho italiano, a su turno, se ha puesto el acento en la posibilidad incluso de que los acreedores sociales, en aras de una profundización del principio de reparación integral de daños, a través de una acción que —amén lo sostenido por alguna doctrina— no cabe calificar como subrogatoria, ante la insuficiencia

del patrimonio societario y el mal desempeño del cargo de los administradores, puedan lograr, igualmente, la satisfacción de su interés y prosperar en dicha acción (51) (lo que, de suyo, bien puede verse como una atenuación de la impermeabilidad patrimonial propia de toda sociedad de capital).

Ni más ni menos que el Máximo Tribunal de España ha tenido oportunidad de señalar, en derredor al art. 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y la referencia allí contenida a que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”, que “aun cuando es cierto que los Tribunales han de proceder con moderación y cautela procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o los Estatutos a los administradores de la Sociedad, ello se entiende sin perjuicio de que con plena libertad de actuación, siempre ajustada a derecho, el juzgador pueda y deba revisar los acuerdos del órgano de administración, y determinar las responsabilidades derivadas, si el proceso ofrece demostración suficiente de haberse causado lesión a la sociedad en beneficio de algún socio” (52).

Emplazándonos más cerca en la geografía, en Brasil, todo director que haya obrado con dolo o culpa, viole la ley o el estatuto (art. 159, Ley 6.404/76), causando daños a terceros, la sociedad o sus socios, podrá ser responsabilizado por mal desempeño del cargo, *hasta incluso con inversión —en muchos casos— de la carga de la prueba de la culpa* (53) (con lo que eso significa, obviamente, en términos de viabilidad de cualquier acción resarcitoria).

Para quienes pretenden entre nosotros, así entonces, generar una suerte de “ecosistema jurídico-cultural” donde la actividad directorial-societaria debiera gozar de una suerte de “*bill* de indemnidad” y deba permanecer, por ejemplo, ajena a mecanismos de prevención de daños afincados en el art. 1710, ss. y concs., del Cód. Civ. y Com. o de sanción de eventos lesivos a través de la responsabilidad civil —como si esta fuera la única manera de estimular el tan necesario e indispensable desarrollo de la actividad

(40) En jurisprudencia, “la diligencia de un buen hombre de negocios intenta reflejar los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar funciones; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta identidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad, que se evaluarían atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar y su omisión los hará responsables por los daños y perjuicios. El deber de lealtad de los administradores societarios consiste en la prohibición para el administrador de dar preferencia a sus intereses en oposición con los de la sociedad, cuya raíz finca en el deber de fidelidad al mandatario (art. 1908, Cód. Civil) y en el de la buena fe contractual (art. 1198, Cód. Civil)” (CNCom, sala B, “Siempre S.A. c/ Rao, Francisco”, 22/09/2006, R5yC, nro. 41, p. 222).

(41) La omisión no se identifica con un mero comportamiento pasivo del agente siendo necesario que la conducta que se omite sea una acción esperada, en cuanto suponga la preexistencia de un deber normativo de obrar en determinado sentido (cfr. LOPEZ HERRERA, Edgardo, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 216). Así entonces, bien puede decirse que la responsabilidad por “conducta prescindente o inerte” (PARELLADA, Carlos A., “Causalidad y actos omisivos [o conducta inerte]”, Revista de Derecho de Daños [Relación de causalidad en la responsabilidad civil], 2003-2, agosto de 2003, p. 103) tiene lugar —en general y también, por supuesto, para los administradores societarios— cuando se configura alguna abstención o inacción culminante en la no-realización de alguna actividad —dirigida al cumplimiento de sus fines primordiales— y a la cual el autor se encontraba obligado mediante una disposición legal estipulada en forma expresa o implícita. Digamos por último que, como en todo accionar omisivo, existen complejidades probatorias inocultables al momento de abordar el nexo causal. Como agudamente se ha destacado, “a las dificultades probatorias que presenta de suyo el problema de la causación, se añaden en este caso los reparos que algunos juristas han formulado acerca de la posibilidad de adscribir efec-

tos causales a los actos omisivos. Tal planteamiento, expuesto especialmente por la doctrina germánica, parte de la base de que los hechos negativos no tienen per se aptitud para modificar la realidad exterior: *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada resulta)” (GOLDEMBERG, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 155).

(42) Cfr. BALBÍN, Sebastián, ob. cit., ps. 23/25. El distingo se apoya en el carácter orgánico que asume la responsabilidad de los administradores societarios en aquellos tipos societarios que, como la sociedad anónima, presuponen actuación colegiada ante cada decisión y donde para eximirse de responsabilidad la LSC prevé canales específicos al administrador disconforme (v. gr., art. 275, LSC). Por ello esta diferenciación no tiene anclaje en aquellos tipos societarios (por antonomasia, las personalistas) donde la función de administración no se despliega de este modo.

(43) Cfr. DOBSON, Juan I., ob. cit., p. 95.

(44) Cfr. COZIAN, Maurice - VIANDIER, Alan - DEBOISSY, Florence, “Droit des sociétés”, Litec, Paris, 2007, p. 280. “L’article L. 225-251 du Code de Commerce prévoit que la responsabilité des dirigeants (administrateurs, directeur général et directeurs généraux délégués) est engagée en cas d’infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA, de violation des *status* ou de fautes commises dans leur gestion. Aux administrateurs on reproche le plus souvent leur absentéisme et leur indifférence à la marche des affaires; une de leurs missions consiste, en effet, à surveiller l’action du directeur général; s’ils ne tirent pas à la sonnette d’alarme, ils peuvent être rendus responsables des suites de déraillement. Les administrateurs pèchent plutôt par abstention”.

(45) Para el tema, en general, cfr. LE CORRE, Pierre-Michel, LE GALL, Jean-Pierre, “Droit des entreprises en difficulté”, Dalloz, Paris, 2003, p. 78 y ss.

(46) Cfr. PALMITER, Alan R., “Corporations”, Aspen Publishers, New York, 2006, p. 205. “The business judgment rule presumption has been justified on different grounds: a) Encourages risk-taking: Shareholders expect

the board to take business risks —the adage ‘nothing ventured, nothing gained’ is at the core of why shareholders invest. Without the business judgment rule, directors might exercise moribund caution. b) Avoids judicial meddling: Judges are not business experts. Further, derivative suit plaintiffs (and their lawyers) have incentives that may be at odds with the interests of the corporation and the body of shareholders. c) Encourages directors to serve: Business persons detest liability exposure. The business judgment rule encourages qualified persons to become directors and take business risks without fear of being judged in hindsight”.

(47) Cfr. BALOUZIEH, John M. B., “Las sociedades mercantiles estadounidenses”, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 91. “El incumplimiento del deber de diligencia de un administrador o directivo constituye un acto de negligencia que conlleva la responsabilidad personal y la inaplicación de la *business judgment rule*. Tal incumplimiento puede ser debido a: (i) falta de buena fe o investigación razonable; (ii) actos ilícitos que carecen de diligencia; (iii) incumplimiento de la obligación de establecer una supervisión; o (iv) actos que implican un conflicto de interés”. En el mismo sentido, cfr. EMANUEL, Steven L., “Corporations”, Aspen Publishers, New York, 2005, p. 175.

(48) Cfr. EISENBERG, Melvin A., “High Court Case Summaries. Corporations”, Thomson-West, Nueva York, 2006, p. 135. “The business judgment rule prevents judicial intervention in corporate affairs absent self-interest or bad faith”.

(49) Cfr. KLEIN, William A. - COFFEE, John C., “Business Organization and Finance. Legal and Economic Principles”, Foundation Press, New York, 2007, p. 157. “In the majority of jurisdictions, however, the relationship between the duty of care and the care and the business judgment rule is required a further inquiry and thus becomes more complex. Under the majority formulation, any business judgment rule is immune from judicial review only if the directors first followed adequate procedures in reaching it. In effect, there is a procedural precondition to the rule’s application, which immunizes only those decisions with respect to which the

directors first exercised due care and adequately informed themselves under the circumstances”.

(50) Supreme Court, Delaware (Del. Supr. 2000), 2000, “Brehm v. Eisner”, 746 A.2d 244, 264; cit. en. O’KELLY, Charles - THOMPSON, Robert B., “Corporations and other business associations”, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 287. “Courts do not measure, weigh or quantify directors’ judgments. We do not even decide if they are reasonable in this context. Due care in the decision making context is process due care only. Irrationality is the outer limit of the business judgment rule. Irrationality may be the functional equivalent of the waste test or it may tend to show that the decision is not made in good faith, which is a key ingredient of the business judgment rule”.

(51) Cfr. CAMPOBASSO, Gian Franco, “Manuale di Diritto Commerciale”, UTET Giuridica, Milano, 2017, p. 255. “Oltre que nei confronti della società, gli amministratori sono responsabili anche verso i creditori sociali (art. 2394). Diversi sono, però i presupposti di questa azione, rimasta immutata con la riforma del 2003. Infatti: a) gli amministratori sono responsabili verso i creditori sociali solo ‘per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale’; b) l’azione può essere proposta dai creditori solo quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. Un danno per i creditori infatti non sussiste fin quando il patrimonio sociale è capiente”.

(52) Tribunal Supremo, España, STS 404/03/2002, rec. 2825/1996; cit. en. MARÍN CASTÁN, Francisco, “Sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada”, La Ley (Wolters Kluwer), Madrid, 2007, ps. 574 y 575.

(53) Cfr. TOMAZZETTE, Marlon, “Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário”, Vol. 1, Atlas, São Paulo, 2013. “Quando o administrador extrapola seus poderes, violando a lei ou o estatuto, presume-se juris tantum a existência de culpa. A responsabilidade nesses casos é sempre subjetiva, todavia, com a inversão do ônus da prova, isto é, admite-se que o administrador comprove que não agiu com dolo ou culpa”.

privada en nuestro país (54)—, sería bueno, al menos, y sin perjuicio de que el examen de Derecho comparado que acabamos de realizar es harto sucinto (55)—y un mayor despliegue excede los límites de este trabajo (56)— que *no es ese el temperamento predominante en muchos países importantes de Occidente* (de cuyo estímulo a la iniciativa privada no puede dudarse), ni tampoco el que se compadece con valores que —como comunidad— es necesario estimular y fortalecer (57).

III. La aplicación del Código Civil y Comercial (en su medida) al desempeño de los directores de sociedades anónimas

Somos conscientes de que no debiera ser necesario desarrollar en un acápite separado la razón de ser que explica que el Código Civil y Comercial, en su medida, devenga aplicable a la dinámica interna del funcionamiento de las personas jurídicas privadas, incluyéndose en tal categoría, como es claro, a las sociedades anónimas y sus administradores. Empero, los cuestionamientos que, en la materia, ha exteriorizado cierto sector doctrinario (58), tornan menester hacerlo.

El art. 150 del Cód. Civ. y Com., como es sabido, establece: “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”.

Como bien lo ha sostenido Saux —cuya enorme autoridad en la materia sería insólito controvertir—, se trata esta de una “disposición novedosa pero destacable” (59), “elogable” (60), con fuente en el art. 146 del Proyecto de Código Civil de 1998, y que viene a colocar al operador jurídico, “puesto en la labor de discernir bajo qué reglas la persona jurídica privada bajo consideración debe desenvolverse, tiene una escala secuencial de fuentes: ante todo, las normas imperativas del propio Código o de las leyes especiales; en segundo lugar, las normas estatutarias (...) y, si estas nada dijeran con relación al tema a esclarecer, las normas supletorias o interpretativas también del mismo Código o de leyes especiales” (61).

Los diferentes cuerpos legales mencionados en esta disposición contienen normas *dispositivas* e *imperativas*. Sin perjuicio de ello, lo que es claro es que, de la li-

teralidad de la disposición legal de marras, se concluye que: Se aplican a las personas jurídicas privadas que se constituyen en el país, las normas imperativas que establecen las leyes especiales (tales como la LGS o la ley de mutuales, etc.), y que, ante la falta de tales cuerpos, *se aplican las normas contenidas en el Código Civil y Comercial* (62).

Por supuesto, el orden de prevalencia estatuido en esta norma deja aclarado que las nuevas disposiciones generales del Código Civil y Comercial no pueden ser consideradas como teniendo el efecto de abrogar tácitamente normas contenidas en leyes especiales, de modo que salvo las derogaciones expresas que se formulan en la parte pertinente del mismo, quedan subsistentes todas las disposiciones aplicables a las diversas personas jurídicas privadas (entre ellas, obviamente, las sociedades anónimas), con excepción de las asociaciones civiles y fundaciones, que sí están reguladas específicamente en el propio Código (63).

Dicho esto, nos preguntamos: ¿A qué parte, a qué segmento o a qué norma de la LGS se contraponen esta nueva conceptualización que —respecto del dolo como factor de imputación— trae el Código Civil y Comercial? La respuesta es clara y contundente: *A ninguna. Y si ello es así, sin ánimo de caer en conclusiones simplistas —a las que no somos ni nunca hemos sido afechos—, no vemos cómo puede decirse que el actual art. 1724 Cód. Civ. y Com. no se aplica a la regulación de la responsabilidad de los directores anónimas, más aún cuando se trata de una norma indudablemente imperativa pues no es admisible que, por autonomía privada, las partes dejen fuera del radio de aplicación a una relación jurídica la responsabilidad por dolo* (art. 1743, Cód. Civ. y Com.).

La nueva normativa, así entonces, del Código Civil y Comercial, que, “de forma muy conveniente” (64), contempla en el art. 1724 como factor de atribución al dolo eventual, tiene incidencia en múltiples áreas, tales como en la acción concursal de responsabilidad prevista en el art. 173 LCQ, al haberse dejado de lado la noción de dolo contemplada en el art. 1072 del viejo Código Civil. A partir de esta modificación, es que la jurisprudencia tiene el marco legal para abarcar conductas dañosas que quizás, otrora, hubieran permanecido impunes y hasta tal vez, antes del año 2015, podrían haberse considerado “algo no doloso”, permitiendo, ahora, verbigracia, la operatividad del régimen de responsabilidad concursal (65).

de negocios”, La Rocca, Buenos Aires, 2013, ps. 429/447.

(57) Cfr. MARTORELL, Ernesto E., “Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 14. “Si pretendemos superar el estado de inmoralidad y crisis colectiva que afecta hoy a la República Argentina, debemos abandonar las abstracciones —tan apreciadas por los que violan la ley— y hacer hincapié en aquello de que las sociedades no son más que un ‘mero recurso técnico’, que crea ‘una especie de privilegio derogatorio del régimen de derecho común’. Pero ‘ultrapasadas las condiciones de uso’, se debe tener por diluida toda posible visión ‘transpersonalista’ de la sociedad y responsabilidad directamente a los administradores y socios que la han utilizado para delinquir”.

(58) Cfr. ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, LA LEY, 2016-F, 515.

(59) SAUX, Edgardo I., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 567.

(60) *Ibidem*, p. 569.

(61) *Ibidem*

(62) Cfr. TOBIÁS, José, “Comentario al art. 150”, en ALTERINI, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 1062.

(63) Cfr. ALONSO, Juan Ignacio, GIATTI, Gustavo Gabriel, “Comentario al art. 150”, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 412.

IV. El impacto del dolo eventual en la actuación conforme la “lealtad y diligencia” de un buen hombre de negocios (art. 59, LGS) que ha de asumir todo director de una sociedad anónima

La actuación antijurídica y dañosa de quienes invisten la función de administrar sociedades anónimas —acreditada que haya sido su existencia— puede ir enlazada, en lo que hace a las específicas acciones de responsabilidad que puedan haberse incoado, al factor de atribución subjetivo del “dolo” que venimos de mencionar y que, obviamente, debe cohonestarse —en su abordaje— con la regulación del Código Civil y Comercial.

Apareciendo muchas veces de una evidencia incontestable la antijuridicidad, el daño resarcible y el nexo de causalidad en la conducta de los administradores sindicados de responsables, resta, muchas veces, abordar —singularizadamente— el factor de imputación subjetivo específico que exigen normativas puntuales que, como la LCQ en su art. 173, fijan al “dolo” como requisito de inexorable acreditación.

Recordemos que conforme el actual art. 1724 del Código Civil y Comercial el dolo “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Ello ha implicado, como ya lo hemos dicho, una *flexibilización del concepto clásico de dolo* que —como factor de atribución— traía el Código de Vélez Sarsfield en cuanto a que, ahora, abarca muchos otros supuestos fácticos además de la “manifiesta intención de dañar” del viejo art. 1072, incluyendo, así las cosas, según venimos señalándolo, *todo evento lesivo achacable a dolo eventual*.

Se han seguido para la redacción de esta norma las enseñanzas que, mucho tiempo antes de la entrada en vigencia del nuevo digesto (2015), vertieran en innumerables oportunidades —entre otros— Mosset Iturraspe y Kemelmajer de Carlucci (esta última, como se sabe, integrante de la Comisión que tuvo a cargo la redacción del nuevo digesto).

Así, en cuanto a la necesidad de esta flexibilización del concepto de dolo, incluyendo allí al “dolo eventual” también —y su consiguiente cercanía y vecindad con la noción de “culpa grave”—, ya señalaba Kemelmajer de Carlucci que “Aunque la culpa grave y el dolo son conceptos teóricamente no asimilables, en los casos prácticos es muy difícil distinguir cuándo el deudor ha incumplido deli-

beradamente de aquellos en que no ha observado la diligencia que cualquier persona hubiese puesto para cumplir la obligación. Desde antiguo los romanos equipararon el dolo o la culpa grave, pues no son diferenciables ante los casos concretos” (66).

Y Mosset Iturraspe, por su parte, ya explicaba que “el dolo, al igual que la culpa, admite graduaciones de las cuales surgen diversas especies: dolo directo, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, destacadas por la doctrina penal y que parece ha olvidado la doctrina civil” (67). Pues bien, ese “olvido” que, en 1998, apuntaba el maestro santafesino, hoy ha dejado de ser tal: La expresión “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los derechos de terceros” incluye en su seno al “dolo eventual” (68).

Ambas elaboraciones, antes de fuente doctrinaria y jurisprudencial (69), hoy ya tienen estatura y envergadura de ley: El Código Civil y Comercial.

Es decir, que el hecho de que una conducta achacable a “dolo eventual” quede hoy incurra, claramente, en el radio de la norma del art. 1724 Cód. Civ. y Com. es tema ya indiscutido y —si se nos permite la expresión— “pasado en autoridad de cosa juzgada a nivel de Derecho positivo” (como lo es el vigente Código Civil y Comercial). Como bien se ha dicho, en el vigente art. 1724 del Cód. Civ. y Com., existe una clara “...flexibilización del concepto en razón del dolo eventual. El dolo eventual es una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos; el dolo intencional, diferentemente, importa una decisión deliberada de ocasionar el daño a la víctima” (70).

Tal flexibilización del concepto de dolo ha sido apuntada, también, por Martorell: “...A partir del 1ro. de agosto de 2015, en el art. 1724 se ha flexibilizado, asimismo —y en forma notoria—, la noción de ‘dolo’. Mientras en el Código de Vélez solo había ‘dolo’ cuando se sabía lo que podía pasar y se actuaba queriendo que eso pasara, exigiéndose la reunión de 2 (dos) elementos para tenerlo por configurado —uno el cognoscitivo, o sea el acto ejecutado ‘a sabiendas’, y otro el volitivo o la intención de dañar—, ahora, en el nuevo Código Civil y Comercial solo se exige la intención. En los hechos, entonces, bastará la previa representación o conocimiento de las consecuencias del acto llevado a cabo con la ‘...manifiesta indiferencia por los intereses ajenos’ enunciada en la norma, habiéndose dado cabida así en el nuevo texto legal al denominado ‘dolo eventual’, que en el Código de Vélez se hallaba excluido” (71).

sino en su correlación con la ilegitimidad del obrar. Ello en tanto la intención de dañar a que refiere el art. 1072 del Cód. Civil no consiste necesariamente en el deseo de dañar, sino en el conocimiento de que se daña, aunque no se desee el resultado, si se sabe que este es consecuencia forzosa de la acción o bien hay indiferencia o desprecio hacia su producción. Así pues, el dolo es una noción más amplia que la de malicia (dolo directo o propósito de perjudicar), pues comprende el dolo indirecto, en que el agente conoce que el perjuicio es un resultado inexorablemente ligado a una conducta emprendida con una finalidad inmediata distinta, e inclusive el dolo eventual, donde se menosprecia la consecuencia dañosa previsible” (voto en disidencia Dra. Matilde Zavala de González). En similar sentido, cfr. CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit., p. 156. “Mientras el Código Civil se refería únicamente al dolo directo (es decir, aquel dirigido a causar un daño, art. 1072), el art. 1724 incorpora también el dolo eventual (la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el perjuicio que puede ocasionar), por la referencia, además de la intencionalidad, a la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (la bastardilla es nuestra).

(70) MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El dolo en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2018-E, 705.

(71) MARTORELL, Ernesto E., “Responsabilidad de los auditores y de las calificadoras de riesgo: ¿Subjetiva u objetiva?”, *Revista de Derecho de Daños*, 2017-2, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 344. Con similar descripción y termi-

(54) Seguimos en esta opinión a Martorell, quien, a su vez, siguiendo a Mosset Iturraspe, señala que “...frente a las posturas economicistas que pretenden neutralizar encubiertamente los abusos corporativos so capa de que ello retraería la inversión por afectar la economía, coincidiendo con Jorge Mosset Iturraspe en que ‘El ‘análisis económico’ debe someterse por el jurista a la crítica axiológica”, y en que ‘...los criterios de eficiencia y maximización de la riqueza son insuficientes’ (MARTORELL, Ernesto E., “Fraudes públicos y privados: defensas comunitarias, corporativas y del socio”, LA LEY 02/09/2020, 1).

(55) Es verdaderamente penoso el espectáculo que —de la misma manera que algunos economistas “mediáticos” (de muy dudosa valía intelectual y que pareciera que “viven” en canales de televisión)— muchas veces se observa también, en ciertos juristas, que, para dar mayor sustento a sus propias posturas, lisa y llanamente “inventan” que las leyes de tal o cual país del extranjero —cuyo desarrollo sea indiscutible— adhiera a tal o cual criterio, y cuando, luego, se va a cotejar si ello es verdaderamente así, resulta que no lo es... Empero, lo dicho, dicho está, y quien, “en la platea” de turno, hubiera escuchado tales comentarios los termina dando por ciertos...

(56) Pero que sí hemos realizado en otra ocasión sobre la jurisprudencia norteamericana en la materia, en MORO, Emilio F., “Culpa en la administración de sociedades comerciales. La lealtad y diligencia del buen hombre

Queda entonces, a tenor de lo reseñado en este acápite, más que claro que con el nuevo Código Civil y Comercial y la letra de su art. 1724 (“in claris non fit interpretatio”) el dolo eventual se incluye en el supuesto de hecho de la norma.

V. Dolo eventual: Caracterización

La teoría del *dolo eventual* —tal como se ha señalado desde el Derecho Penal (universo, donde, indudablemente, ha tenido más desarrollo y profundización este concepto)— surgió para tratar de incluir en el ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptaban fácilmente a los elementos estructurales del mismo, pero que, de todas formas, los jueces asimilan al dolo, porque un elemental sentimiento de justicia lleva a que sean tratados con la misma severidad que la que se utiliza para los que son —indiscutiblemente— dolosos (72).

El dolo eventual, así las cosas, aparece —conforme lo ha destacado la más calificada doctrina penalista— como “...el escalón más bajo de la culpabilidad dolosa, exigiéndose como requisitos la previsión de la posibilidad del resultado y el asentimiento en él: no habrá responsabilidad dolosa sin que un resultado haya sido previsto en el momento de la acción, cuando menos como posible. Pero esto solo no es suficiente; se requiere, además que haya asentido en él... Un aspecto volitivo. La acción del dolo se completa con el elemento volitivo, consistente en querer o aceptar el hecho, asentir en él. Este elemento tanto puede concurrir con un acontecer cierto, cuanto con uno condicionado o eventual... Las formas mínimas del elemento cognoscitivo y del volitivo, respectivamente, necesarias para que exista dolo, son la representación de la posibilidad de un resultado y el asentimiento en él. No hay dolo sin que exista, al menos, representación y asentimiento...” (73).

Por supuesto, un tópico de enorme dificultad —que se presenta también en el Derecho Civil y Comercial (pero que, justo es decirlo, ha sido estudiado con mucha mayor profun-

dididad desde el Derecho Penal)— es el de la distinción entre “culpa con representación” y “dolo eventual” (74), tema que reviste también incidencia en lo que a la responsabilidad de directores anónimas concierne pero que excede el marco cognoscitivo de estas líneas abordar.

En cualquier caso, no cabe perder de vista que las múltiples inconductas y hechos dañosos, que —por supuesto— en un plano potencial, en nuestro país y allende sus fronteras, hacia el ente societario, sus accionistas o terceros, puedan llevar a cabo determinados directores de sociedades anónimas, muchas veces, igualmente, caerían bajo la antigua concepción restringida del dolo que regía en el art. 1072 del Código de Vélez, encajando derechamente en la “manifiesta intención de dañar” allí antes receptada.

Mas, y este es el punto, en muchas ocasiones, luego de la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial, aun cuando aquello pudiera no ser de ese modo, de lo que no podrá caber duda es que, por lo menos, podrán ser achacables —ahora— a una conducta dañosa atribuible a dolo eventual como factor subjetivo de atribución, dado el ensanchamiento conceptual operado en función del actual art. 1724 Cód. Civ. y Com.

¿Y qué cabe entender entonces, desde el Derecho Civil, por dolo eventual? Tomando como base, por supuesto —como no puede ser de otra manera—, los desarrollos desplegados en el seno del Derecho Penal, bien ha explicado Mosset Iturraspe que “...en el dolo eventual el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no se desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo. Aunque diferentes, al igual que en la culpa consciente se prevé como posible la realización del resultado (...) En el dolo eventual se exige: a) La representación del resultado como posible; b) El consentimiento en que se produzca; y, c) La condición de que de haber estado convencido el agente de la producción de dicho resultado habría omitido su acto” (la bastardilla es nuestra) (75).

Gráfico 2 (76)



nología, cfr. LOPEZ HERRERA, Edgardo, “Comentario al art. 1724 del Cód. Civ. y Com.”, en RIVERA, Julio - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1033.

(72) Cfr. TERRAGNI, Marco, “Dolo eventual y culpa consciente”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 79. Pensemos, por de pronto, en qué ocurriría, caso contrario, con algunos casos emblemáticos de Derecho Penal que exhibe nuestra realidad nacional, donde el nivel de cobardía, inhumanidad, bajeza moral, depravación, carencia de todo tipo de valores, pedertería —además sustentada en la “nada misma”—, actitud homicida, discriminación —y un sin número de adjetivos que podrían agregarse—, y que culminan en asesinatos cuyo nivel de repulsión y bochorno es mayúsculo, tal como ocurrió con el asesinato de Fernando Baéz Sosa a principios de 2020, quedarían, sino, probablemente, impunes...

(73) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal Introducción y Parte General”, act. por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 327 y 329

(74) Cfr. TERRAGNI, Marco A., ob. cit., ps. 95/120. Es que, ciertamente, “...todas las delimitaciones entre dolo e imprudencia que no toman como factor decisivo elemen-

tos de actitud interna, sino que se basan en la dirección del comportamiento, convergen en intentar describir la situación psíquica en la que el pronóstico del resultado es lo suficientemente insistente en el sujeto como para (presumiendo conocimiento del ordenamiento y fidelidad al Derecho) conducir inmediatamente, es decir, sin necesidad de reflexión o de ulterior atención, al comportamiento conforme a Derecho” (JAKOBS, Günther, “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid, 1997, p. 182).

(75) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 182.

(76) Por supuesto, se traza este gráfico o esquema, dando por supuesto que en la acción resarcitoria del caso se hubieran comprobado ya previamente todos los otros presupuestos de la responsabilidad civil y solo restare —en tal imaginaria hipótesis— la configuración del factor subjetivo de imputación (en el caso, el dolo).

(77) BARROS BOURIE, E., “Tratado de la responsabilidad civil extracontractual”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 159.

(78) MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El dolo en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2018-E, 705.

(79) VAN THIENEN, Pablo A. - DI CHIAZZA, Iván, “Sociedad por acciones simplificada y supletoriedad de la

Es decir, que el sujeto dañador “se representa” la posibilidad de un resultado dañoso e igualmente consiente en que se produzca tal lesión o hecho ilícito. Puede que los directores accionados, en verdad hayan “deseado” el resultado dañoso que finalmente se haya producido (dolo directo); empero, de no considerarse ello así, muchas veces será francamente imposible pensar que —de mínima— no “se hayan representado” el impacto dañoso hacia el patrimonio de la sociedad, sus acreedores o accionistas, y que, a pesar de ello, lo aceptaran y consintieran.

Y si es cierto que, a tono con la incidencia del dolo eventual en esta temática, “Es inequívocamente dolosa la conducta de quien realiza un acto jurídico en perjuicio de acreedores, aunque la finalidad haya sido evitar la ejecución forzada y no causar a aquellos un mal” (77), ¿cómo sería posible pensar —muchas veces— que, al menos, no se haya obrado con dolo eventual?

Volviendo a centrarnos en nuestro Derecho positivo (art. 1724, Cód. Civ. y Com.), bien explica Molina Sandoval que “Dolo importa la ‘intención deliberada de un agente de causar un daño’ (visión clásica) o una ‘manifiesta indiferencia por los intereses ajenos’ (dolo eventual). En el dolo eventual existe la realización de una conducta, con una representación de un resultado posible pero no querido; se habla de un menosprecio por los bienes jurídicos ajenos. (...). La ‘manifiesta indiferencia’ requiere una representación del posible resultado dañoso (y pese a ello, continuar ‘intencionalmente’ con la realización de actos que pueden tener consecuencias perjudiciales). Lo grave es que se tuvo conciencia de una posibilidad seria y concreta de la ocurrencia del daño y no se modificó su conducta dañosa” (78).

Así las cosas, puede concluirse sin mayor dificultad que la ampliación de la noción de dolo operada en función del art. 1724 alcanza a todo evento lesivo para cuya configuración sea menester la presencia de “dolo” como factor de atribución, tal como sucede con la responsabilidad de directores de sociedades anónimas en determinadas hipótesis (v. gr., art. 173, LCQ).

VI. Axiología de Derecho Societario: Una imprescindible mirada desde la Filosofía del Derecho para comprender los cambios en toda disciplina jurídica (incluido, por supuesto, el derecho comercial)

Cambios como el que aquí analizaremos —que importan pensar, de aquí en más, que ciertas inconductas a cargo de directores de SA, que antes podían quedar impunes, hoy pasarán a reconocer

Ley de Sociedades”, LA LEY, 2017-D, 1251.

(80) O bien, por supuesto, lo sostenido en cuanto al objeto del Derecho por cualquier teoría ius-filosófica consolidada, ya sea desde posturas analíticas, críticas del Derecho (CLS), iusnaturalistas en sus diversas versiones, tri-dimensionalista, realistas, ius-positivistas con sus derivaciones propias, etc. Para un panorama actual al respecto, cfr. CARCOVA, Carlos, “Las Teorías Jurídicas Post-Positivistas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2012. Pero, reiteramos, lo que no es admisible —con riesgo de empobrecer de manera alarmante el debate jurídico— es referir a un tema tan trascendente como el “objeto” del Derecho con una ligereza y absurdidad como la que ya mencionamos en la nota precedente.

(81) Para esta teoría, por supuesto, la obra por antonomasia es, COSSIO, Carlos, “La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

(82) En cuanto a los valores en sí (su entidad ontológica) es de imprescindible lectura, ZUCCHI, Héctor A., “Axiología y Derecho”, Cathedra, Buenos Aires, 2017. “El valor representa una cualidad de las cosas, distinto de la cosa en sí misma. Un cuadro o una estatua tienen belleza, pero esta no se confunde con ninguna de esas cosas. Desde la

una sanción resarcitoria en el marco de la responsabilidad civil—, no pueden “procesarse” (si se nos permite la expresión coloquial), sin un soporte de filosofía del derecho que permita entender el verdadero cariz que trasuntan modificaciones de esta índole en el derecho positivo.

Claro que si se parte de ideas tan absurdas y endebles —tales como postular que el derecho es una “ciencia social tendiente a reducir o eliminar costes de transacción” (79)(¿!)— no es demasiado lo que merece la pena reflexionar ya que, desde una plataforma argumental tan insostenible, cualquier conclusión que se esboce estará destinada a la futilidad más absoluta.

Ahora bien, si, en cambio, se piensa que el Derecho, tiene como objeto la *conducta humana en interferencia intersubjetiva* (80) —como lo sostiene la Teoría Ecológica del Derecho (81)—, a partir de allí es imprescindible, por el talante mismo de ese objeto (“cultural-egológico”), sopesar ante cualquier inminencia de modificación legislativa, si tal o cual propuesta de reforma, además de compadecerse con la dinámica de los cambios sociales lo hace también con los valores (82) jurídicos (recordemos, hoy mencionados expresamente en el art. 2 del nuevo Cód. Civ. y Com.); esto es, si es admisible también desde la perspectiva de la *axiología jurídica*.

Conviene recordar, asimismo, que la mera “revuelta de los hechos” (83) —al decir de Halperín— no puede, por sí sola, justificar cambios normativos. Si así lo fuera la mera reiteración de conductas en una comunidad, por más repugnantes que ellas sean, por más lesivas de derechos de terceros que resulten, por más refractarias a cualquier noción —por mínima que sea— de orden público, deberían consagrarse automáticamente en las leyes.

Como lo ha señalado un pensador de la envergadura de Isaiah Berlin, los cambios en una comunidad —y se incluyen allí las modificaciones legales que una nación pueda experimentar en determinadas épocas— van entrelazándose a lo largo del tiempo en una sucesión de “causas-efectos” que hace imposible pensar en un retroceso a épocas anteriores, cual si ciertas etapas no hubieran existido y no hubiesen actuado, en su momento, a su vez, como “causa” o “motor” de cambios vigentes. “Podemos no saber a qué leyes obedece la evolución social, ni los precisos factores causales que actúan entre la vida del individuo y la del ‘hormiguero social’ al que pertenece, pero podemos estar seguros de que existen tales leyes y factores. Existe un modelo y tiene una dirección; no es necesariamente ‘progresivo’, es decir no tenemos que creer que estamos acercándo-

Egología, adentrándose en el análisis del ‘valor jurídico’, se sostiene que no solo la norma sino también el valor se encuentran reunidos en la unidad inescindible de la conducta (...) Es indiferente a la esencia de los valores que sean experimentados por alguien, pues no dependen de un sujeto que los perciba, aunque sí es necesario un sujeto capaz de registrarlos, pues no hay valores sino para alguien (...). Los valores, sus reglas, bipolaridad y jerarquía, son aprehendidos con independencia de la contingente experiencia por su condición apriorística (...) Los valores no pueden ser negados porque personas que carezcan de capacidad axiológica total o limitada para captarlos, o aprehender su orden jerárquico objetivo” (Idem, ps. 28/31). Desde la Teoría Ecológica, a la que —como ya el lector habrá podido intuir— adherimos, se postula el carácter absoluto y el objetivismo en lo que hace a la teoría de los valores (en línea, en este último aspecto, con las construcciones de Max Scheler), posicionándose, al respecto, en el lado opuesto al subjetivismo en materia axiológica.

(83) HALPERIN, Isaac - OTAEGUI, Julio, “Sociedades anónimas”, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 88. La expresión era allí utilizada respecto del tópico de la sociedad unimembre.

nos de forma gradual a alguna meta ‘deseable’, como quiera que definamos lo deseable; pero estamos persiguiendo una dirección; la nostalgia por cualquier etapa pasada de la misma es *eo ipso* utópica; pues *es como querer invertir el nexo entre causas y efectos*” (84).

Las modificaciones legales —como venimos de señalarlo— se enmarcan en dicho contexto.

Pues bien, ¿pasa el “filtro” de los valores (85) anclados en la “dimensión axiológica del Derecho” —para usar una terminología cara al trialismo jurídico— la modificación de considerar que ahora el dolo eventual también actúa como posible factor de imputación en la responsabilidad de directores de sociedades anónimas?

Mal que les pese a muchos, asoma indudable que sí...

VII. ¿Conmoción “valores” esenciales del sistema jurídico y/o parámetros de “orden público” y/o factores medulares necesarios para el desarrollo económico, la inclusión del dolo eventual en la responsabilidad de directores de sociedades anónimas?

Es usual y frecuente “escuchar” ante cambios en Derecho Societario como el aquí analizado, voces que se alzan en contra invocando que la profusión, intensificación y expansión de este tipo de criterios doctrinarios/jurisprudenciales implicarán “desalentar la inversión” (¿?), “espantar empresarios”, “enterrar el espíritu emprendedor en la actividad privada”, y toda clase de sofismas y “reflexiones” de esta índole, que son un verdadero sinsentido y que no solo carecen de toda comprobación fáctica-empírica, sino que además, desde un atalaya estrictamente jurídico, exhiben una endeblez notable.

Más interesante es preguntarse si modificaciones como las aquí analizadas conmuevan o comprometen valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico o cuestiones de “orden público”.

Se nos ocurre, ante ello, responder desde la misma Economía, acudiendo al pensamiento de calificados autores de esa disciplina del saber humano que ponen de relieve cómo —todo lo atinente a la sociedad anónima y otras formas jurídicas empresariales— en definitiva, no supone más que la cristalización de estrategias e ideas rectoras que la comunidad se traza para sí, en ciertos momentos de su desarrollo, para optimizar el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

Tal como, en Europa, lo señalan Satrústegui y Marina:

“El mismo dinamismo que impulsa las creaciones económicas hace surgir las creaciones sociales, jurídicas, éticas. Algunas de esas creaciones —como la libertad y la propiedad privada— podrían considerarse pre-económicas, otras —como la ficción de

la personalidad jurídica o el derecho mercantil— crearán las condiciones necesarias, y, finalmente, el desarrollo de instituciones financieras como el crédito, la banca o los mercados permitirá la multiplicación y la globalización de ese desarrollo hasta límites difíciles de controlar. Otra de las grandes creaciones sociales que hacen posible la economía como la conocemos es la limitación de responsabilidad, la invención, por ejemplo, de las sociedades anónimas o las sociedades de responsabilidad limitada. Antes un negocio fallido, podía perfectamente convertirte en esclavo tanto a ti como a tu familia. Una versión más sofisticada de la limitación de la responsabilidad y su distribución por cuotas entre distintas personas es la aparición de las sociedades comerciales y su regulación como personalidades jurídicas. Gracias a la utilización de una ficción tan simple, se aumentan tremendamente la posibilidad de agregación de capital para poder acometer empresas cada vez más importantes” (86).

Si esto (la sociedad comercial como mera ficción y recurso instrumental creado por el ser humano para facilitar la obtención de ganancias e intercambio de bienes y servicios en el mercado), es admitido como tal desde la propia Economía, ¿cómo postular entonces una lesión o afectación de los valores de justicia, seguridad, orden o paz social que estructuran nuestro sistema jurídico? ¿A qué título predicar entonces que se afectaría con el arraigo de esta nueva tendencia el orden público?

Creemos, firmemente, que ello no sucede (87).

Hoy el *bitcoin* se enmarca en esta misma lógica; hace quinientos años lo fue la figura de la sociedad anónima y más atrás en el tiempo el dinero mismo participó de esa lógica. No hay, entonces, valores esenciales al sistema ni aspectos consustanciales al orden público comprometidos con modificaciones como la aquí analizada (dolo eventual aplicable a la responsabilidad de los administradores societarios).

Es que, como bien lo enseña Martorell, con la enorme —e incontestable— autoridad que su opinión tiene en la materia, la subjetividad diferenciada conferida a los entes societarios ha de revestir en su empleo efectivo alguna “utilidad económica-social” pues esa —y no otra— ha sido la voluntad del legislador: “En la práctica, en el caso de ‘la personalidad jurídica’, no estamos ante un atributo que el legislador argentino reconocía como inherente y necesario a ciertos entes, como postulaban las teorías realistas, sino frente a la “franquicia” —Francesco Galgano *dixit*— que permite al ‘sujeto-sociedad’ así creado actuar con autonomía patrimonial con respecto a sus integrantes e imputabilidad diferenciada. Y, precisamente por la ‘plasticidad’ que brinda, permite redhibirla en todas aquellas situaciones en que la sociedad sea utilizada de manera ‘disfuncional’, pudiendo hacérselo cuando se constata que, por emplearla en forma encontrada con “el objeto” y ‘los fines’ para los cuales el ordenamiento confirió dicha

franquicia a sus integrantes, ha perdido dicha ‘persona jurídica’ la ‘utilidad económico-social’ que debe poseer para poder seguir operando como tal” (88).

VIII. La incidencia de la apuntada proyección del “dolo eventual” con relación a determinadas acciones de responsabilidad: El caso del art. 173 de la LCQ

Como es sabido, el actual art. 173 de la LCQ, primer párrafo, reza del siguiente modo: “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados”.

Este dispositivo, orientado a resarcir los actos dañosos cuya comisión va comúnmente acompañada a la prolongación del estado de insolvencia (sea en su modalidad de “producir”, “facilitar”, “permitir” o “agrarar” dicho estado), tales como operaciones ruinosas con dicho efecto, daciones en pago, constitución de garantías sobre créditos quirografarios anteriores, etc. (89), mereció, en su momento, la crítica de la más calificada doctrina (90), al recortarse las chances de éxito de toda acción resarcitoria ejercida bajo el andarivel de esta norma, al exigirse la demostración —siempre difícil— del factor de atribución del dolo (máxime teniendo en cuenta la acepción anterior en el Código de Vélez como “manifiesta intención de dañar”).

En la hora actual, sin embargo, la norma del art. 173 LCQ, coherente con el vigente art. 1724 Cód. Civ. y Com., a la luz de las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias que venimos de reseñar, ha supuesto un giro de gran significación en el tema. Se robustece la posibilidad de un efectivo resarcimiento: la sanción prevista en el art. 173 LCQ deja de ser una quimera y se activa aún con la presencia de dolo eventual (91). En otras palabras: “La norma (art. 173 LC) requiere de dolo, aun eventual, como factor de atribución” (92).

Es que, como no podía ser de otra manera, el Código Civil y Comercial ha incidido en leyes especiales y —en lo que aquí interesa— en preceptos que en el régimen concursal legislan este tema. En efecto, estas acciones contempladas en el estatuto falencial pivotean sobre el dolo como factor de atribución de la conducta dañosa, y el Código Civil y Comercial ha introducido —como venimos de subrayarlo— un nuevo concepto de dolo pues el art. 1724, al regular los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, considera que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Aparece de indudable relevancia, en este contexto, la opinión de la Fiscalía de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en cuanto a la interacción e influjo de las normas y principios del Código Civil y Comercial en las acciones concursales y societarias de responsabilidad. “Las reformas

producidas por el Código Civil y Comercial a las acciones de responsabilidad concursales y societarias son numerosas y deben ser aplicadas en virtud de lo dispuesto por los arts. 2 y 1709 Cód. Civ. y Com. (...). Las modificaciones tienen influencia respecto de la posibilidad de que exista el deber de responder con un factor de adjudicación objetivo (por ejemplo, en el caso de las obligaciones de resultado por vía del art. 1723, Cód. Civ. y Com.). Esta nueva legislación nos propone una mirada integradora a la hora de merituar la responsabilidad de los administradores sociales, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando la misma a través de normas de Derecho común que priman o superan a las existentes en la Ley de Sociedades y de Concursos” (93).

Recordando siempre que —tanto como vicio de la voluntad como en su rol de factor de atribución— “...toda acción dolosa en sí constituye una violación grave del principio de buena fe...” (94), y, aunque a esta altura ya parezca una obviedad, ha de insistirse en que la noción de “dolo” del art. 173 de la LC ha de ponderarse en cuanto a su consistencia misma con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (básicamente, el ya mencionado art. 1724, que define, justamente, lo que es “dolo” en la responsabilidad civil), lo que —cabe reiterarlo a modo de conclusión— va en línea con lo sostenido mayoritariamente por la doctrina luego de la entrada en vigencia del nuevo digesto.

Si la jurisprudencia ha tenido ocasión de sancionar —a través de la más excepcional e infrecuente (comparada con una acción de daños) sanción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica— casos de “incumplimiento contractual por grosera ausencia patrimonial de la sociedad para hacer frente a responsabilidades patrimoniales (...) pues han sido ellos (los socios) los que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella” (95), y ya en algunos precedentes se ha echado mano de la noción de dolo eventual para condenar inconductas de administradores societarios en contextos de insolvencia (96), no se ve cómo podría, a futuro, emplazados en la ya explicada ampliación conceptual del art. 1724 Cód. Civ. y Com., omitir la recurrencia al “dolo eventual” para encuadrar determinadas hipótesis de mal desempeño del cargo que, justamente, encajen en esta categoría.

IX. Conclusión

Entre tantas otras contribuciones que la Orden de los “Pobres Caballeros de Cristo del Templo del Rey Salomón” —más conocidos como los Templarios— hicieron a la humanidad, a lo largo de sus casi dos siglos de existencia (1119 - 1312), además de haber servido de antecedente y base para San Ignacio de Loyola en la organización interna de otra Orden cristiana de extraordinario desarrollo y aportes a la humanidad —como lo fueron, y son, los Jesuitas (97)— y de tan-

(84) BERLIN, Isaiah, “El Sentido de la Realidad. Sobre las ideas y su historia”, Taurus, Madrid, 2017, ps. 30 y 31.

(85) En la construcción Ecológica, los valores jurídicos se estructuraban al modo de los rayos de una rueda de bicicleta, con centro en la Justicia, valor “totalizador” y “central” en la problemática axiológica. Al lado de él, encontramos a la Seguridad, el Orden, el Poder, la Paz, la Cooperación y la Solidaridad (cfr. COSSIO, Carlos, “El substrato filosófico de los métodos interpretativos”, en CHIAPPINI, Julio, *Carlos Cossio. Biografía. Textos recónditos. Bibliografía*, FAS, Rosario, 2000, p. 169). Se trata de valores de conducta, es decir, de los que interesan al Derecho por cuanto se asientan en lo intersubjetivo; no en la conducta aislada sino en este “cruce” que se produce entre las conductas.

(86) MARINA, José Antonio - SATRÚSTEGUI, Santiago, “La creatividad económica”, Ariel, Barcelona, 2013, ps. 67 y 68.

(87) Sin perjuicio de que, a diferencia de los primeros “argumentos” enumerados en este acápite (atinentes al “derrumbe” de la inversión privada y frases insólitas de esa índole que algunos invocan), que, francamente, no merecen mayor respuesta, este tema del impacto o no sobre “valores” y el “orden público” es muy complejo y excede estas líneas abordar.

(88) MARTORELL, Ernesto E., “Acerca de la necesidad de repensar el Derecho Societario Argentino”, LA LEY, 2019-F, 791.

(89) Cfr. VITOLO, Daniel R., “Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras nro. 24.522”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 345.

(90) Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., “La Ley de Concursos comentada”, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 118. Apuntaba aquí este brillante, destacadísimo y eminente jurista, la diferencia del régimen

del art. 173 de la LCQ con el texto de la vieja ley de concursos y quiebras (ley 19.551), más generosa en cuanto a las posibilidades de resultado efectivo en el ejercicio de esta acción, al posibilitar su procedencia, no solo en casos de “dolo”, sino también de “...infracción a normas inderogables...”.

(91) JUNYENT BAS, F. A. - FERRERO, L. F., “Alcances y delimitación del dolo en la acción concursal de responsabilidad. Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, DCCyE 2013 (abril) 3.

(92) MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El dolo en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2018-E, 705.

(93) BOQUIN, Gabriela F., “Reformas a las acciones societarias y concursales según las normas del Libro III, Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial”, en Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación, FIDAS, marzo de 2016, Buenos Aires, p. 275. En

similar línea de pensamiento, cfr. MARTORELL, Ernesto E., “El Código Civil y Comercial agrava la responsabilidad de los administradores societarios”, LA LEY, 2016-D, 1180.

(94) SAUX, Edgardo I., ob. cit., t. III, p. 210.

(95) CNCom., sala C, “Von Sanden de Klein, Rosa C. c/ Angelino, Miguel A. y otros s/ Daños y perjuicios”, 30/08/2017, AR/JUR/94042/2017.

(96) Cfr. CNCom., sala E, “Aeroposta SA c/ General Electric Corporation s/ Acción de responsabilidad”, 04/04/11, cit. en VITOLO, Daniel R., NISSEN, Ricardo A. (dirs.), “Derecho Societario y concursal. Tendencias jurisprudenciales”, Legis, Buenos Aires, 2012, p. 307.

(97) De quienes con toda justicia y acierto pudo decir Chateaubriand —una de las cumbres de la literatura francesa de todas las épocas—: “Naturalistas, químicos,

tas otras, una, sin dudas, fundamental, y que tiene que ver con el Derecho Comercial, fue la invención de la letra de cambio (98). Su génesis tuvo que ver con posibilitar el traslado de personas desde un lugar a otro (muy distante entre sí) (99).

Pero si esa —y no otra— fue la génesis de un instituto de Derecho Cambiario como la letra de cambio, ¿en dónde están los “valores jurídicos” (art. 2, Cód. Civ. y Com.) que, por ejemplo, podrían verse en tela de juicio si aparecen algunas modificaciones legales posteriores con raigambre constitucional (art. 42, CN), como puede serlo hoy, por ejemplo, todo lo que tiene que ver con el llamado “pagaré de consumo” y su desarrollo tuitivo de los consumidores? ¿Qué diremos? ¿Qué hay “valores esenciales” al ordenamiento jurídico que se pondrían en jaque (100) (como, por mencionar algo indu-

dablemente impermeable a las variaciones de tiempo y lugar, si ocurriría con aquellos derivados de la tutela de la vida humana)? Parece un despropósito... Algo similar ocurre en el tópico que estamos desarrollando.

Si hoy el dolo eventual se erige también en un factor de imputación achacable a la responsabilidad de directores de sociedades anónimas, no vemos que ello excepcione ningún principio general del derecho o valor que informa nuestro ordenamiento jurídico; antes bien, se trata de postular una interpretación armónica con el nuevo Cód. Civ. y Com. en materia de responsabilidad civil.

Finalmente, en cuanto a la repercusión práctica y a la trascendencia empresarial que este ensanchamiento conceptual de la noción de dolo operada por el actual art. 1724

botánicos, matemáticos, astrónomos, poetas, historiadores, traductores, anticuarios, periodistas, no hay una sola rama de la ciencia que los jesuitas no hayan cultivado con fruto. Pesad el bien que los jesuitas ha hecho; recordad los autores eminentes que su corporación ha dado a Francia, o los que se han educado en sus aulas; traed a la memoria los reinos enteros que han conquistado para nuestro comercio por su habilidad, sus fatigas y sangre; fijad vuestros recuerdos en los milagros de sus misiones en el Canadá, en el Paraguay, en la China, y veréis que el poco de mal que se les imputa, no desequilibra un momento los servicios que han rendido a la sociedad. ¿De qué se puede acusar a los jesuitas? De algo de ambición, cosa tan natural al talento” (CHATEAUBRIAND, “El genio del Cristianismo. Sobre las bellezas de la religión cristiana”, Evergreen, Madrid, 2017, p. 612) Hoy tal contribución a la humanidad encuentra su cúspide, al asistir al Papado absolutamente extraordinario e histórico que está llevando adelante Su Santidad, el Papa Francisco (quien, como es sabido, es, y ha sido

siempre, un jesuita).

(98) Cfr. PAVONE LA ROSA, Antonio, “La Letra de Cambio”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 15.

(99) Los Templarios se ocupaban de proteger y fomentar la llegada de peregrinos cristianos desde Europa Occidental hasta Jerusalén. En aquel tiempo, los viajes eran extremadamente peligrosos, debido a la frecuente y muy violenta actividad de ladrones y asaltadores en un periplo tan largo. Un peregrino necesitaba mucho dinero para sobrevivir largos meses en su viaje de ida y vuelta a Tierra Santa, pero, naturalmente, ponerse en viaje con grandes sumas de dinero era convertirse en una verdadera tentación para bandoleros, ladrones, estafadores y demás personajes poco recomendables. Pues bien, los Caballeros Templarios eran monjes y a la vez guerreros destacadísimos, pero también fueron unos banqueros activos y muy inteligentes, entre otros motivos, por su probidad indiscutida. Disponían de numerosos castillos por toda Europa y crearon unos establecimientos llamados “encomiendas”. Estas “encomiendas”, una curiosa

mezcla de banca y lugar de pernocte y oración, similar a un típico feudo medieval, solían distar un día de viaje, aproximadamente, las unas de las otras. El viajero entregaba una suma dinero en el lugar de Europa desde donde iniciaba su viaje. Le era expedida una “carta” redactada en un código cifrado y secreto que solo los caballeros templarios podían comprender y en la que constaba el importe total de la suma entregada en origen. El viajero podía iniciar su peregrinaje sin dinero. Cuando lo necesitaba, se dirigía otra encomienda del Temple en cualquier otro lugar, en la que solía pasar la noche, y pedía que le fuera entregada una determinada cantidad monetaria en moneda local. El caballero templario de dicha encomienda hacía constar en el documento, a través del código secreto templario, la suma que se entregaba al viajero, y así sucesivamente. Al regresar a su lugar de origen, se presentaba la carta a la encomienda correspondiente del Temple, que abonaba al viajero, el resto de la suma que no había retirado durante su viaje a los Santos Lugares. A tal punto llegó este desarrollo,

Cita on line: AR/DOC/1593/2021

Más información

Villanueva, Julia. “La Responsabilidad de los Directores de la Sociedad Anónima”, LA LEY, 2019-A, 887, AR/DOC/190/2019

Verón, Alberto V. “Anotaciones sobre la responsabilidad societaria y concursal de los directores. A propósito del fallo ‘Belac SA c. Curet’”, LA LEY 02/09/2020, 1, AR/DOC/364/2020

Libro recomendado

Responsabilidad de los Administradores de Sociedades en casos de Concursos y Quiebras

Autor: Verón, Alberto

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

que el Temple de París se convirtió en uno de los principales centros financieros de Europa en esa época (cfr. READ, Piers Paul, “Los Templarios”, Vergara, Buenos Aires, p. 219).

(100) En esta línea, por ejemplo, de pretender —se diga o no abiertamente— conferir a las razones justificativas de la creación de los títulos de crédito, un *status* equivalente a aquellos valores que, moviéndose en la órbita axiológica del derecho, sí han de permanecer inermes a cualquier cambio o costumbre humana que los ponga en jaque (equiparación táctica, que, amén de absurda, es un completo despropósito), cfr., entre otros, PAOLANTONIO, Martín E., “Monólogo de fuentes. El caso del pagaré de consumo”, LA LEY, 2015-C, 823; ACHARES DI IORIO, Federico, “¿Hacia el fin de los juicios ejecutivos contra consumidores?”, en *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*, Erreius, junio 2016, p. 77).

Nota a fallo

Despido discriminatorio

Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado. Disidencia.

1. - Si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de Cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia—, lo cual configuraría *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.
2. - Según el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

3. - Según el estándar de prueba aplicable, cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación (del voto del Dr. Maqueda).
4. - El recurso extraordinario no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega. El cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el juez *a quo* tuvo en cuenta (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
5. - Las referencias genéricas a “todo el material probatorio” o a “toda prueba producida”, supuestamente preteridas por el juez *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre

el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación en el despido, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces: la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 08/04/2021. - Fontana, Edith Fabiana c. Cibie Argentina S.A. s/juicio sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6753/2021]

Buenos Aires, 8 de abril de 2021

Considerando:

1º) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de \$ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2º) Que, para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en “Pellicori” (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un “haz de indicios suficientes” para presu-

mir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3º) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 —cuya denegación originó esta queja— en el cual, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Crítica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4º) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

El delicado ojo de la tempestad o el caso “Fontana”



Carlos Pose

Abogado. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI. Integrante de la Academia Nacional de Derecho (UBA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. La defensa de los trabajadores en el seno de la empresa.— III Sanción de la ley 23.592.— IV. Los efectos de la ley 23.592 en el campo del derecho laboral.— V. El caso “Álvarez c/Cencosud”.— VI. El caso “Fontana, Edith F. c/Cibie Argentina SA”.— VII. Conclusión.

La crisis generada por la pandemia implicó un triple golpe económico: a) uno de oferta de productos al mercado de consumo, debido a las medidas de aislamiento y/o distanciamiento social obligatorio y preventivo; b) uno de demanda, derivado de los menores ingresos que genera la paralización de la actividad económica que afecta, en mayor o menor grado, a todos los grupos sociales y c) uno financiero, asociado a los límites de liquidez que enfrentan las empresas productivas de bienes y servicios, en especial en el seno de las pequeñas y medianas unidades de producción, que son aquellas de las que se nutre el empleo privado. La Corte Suprema, al hacer referencia a los problemas económicos de las empresas, se introduce en el delicado ojo de la tormenta de un mundo jaqueado por la aparición del coronavirus.

I. Introducción

El conflicto es algo consustancial en el mundo del trabajo por cuanto el interés común que puede unir a las partes vinculadas —éxito de un emprendimiento productivo que pueda asegurar un rédito económico al empresario y un “status” de calidad de vida a los subordinados— se encuentra jaqueado, normalmente, por posturas divergentes vinculadas con su interés particular y específico: el empresario, salvo situaciones excepcionales, siempre intentará abonar el menor salario que fije el mercado en beneficio de los dependientes a cambio de una mayor colaboración y estos, por el contrario, siempre pretenderán incrementar sus remuneraciones enajenando el menor tiempo posible de trabajo. Suele, en tal sentido, hacerse referencia a un conflicto de intereses permanente entre los trabajadores subordinados y los empresarios (1).

Esto es una realidad aceptada tanto por los defensores de la escuela liberal, como Adam Smith, como por los pensadores de la escuela socialista, es decir, Carlos Marx y sus sucesores. El escocés (2), más filósofo que economista, señaló: “los salarios corrientes dependen en todos los lugares del contrato que se establece normalmente entre las partes, cuyos intereses en modo alguno son coincidentes. Los trabajadores desean conseguir tanto, y los patronos entregar tan poco como sea posible. Los primeros están dispuestos a asociarse para elevar los salarios, y los segundos para disminuirlos”.

El respeto a un régimen donde rige la libertad de contratación explica que, en el marco de legislación laboral, la tutela de relación de trabajo se encauce hacia un régimen de estabilidad impropia donde el despido, salvo situaciones excepcionales, es libre (3) y se consagre una reparación tarifada por su ruptura injustificada (arts. 232, 233 y 245 de la LCT) encontrándose, por el contrario, reser-

vado el régimen de estabilidad absoluta para los agentes del Estado (art. 14 bis de nuestra Carta Magna) (4).

II. La defensa de los trabajadores en el seno de la empresa

Por regla, la defensa de los intereses de los trabajadores en el seno de la empresa es ejercida por los sindicatos cuya misión específica es, según un mandato utópico, remover los obstáculos que dificulten la realización plena de los trabajadores (art. 3º, ley 23.551) lo que, en un principio, permitió que dichas organizaciones funcionasen como grupo de presión sin perjuicio de que, al presente, constituyan un factor de poder dentro del Estado de Derecho, capaces de jaquear no solo la acción de los empleadores, sino las del propio Estado.

Es conocida en tal sentido, el largo periplo histórico de dichas organizaciones: en un principio fueron prohibidas por el Estado considerándose la asociación de los trabajadores tipificante del delito de coalición; después empezaron a ser toleradas en el ordenamiento jurídico, para luego ser reconocidas como asociaciones privadas —*trade unions*— logrando, finalmente, institucionalizarse como sujetos propios del derecho colectivo del trabajo.

En rigor de verdad, la historia del sindicalismo, como movimiento redentor de la clase trabajadora, es la historia de la lucha de una clase social —el proletariado— para lograr una mayor nivelación económica y una mayor de posibilidad de desarrollo en un mundo productivo donde carecían de capacidad negocial: el fondo ideológico del sindicalismo es, según autores clásicos (5), elevar la dignidad de los trabajadores como seres humanos pero, para el esquema de pensamiento marxista, ello no basta, pues se persigue, mediante un esquema revolucionario, la toma del poder, la instauración de un dictadura del proletariado y el reemplazo del Estado capitalista por uno de cuño socialista.

Ahora bien, en nuestro sistema normativo la tutela de los intereses de los trabajadores en el seno de cada establecimiento productivo es ejercida por los denominados delegados de personal que pueden constituir comisiones internas (art. 40, ley 23.551) y que sirven de canal de comunicación entre empresa y sindicato, lo que explica que, con referencia a dichos dependientes, se haya desarrollado un sistema de protección reforzada impidiéndose su despido y/o suspensión —se prohíbe, incluso, la modificación de las condiciones de trabajo— durante el lapso en que gozan de mandato gremial y un año más, salvo que mediara justa causa en cuyo caso el empleador debe ejercitar una acción judicial de exclusión de tutela gremial (arts. 48, 49 y 52, ley 23.551).

Se ha señalado (6), con referencia a la actividad de los delegados de personal, que estos ejercen una doble representación simultánea y superpuesta con particularidades que no se advierten en otro tipo de mandatos. Por un lado, representan a los trabajadores —tanto afiliados como no afiliados— ante el empleador, la asociación sindical y la autoridad administrativa del trabajo y, por el otro, ejercen la representación del sindicato frente a los restantes actores del mundo de las relaciones colectivas de trabajo: existe un mandato múltiple y complejo con funciones superpuestas, lo que explica la protección específica que les ha discernido el legislador. Se requiere una habilidad política especial para realizar tal tarea que requiere comunicarse con los empleadores sin faltarles el respeto para poder negociar y, paralelamente, ganarse la confianza de los restantes dependientes.

García Martínez (7) nos aclara: “como representante de sus compañeros, los delegados son los encargados de discutir y resolver con los empleadores los problemas generales o particulares de orden laboral que se originen en el trabajo y son los encargados de llevar la voz de las personas que los eligieron al seno de la organización sindical. Como representantes del sindicato tienen la misión de comunicar y tratar de hacer cumplir dentro del establecimiento las decisiones de las asociaciones profesionales”.

Ahora bien, todos los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial e, incluso, los candidatos a hacerlo gozan de una tutela legal específica que impide su despido o suspensión durante cierto período de tiempo y, por ello, el legislador les concede la posibilidad de demandar judicialmente, por vía sumarísima, para lograr su reinstalación y/o cese de toda medida que los afecte con más el pago de los salarios caídos (art. 52, ley 23.551) lo que constituye la regla común aplicable en el mundo del trabajo sin que, por el contrario, los trabajadores comunes —es decir la gran mayoría no beneficiada con los lineamientos de la ley 23.551— gocen de una acción judicial para lograr su reinstalación en el seno empresario, aceptándose su derecho a una compensación tarifada que, en ciertos supuestos, puede ser incrementada con una indemnización por daño moral cuando el dependiente es agraviado espiritualmente en forma dolosa lo que puede suceder, por ejemplo, cuando se les imputa una conducta delictiva inexistente para justificar el despido y/o se los desprestigia maliciosamente en el seno de la comunidad laboral (8).

Ahora bien, la voluntad legislativa, al conceder potestad negocial al sindicato con personería gremial, era que los delegados fuesen “hombres del gremio”, lo que explica que el art. 41, inciso a, de la ley 23.551 esta-

bleciera que los delegados estuvieran afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y fuesen elegidos en comicios convocados por estas. Pero la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de dicha directiva por entender que afectaba, injustificadamente, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos porque por el solo hecho de encontrarse afiliados a otros sindicatos simplemente inscriptos (9), lo que hace que, al presente, un delegado pueda no encontrarse afiliado al sindicato dominante —que es el que puede negociar colectivamente con la empresa—, sino a su competidor, ansioso de incrementar su poder en el complejo ámbito de las relaciones de trabajo.

Por regla el delegado es siempre un activista, esto es un sujeto que, dentro del seno de la empresa, se preocupa por mejorar las condiciones de trabajo de sus compañeros, pero como su mandato tiene un contenido limitado —dos años, pudiendo ser revocado mediante asamblea de sus mandantes convocada por el órgano directivo de la asociación sindical— su posición en la empresa puede ser delicada cuando cesa el período de tutela pues: a) el empleador puede tener un verdadero interés en escindirlo del seno del establecimiento, si su acción ha sido perjudicial a sus intereses; b) los delegados designados en su reemplazo pueden tener igual interés, celosos de la autoridad moral que puede conservar este sobre los dependientes para jaquear su poder negocial y c) el propio sindicato puede considerarlo un hombre infiel e influir para su remoción (10). El hombre, como dirían los filósofos, es lo que es, un sujeto imperfecto y hedonista, ambicioso de poder e idealizarlo tiene, por regla, consecuencias negativas en el ámbito jurídico.

III Sanción de la ley 23.592

El postulado jurídico de igualdad entre los hombres responde a un principio de justicia natural que ha sido elevado, en distintas cartas políticas, a una directiva sustancial de rango constitucional, tal como lo hace el art. 16 de nuestra Carta Magna, al establecer que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Sobre el particular expresó, en su momento, Joaquín V. González (11) que, por los principios de nuestra naturaleza, estamos sometidos al mismo deber, investidos del mismo derecho; deber de emplear nuestra libertad, nuestra actividad personal en el desarrollo de nuestra naturaleza, derecho de no ser impedidos en este ejercicio legítimo de nues-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GIUGNI, Gino, “Derecho Sindical”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, p. 24.

(2) SMITH, Adam, “La riqueza de las Naciones”, Le Libros, p. 72.

(3) En el seno de la Convención Constituyente de 1957 el convencional Bravo aclaró que en la empresa privada rige el principio de discrecionalidad y que una reincorporación plena del dependiente inmotivadamente des-

pedido sería una imposibilidad lógica y humana (conf. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.) - SAGÜÉS, Néstor P. (autor), “Tratado de Derecho del Trabajo”, Astrea, t. II, p. 820).

(4) El contar con un plantel de funcionarios y burócratas colaboradores es una necesidad primordial en el Estado Moderno de Derecho por ser un estado impositivo (D’AURIA, Aníbal, “Teoría y crítica del Estado”, Eudeba, 2018, p. 47).

(5) DE LA CUEVA, Mario “Derecho Mexicano del Trabajo”, Porrúa, t. II, p. 283.

(6) RECALDE, Mariano, “Manual de Derecho Colectivo del Trabajo”, Edunpaz, 2017, ps. 286/7.

(7) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ad-hoc, 1998, p. 588.

(8) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ad-hoc, 1998, p. 453; ETALA, Carlos A., “Contrato de Trabajo”, Astrea, 2011, t. II, p. 287.

(9) CS, “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”, 11/11/08, Fallos 331:2499.

(10) César Arese en su obra “Derechos Humanos Laborales” hace referencia a los conflictos intrasindicales e incluso a los homicidios derivados de la pugna por el poder (ver ARESE, ob. cit., p. 546 y sus notas, Rubinzal-Culzoni).

(11) GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Ángel Estrada y Cía., 6ª ed., p. 112.

tras facultades y de no ser arbitrariamente despojados de los resultados que el produce. En la posesión por todos los individuos de una sociedad de estos atributos comunes consiste la igualdad.

Cabe aclarar que, según doctrina, la igualdad ante la ley, sin la cual no se concibe la existencia de gobierno constitucional, no importa borrar las diferencias que la misma naturaleza impone entre los hombres, y que deben ser respetadas precisamente para no someter a los individuos a un trato desigual que repugnaría a la misma esencia del principio igualitario. En este sentido, la igualdad ante la ley no llega para borrar las diferencias naturales de condiciones y aptitudes, de inteligencia y de riqueza, y supone —simplemente— que todos los habitantes están sujetos a los mismos deberes, gozan de los mismos derechos y están tutelados por las mismas garantías, sin que sean intención constitucional instaurar una igualdad matemática que al imponer a todos —estén o no en igual situación— un trato exactamente igual, se traduce en el hecho en una irritante e injusta desigualdad (12).

El art. 16 de la Ley Fundamental consagró el principio de igualdad jurídica —de los individuos ante el Estado, la ley, la administración, la jurisdicción, etc.— siendo más problemático concretar el principio de igualdad en las relaciones privadas ya que, salvo algunos supuestos particulares, no se habrían emitido directivas de rango imperativo tendientes a lograr la igualdad plena entre los particulares.

Bidart Campos (13) apunta, al respecto, que resulta difícil encontrar la vía jurídica para imponer la igualdad privada y que, en algunos casos, aun encontrada, su imposición sería injusta si sacrificara indebidamente un derecho o una libertad del particular que incurriera en discriminación. Según el citado tratadista corresponde tener presente: a) que la igualdad privada no siempre halla con facilidad las vías para ser resguardada; b) que aun descubiertas esas vías, tampoco es posible siempre imponer dicha igualdad, cuando con ella se vulnera el ejercicio razonable de un derecho o una libertad individual y c) que muchas veces se tutela la igualdad de un derecho distinto que se supone violado, como sucede en el ámbito del derecho laboral cuando se protege la igualdad de todos los hombres a obtener empleo descartando la legitimidad de ciertas cláusulas de afiliación gremial como las denominadas cláusulas de “taller cerrado” o “taller sindical”.

A su vez, Ekmekdjian (14) argumenta: “es admisible que un particular otorgue trato preferente a otro u otros frente a terceros, incluso aun cuando esta preferencia sea irrazonable. Ello está justificado, porque pertenece al ámbito de la libertad de cada persona. Si se negara esta facultad, se violentaría el espacio reservado a las acciones privadas, llegándose al absurdo de que un individuo no podría otorgar trato especial o beneficiar —de cualquier modo— a sus familiares, parientes, amigos, etc., porque estaría obligado a hacer lo mismo con otras personas”. Pero esto, agrega, “no implica aceptar la discrecionalidad absoluta del particular para discriminar, sobre todo en determinados ámbitos —educación, relaciones y remuneraciones laborales, servicios públicos,

lugares de acceso público, etc.— ya que en estos y otros sectores específicos, ciertos actos de discriminación están prohibidos, aun a los particulares”. Por último Badeni (15) nos previene: “en un sistema constitucionalista, la igualdad es un valor jerárquicamente inferior a la libertad, pero también es un presupuesto indispensable para la vigencia de la libertad. El equilibrio para la manifestación armónica de ambos valores en una democracia constitucional se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad, aunque teniendo en cuenta que la libertad es el fin y la igualdad un valor instrumental. Caso contrario, estaremos en presencia de un sistema político autocrático, donde la más perfecta igualdad se traduce en el aniquilamiento de la libertad o, si se quiere, en la igualdad en la esclavitud. Solamente en un sistema absolutamente totalitario es concebible que los hombres convivan en una completa igualdad que desconozca coactivamente las diferencias espirituales y materiales existentes entre ellos”.

Ahora bien, frente a la dificultad práctica de imponer un toque de queda a toda conducta discriminatoria en el mundo de las relaciones privadas, se sancionó la ley 23.592 (BO. del 05/09/1988) cuyo objetivo institucional es establecer la prohibición general de impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar, arbitrariamente, el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

A tal fin se consideran como actos u omisiones discriminatorias las determinadas por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

La sanción de dicho cuerpo normativo constituyó un experimento político riesgoso: sus autores estaban convencidos de que el ordenamiento consagraría, en una sociedad pluralista como la argentina, solo un derecho lícito en beneficio de la mayoría de los sujetos de la comunidad y que se proyectaría exclusivamente en un campo prieto para impedir que los particulares fuesen discriminados en su posibilidad de acceso a los espectáculos públicos, confiterías, locales bailables o institutos educativos impidiendo un ejercicio abusivo del derecho de admisión ejercitado por sectores privados (16).

Pero, precisamente, sucedió todo lo contrario, pues, en el campo de la praxis, el nuevo ordenamiento terminó por revelar la existencia de una sociedad signada por una cultura discriminatoria y, aun más de una cultura del odio, que los conflictos sociales de las últimas décadas han profundizado: la aparición en el presente siglo de lo que se denominan, en el campo penal, “delitos de odio” (17) —es decir delitos que son producto de la intolerancia y de prejuicios y estereotipos particulares— demuestra lo poco que ha avanzado el ser humano desde sus etapas cavernarias.

Cabe aclarar que parte de la doctrina señaló que la ley 23.592 debió ser más claramente redactada con mayor rigor jurídico y menos aire declamatorio (18).

En particular Kaufman (19) señala: “todos somos iguales frente a la ley, pero no somos

iguales frente a los otros particulares, únicamente ciertas distinciones denigrantes establecidas por la ley están prohibidas en ciertas circunstancias, porque la Constitución es un pacto en el cual acordamos resguardar la dignidad de todos, no una igualdad plana y omnicompreensiva de todos los ciudadanos. Dicho autor rescata un ejemplo particularmente ilustrativo en las actuales circunstancias: “las autoridades pueden decidir, por razones de salud pública, vacunar gratuitamente a los menores y/o a los ancianos, protegiéndolos de una epidemia que ataca a todos, pero a ellos en particular, y ello no constituye necesariamente una discriminación contra los adultos”.

Lo expuesto no impide que la discriminación (20) constituya uno de los fenómenos sociales más lamentables y vergonzantes que afectan a las personas y a sus respectivos grupos sociales en el mundo: existe individuos que son objeto de discriminación por el solo hecho de pensar distinto al discurso oficial, desarrollar su autobiografía sin seguir los parámetros culturales generales, o por un factor con respecto al cual no pueden ejercer ningún control como, por ejemplo el color de su piel y es por ello que por regla, se entiende que la discriminación es el rompimiento voluntario, intencional y doloso del principio de igualdad (21).

IV. Los efectos de la ley 23.592 en el campo del derecho laboral

Con posterioridad a la sanción de la ley 23.592 que instauró el principio de no discriminación en el campo de las relaciones privadas, el legislador consideró prudente sancionar un nuevo ordenamiento —esto es la ley 25.013 (BO. del 24/09/1998) — con la finalidad de proteger al trabajador contra actos antijurídicos tipificando como despido discriminatorio el originado en motivos de raza, sexo y religión ya que, parte de su articulado, fue vetado por decreto 1111/1998 del Poder Ejecutivo.

La intención legislativa no era consagrar un régimen prohibitivo del despido sino, simplemente, adicionar una reparación de carácter tarifado a la impuesta por imperio del art. 245 de la LCT, mediante la elevación a un 30% de dicho monto sin tope y es por ello que, para parte importante de la doctrina (22), el citado ordenamiento debía ser descalificado ya que ignoraba la obligatoriedad y el carácter vinculante de las normas internacionales que conducen a la ineficacia de este tipo de despido violatorio de los derechos humanos fundamentales, que tenían entrada constitucional por vía del art. 75, inc., 22, pretendiendo vanamente eclipsar la aplicación de la ley 23.592 con el perverso argumento de que la ley específica prevalece sobre la norma más favorable

Si bien el art. 11 de la ley 25.013 recién fue derogado por el art. 4º ley 25.877 (BO. del 10/03/2004), la mayoría de los doctrinarios se preocuparon por defender la operatividad de la ley 23.592 frente a la ley 25.013, algunos con cortapisas —es decir admitiendo que, en tales supuestos, cabría aplicar una reparación extraordinaria de un año de sueldos aplicando, por analogía, los arts. 178 y 182 de la LCT— y otros, por el contrario, defendiendo la idea que correspondería declarar nulo el despido discriminatorio y reinsertar al trabajador en su puesto de trabajo.

V. El caso “Álvarez c/Cencosud”

La discrepancia normativa fue resuelta por la Corte Suprema defendiendo, por mayoría, una proyección amplia del art. 1º de la ley 23.592 (23) por entender que correspondía: a) la plena aplicación de la ley 23.592 en las relaciones de trabajo por cuanto nada hay en el texto de la ley, ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; b) que la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia que puedan funcionar como “santuarios de infracciones” y c) la citada norma legal resulta apropiada y necesaria en el ámbito de las relaciones de trabajo que está constituida por la actividad humana la cual resulta, per se, inseparable de la persona y de su dignidad.

En mérito a lo expuesto, la Corte declaró la nulidad del despido directo y ordenó la reincorporación de trabajadores escudidos de la empresa por razones gremiales.

No obstante, la minoría de la Corte Suprema entendió que lo razonable resultaba, ante la negativa empresaria de reinstalar al operario, ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios que estipula el art. 1º de la ley 23.592 con más una suma adicional —un año de salarios— igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación como aquellas que se producen en casos de despido por maternidad y/o matrimonio (voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay).

Para la visión de la minoría, la Ley de Contrato de Trabajo ya vedaba determinadas prácticas discriminatorias —despido por matrimonio y embarazo— y lo hacía elevando el costo del despido impuesto sin causa, correspondiendo respetar dicha política legislativa compatible con el art. 14 bis de nuestra Carta Magna que, en beneficio del trabajador privado, establece la llamada estabilidad impropia o relativa.

El Supremo Tribunal señaló, también, que la persona que alega la existencia de un despido discriminatorio debe mostrar, *prima facie*, o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por la norma que invoca y que la ejercita de modo regular, ya que no cualquier actividad u opinión en el campo laboral es de carácter sindical o gremial y que, por el contrario, el empleador debe demostrar una causa legítima de despido, es decir un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación (24).

En su aspecto práctico, la doctrina pretoriana permitió que activistas sindicales invocasen la protección de la ley 23.592 siendo reinstalados en el puesto de trabajo.

VI. El caso “Fontana, Edith F. c/Cibie Argentina SA”

El 08/04/2021, en plena etapa de pandemia, la Corte Suprema vuelve a pronunciarse sobre la tutela de un activista gremial. Si bien el pronunciamiento no parece innovar en su pensamiento tradicional, la Corte resolvió revocar por arbitrario, el fallo de la Cámara Laboral que había hecho lugar al pedido de reinstalación efectuado.

Destaca, como vicio jurisdiccional, que el tribunal laboral no había tratado la defensa empresaria relativa a que el despido había

(12) LINARES QUINTANA, Segundo, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Plus Ultra, t. IV, p. 252.

(13) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, t. I, ps. 262/3.

(14) EKMEKDJIAN, Miguel A., “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, 1991, t. II, p. 151.

(15) BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Astrea, t. I, p. 481.

(16) Se ha señalado que la lectura del texto de la

ley 23.592 permite advertir que la inquietud disparadora residía en las restricciones al ingreso de los jóvenes a locales de baile, pero los términos en los que la ley estaba redactada eran ciertamente mucho más generales (GUIBOURG, Ricardo “Vulnerabilidad discriminatoria”, DT 2015-3-487).

(17) “Delitos de odio. Guía práctica de abogacía”, Fundación Abogacía Española, p. 7.

(18) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “La discriminación y el contrato de trabajo”, LA LEY, 2006-E, 134.

(19) KAUFMAN, Gustavo A., “Dignus inter pares”, Abeledo Perrot, 2010, p. 220.

(20) KIPER, Claudio M., “La discriminación”, LA LEY, 1995-B, 1025; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La discriminación: una cuestión constitucional”, LA LEY, 2001-B, 896.

(21) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ad-hoc, p. 149; FERA, Mario S., “El derecho del trabajo en los fallos de la Corte Suprema”, Ed. La Ley, 2013, p. 62.

(22) MEIK, Moisés, “Reflexiones sobre la estabilidad en el empleo y el despido discriminatorio”, www.eft.org.ar.

(23) CS, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, 07/12/2010, Fallos 333:2306.

(24) CS, “Pellicori, Liliana c/Colegio Público de Abogados”, 15/11/2011, Fallos 334:1387; id. “Varela, José Gilberto c/Disco SA”, 04/09/2018, Fallos 341:1106.

obedecido a graves problemas económicos de la empresa y que, en caso de haberse acreditado tal extremo, la decisión rupturista estaría justificada por una causa seria y objetiva, ajena a todo móvil discriminatorio.

El pronunciamiento, desde luego, no satisfará ni a tirios, ni a troyanos, pero no puede menos que llamarnos la atención: no es dable ignorar que, tanto la Corte Suprema como la doctrina, ven con disfavor el art. 247 de la LCT que es la norma que autoriza la extinción del contrato de trabajo por razones de fuerza mayor o por falta o disminución del trabajo, es decir por razones económicas.

Se considera, en tal sentido, que dicha directiva no cobija situaciones de riesgo empresario como la pérdida de clientela, la caída de ventas, las crisis económicas y demás factores engendrados por el sistema de competencia comercial y la producción capitalista: el riesgo tiene que ser ajeno al propio que asume toda empresa dentro de

(25) CS, "Baña c/Asociación Mutual del Personal de YPF", 02/12/1999, DT 2000-A-835.

Texto completo de fallo de p. 8

5º) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

6º) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385—, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. —

un sistema de competencia libre. El Superior Tribunal de la Nación señaló (25), hace dos décadas, que el instituto del despido por falta o disminución de trabajo en los términos referidos por el art. 247 de la LCT establece una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la empresa, lo que justifica su proyección restrictiva en los litigios laborales.

Por ello, en la práctica, la citada normativa cayó en desuetudo (26) y ha sido reemplazada por el denominado procedimiento preventivo de crisis según los lineamientos de los arts. 98 a 105 de la Ley de Empleo.

Lo expuesto sin perjuicio de que, pandemia mediante, los decretos del Poder Ejecutivo hayan consagrado prohibiciones a la figura del despido por razones económicas, en un intento infructuoso de conservar relaciones de trabajo que, en realidad, han sido jaqueadas por la aparición de un virus que ha contribuido a la ruptura del tejido institucional, social y económico.

(26) Se ha señalado, en tal sentido, que la jurisprudencia ha terminado por derogar la causal prevista en el

Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti. — Juan Carlos Maqueda (por su voto). — Horacio Rosatti (en disidencia).

Voto del doctor Don Juan Carlos Maqueda

Considerando:

1º) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de \$ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2º) Que, para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en "Pellicori" (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un "haz de indicios suficientes" para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3º) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 —cuya denegación originó esta queja— en el cual, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Critica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4º) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

VII. Conclusión

En definitiva, es posible que la Corte, al menos "in pectore", entienda como factible flexibilizar, en un futuro próximo, su visión restrictiva en la materia frente a la crisis económica que aflige a la Nación en razón de la pandemia generada por la aparición del virus COVID-19 que ha producido una paralización de los sectores productivos: las decisiones políticas —decretos de necesidad y urgencia—, adoptadas para frenar la propagación del virus, tuvieron un efecto nefasto sobre la economía determinando el endeudamiento masivo de los ciudadanos afectados por el aislamiento decretado, el cierre de emprendimientos productivos e, incluso, la desaparición de fuentes de trabajo informal, desatando una especie de tormenta perfecta sobre un Estado empobrecido.

En verdad, la crisis generada por la pandemia implicó un triple golpe económico: a) uno de oferta de productos al mercado de consumo, debido a las medidas de aislamiento y/o dis-

art. 247 de la LCT (RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Falta o disminución del trabajo", DT 2011-7-1695).

5º) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación.

6º) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385—, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — Juan Carlos Maqueda.

Disidencia del doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1º) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar el

tanciamiento social obligatorio y preventivo; b) uno de demanda, derivado de los menores ingresos que genera la paralización de la actividad económica que afecta, en mayor o menor grado, a todos los grupos sociales y c) uno financiero, asociado a los límites de liquidez que enfrentan las empresas productivas de bienes y servicios, en especial en el seno de las pequeñas y medianas unidades de producción, que son aquellas de las que se nutre el empleo privado.

Por otra parte, el COVID-19 golpeó una economía anémica sin capacidad suficiente para producir riqueza, incrementando los índices de pobreza e indigencia, lo que genera la ruptura del tejido social y hace que los individuos descrean de la capacidad operativa del Estado de Derecho para responder a sus expectativas vitales.

La Corte Suprema, al hacer referencia a los problemas económicos de las empresas, se introduce en el delicado ojo de la tormenta de un mundo jaqueado por la aparición del coronavirus.

Cita on line: AR/DOC/1594/2021

fallo de la instancia anterior, hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad del despido dispuesto por la empleadora por encubrir un acto discriminatorio y la condenó a reinstalar a la actora en su puesto de trabajo y a abonarle la suma de \$ 150.000 con más sus intereses.

2º) Que, para decidir de ese modo, tuvo en cuenta que la pretensión se proyectaba sobre la ley 23.592 y que debía ser resuelta de conformidad con el estándar fijado por esta Corte en el precedente "Pellicori" (Fallos: 334:1387).

Desde esa perspectiva, juzgó que los elementos de juicio reunidos en la causa permitían tener por configurados indicios suficientes que autorizaban a presumir que la demandante había sido víctima de discriminación. En efecto, consideró probado que la trabajadora no solo fue una asistente activa a las asambleas que se realizaron con motivo del conflicto iniciado a fines de 2013, que —en ese entonces— culminó con su despido, sino también que había cumplido el rol de "correa de transmisión" entre los delegados y los trabajadores, difundiendo propuestas gremiales, reivindicando la libertad sindical y militando para concientizar a sus compañeros, todo lo cual daba cuenta de que había existido un motivo discriminatorio, verdadera razón del distracto.

3º) Que, contra tal pronunciamiento, la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445, cuya denegación dio origen a la presente queja. Con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la recurrente aduce que la sentencia se aparta de las constancias de la causa, que daban cuenta de que la desvinculación había obedecido a la grave crisis económica derivada de la caída del mercado automotriz; plantea que la actora no era una activista sindical; y se agravia del monto de condena.

4º) Que el remedio intentado no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

Ello es así, porque el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el *a quo*, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no

individualiza cuáles son concretamente los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el a quo tuvo en cuenta. Las referencias genéricas a “todo el material probatorio” o a “toda prueba producida por Cibie” (fs. 434 vta.), supuesta-

mente preteridas por el a quo, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el a quo formó su convicción respecto de la existencia de discriminación, entre los que se encuentra la

circunstancia de que la actora fue despedida dos veces, la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones.

5º) Que, respecto de los restantes agravios formulados por la apelante, el recurso

extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja. — *Horacio Rosatti*.

Jurisprudencia

Réplicas o dúplicas

Pedido de la demandada orientado a que se efectúe el testado de una frase incorporada en una presentación de la asociación actora. Rechazo.

1. - El pedido de la accionada orientado a que se efectúe el testado de la frase “como V.S. sabe, en el presente juicio colectivo se discuten y se intentan resguardar los derechos e intereses de miles de consumidores afectados por la conducta ilegal y abusiva desplegada por la demandada” manifestada por la asociación demandante debe rechazarse, pues el tribunal no advierte, ni ello ha sido explicitado conducentemente en el memorial de agravios, que la frase transcripta *ut supra* constituya una dúplica.

2. - La regla que veda las llamadas “réplicas” o “dúplicas” lejos de afectar la igualdad de las partes (arts. 16 y 18, CN) tienden a protegerla, puesto que preserva el buen orden del proceso, sugiriendo razonablemente el modo y la oportunidad preclusiva para que las partes ejerzan el derecho de contradicción y de defensa en juicio

CNCom., sala D, 18/05/2021. - ACYMA Asociación Civil c. Falabella S.A s/ Ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/30802/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 18 de 2021.

1. La parte demandada apeló la resolución dictada el día 28/12/2020, en cuanto desestimó su pedido orientado a que se efectúe el testado de cierta frase por considerarla una réplica, y le impuso las costas generadas en dicha incidencia.

El memorial que sostiene el recurso deducido el día 01/02/2021 fue presentado en fecha 10/02/2021, y respondido el 23/02/2021.

2. Liminarmente corresponde precisar que la pretensión de la recurrente consiste en que se ordene el testado de la manifestación efectuada por la asociación civil accionante en el punto 3 de la presentación de fs. 1850, en cuanto reza: “Como V.S. sabe, en el presente juicio colectivo se discuten y se intentan resguardar los derechos e intereses de miles de consumidores afectados por la conducta ilegal y abusiva desplegada por la demandada”.

Ahora bien, debe aquí recordarse que la regla que veda las llamadas “réplicas” o “dúplicas”, lejos de afectar la igualdad de las partes (arts. 16 y 18, CN) tienden a protegerla, puesto que preserva el buen orden del proceso, sugiriendo razonablemente el modo y la oportunidad preclusiva para que las partes ejerzan el derecho de contradicción y de defensa en juicio (conf. esta Sala, 05/04/2016, “Vitelli, Enrique C. c. Super Servicios SA s/ ordinario”; íd., 22/09/2015, “Arcor SAIC c. Cesce Argentina de Seguros de créditos y garantías SA s/ ordinario”; íd., 30/12/2013, “Nicolás Constantinidis SA c. Salentein Fruit SA s/ ordinario”; íd., CN-Com., Sala C, 03/07/1991, “Menéndez, Jorge c. Fernández Blanco s/ ordinario”).

Sobre tales premisas, el Tribunal no advierte, ni ello ha sido explicitado conducentemente en el memorial de agravios, que la frase transcripta *ut supra* constituya una dúplica en los términos antes señalados.

Lo expuesto, máxime cuando no se vislumbra en el caso un estado de indefensión para la parte demandada, ni tampoco se advierte que admitir la cuestionada presenta-

ción de la actora implique retrotraerse a etapas procesales ya precluidas.

En definitiva, en el *sub lite* la Sala no juzga plasmado el exceso o la extralimitación invocada por la demandada recurrente, de modo tal que justifique considerar imperinentes aquellas expresiones vertidas por su contraria (en similar sentido, esta Sala, 04/03/2021, “Papelería Bariloche SACIFEI SA c. Delfino, Andrea F. s/ ordinario”; CN-Com., Sala F, 16/09/2014, “Topa, Salvador J. c. Volkswagen Argentina SA y otros s/ ordinario”).

Todo lo cual sella la suerte adversa de la crítica ensayada.

3. En cuanto a la crítica vinculada a los gastos causídicos, cabe recordar que en la mayoría de los sistemas procesales su imposición se funda en el criterio objetivo del vencimiento (conf. Chiovenda, G., *Principios de derecho procesal civil*, T. II, p. 404, Madrid, 1925; Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, T. II, p. 472, Buenos Aires, 1942).

Y así, como principio, en la ley procesal vigente se ha adoptado también dicho criterio (art. 68 del Cód. Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1989, T. 3, p. 85), lo que implica que quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente debe soportar el peso de los gastos causídicos (conf. Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 1, N° 315, Buenos Aires, 1971).

En ese esquema la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues —como regla— no es justo que el triunfador se vea privado del resarcimien-

to de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derechos (conf. CNCom., Sala D, 21/10/2006, “Srebro, Brenda c. Red Cellular SA y otro”, y sus citas).

Por otra parte, cabe recordar que lo atinente a la carga de las expensas no puede decidirse por consideraciones de índole subjetiva, ya que su imposición no responde ni se funda en la idea de una mala fe que castigar (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., ob. cit., T. 2, p. 86), como tampoco en valoraciones subjetivas acerca de la conducta moral de las partes (conf. Highton, E. y Areán, B., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales - Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2004, T. 2, p. 54).

Desde la perspectiva de lo expuesto no se justifica alterar lo decidido por el magistrado de grado en materia de costas, pues, en definitiva, el planteo introducido por la demandada implicó bilateralidad y controversia, y finalmente, resultó objetivamente vencida en la incidencia.

Idéntico temperamento habrá de adoptar-se respecto de las costas generadas en esta instancia de revisión.

Por todo lo hasta aquí expuesto, se resuelve: Rechazar la pretensión recursiva *sub examine*; con costas a la recurrente vencida (conf. cpr 68, primer párrafo y 69). Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/2013); agréguese copia certificada de lo resuelto al expediente físico, y devuélvase la causa tanto en su soporte electrónico como en el expediente “papel”, al Juzgado de origen. — *Gerardo G. Vassallo*. — *Pablo D. Heredia*. — *Juan R. Garibotto*.

Edictos

COM 34983/2019. SUZO HAPP ARGENTINA S.R.L. s/CONCURSO PREVENTIVO. La Doctora Valeria Pérez Casado, a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 18, secretaria n° 35, a cargo del autorizante, sito en M.T. de Alvear 1840, piso 3º, C.A.B.A., comunica por cinco (5) días que se dispuso: el 03/05/21 en autos “ZAMPOLLA PABLO ESTEBAN s/ CONCURSO PREVENTIVO” Exte. 4182/2021, la apertura del concurso de PABLO ESTEBAN ZAMPOLLA, CUIT 20-13740953-5., en autos “PEI-

LER JENS HOLGER s/ CONCURSO PREVENTIVO” Exte. 3371/2021, la apertura del concurso de JENS HOLGER PEILER, CUIT 20-93704533-7. Los concursos abiertos en carácter de garantes (art. 68 LCQ) de SUZO HAPP ARGENTINA S.R.L., CUIT 30-70972230-8, concurso abierto el 02/03/21, en autos “SUZO HAPP ARGENTINA S.R.L. s/ CONCURSO PREVENTIVO” Exte.34983/2019, cronogramas unificados. Síndico designado: Dr. Alberto Daniel Quinteros, domicilio: Viamonte 1785, piso

2º, of. 201”, C.A.B.A., T.E. 4815-6382, e-mail: “albertoquinteros@estudioquinteros.com.ar”. Se prorroga el plazo de Verificaciones al Síndico hasta el 08/07/2021, no presenciales en sitio web: <https://sites.google.com/view/albertodanielquinteros/procesos-activos>, y presencial residual (previo turno): <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=9ZEL9Lq4j%2FdoGD-WWjhBj94eoVnKWyOAhIS2jFLIUCjY%3D&tipoDoc=despacho&cid=1034334>. Arancel sindicatura por transferencia Banco Patagonia

CBU 0340023408230204583001. Publíquese en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 10 de mayo de 2021
Santiago Doynel, sec.

LA LEY: I. 07/06/21 V. 11/06/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 16, a cargo de Javier Humberto Fernández, Secretaría única, a cargo de Lucas Rovatti, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950 entrepiso, en los autos “GARCÍA TERESA Y OTROS c/ FERNÁNDEZ HNOS SRL Y OTROS s/ESCRITURACIÓN” Expte. 61070/2009,

cita y emplaza por diez días a los herederos de ISAAC GOLDBASER, CI 2.297.313 a efecto de que comparezcan a tomar la intervención que les corresponda, bajo apercibimiento de designarse al Defensor Oficial para que los represente en juicio. Publíquese por dos días en el Diario “LA LEY” de CABA.

Buenos Aires, 7 de abril de 2021
Lucas Rovatti, sec.

LA LEY: I. 04/06/21 V. 07/06/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal

N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que HENRY LOUIS CABRERA MIJARES de nacionalidad venezolana con DNI 95.695.602 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría bostar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2021

Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 04/06/21 V. 07/06/21

