



Las cláusulas de acción colectiva en el proyecto de ley de Mercado de Capitales

María Victoria Funes

SUMARIO: I. Introducción.— II. Las cláusulas de acción colectiva.— III. El Proyecto.— IV. Conclusiones.

➔ La necesidad normativa de incluir cláusulas de acción colectiva en las condiciones de emisión depende en gran parte de la existencia o no de mecanismos alternativos de reestructuración de deuda, útiles y eficientes, que permitan imponer, a través de una mayoría calificada, el acuerdo a los acreedores disidentes o ausentes.

I. Introducción

El pasado 16 de noviembre el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso un proyecto de Ley de Desarrollo del Mercado de Capitales con el objetivo explícito de desarrollar el mercado de capitales buscando aumentar la base de inversores y de empresas que se financien en dicho ámbito, como así también alentar la integración y federalización de los distintos mercados del país.

El proyecto incorpora modificaciones a varias leyes, entre ellas, la ley 26.831 de Mercado de Capitales, la ley 23.576 de Obligaciones Negociables, la ley 24.083 de Fondos Comunes de Inversión, la ley 20.643 del Régimen de Desgravación Impositiva de Títulos Valores Privados, la ley 27.264 de Programa de Recuperación Productiva y la ley 25.246 de Lavado de Activos.

El objeto del presente se focaliza en analizar las nuevas disposiciones del proyecto que modifican la actual Ley de Obligaciones Negociables, en particular, la atinente

a las denominadas “cláusulas de acción colectiva” en los bonos corporativos, que persiguen que decisiones adoptadas por una mayoría calificada puedan modificar o dispensar cualquier término y condición, obligando también a la minorías que votaron en contra.

Adelantamos que consideramos atinado y ventajoso (porque resulta más transparente y económicamente más eficiente) que la normativa argentina permita incluir estas cláusulas en las condiciones de emisión aunque consideramos que el proyecto contiene imprecisiones que podrían ocasionar futuros cuestionamientos relativos a la efectiva recepción y/o implementación de este mecanismo. *De lege ferenda* consideramos conveniente (i) exceptuar de la remisión al art. 354 de la Ley General de Sociedades lo atinente a las mayorías para adoptar modificaciones a las condiciones de emisión; (ii) prever una mayoría calificada, por ejemplo el 75% del capital en circulación, como piso para aprobar términos y condiciones fundamentales de una emisión, como ha sido el caso de las más recientes legislaciones en la materia; (iii) excluir del cómputo de la votación supuestos que podrían habilitar votos “complacientes”; y (iv) explorar la posibilidad de que estas cláusulas puedan ser aplicadas en forma agregada, como lo prevén las cláusulas *modelo* preparadas por la Asociación Internacional de Mercado de Capitales (*International Capital Market Association* o *ICMA*) relativas a bonos soberanos.

II. Las cláusulas de acción colectiva

¿Qué son y para qué sirven?

Las cláusulas de acción colectiva suponen la posibilidad de que una mayoría

calificada modifique los términos y condiciones esenciales de un bono y que dicha modificación se aplique a todo el universo de tenedores, impidiendo así el ejercicio de acciones individuales de cobro. De esta manera se fuerza a la minoría a aceptar las modificaciones acordadas por una mayoría calificada.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho (1), estas cláusulas operan como un mecanismo contractual de solución *ex ante* al problema de los *holdouts*, desincentivando el bloqueo de acuerdos por acreedores minoritarios que, ostentando un poder exorbitante, esperan cobrar el 100% de su acreencia a expensas de los acreedores que aceptaron la renegociación, perjudicando en definitiva al emisor en su objetivo de normalizar su situación financiera. Cuando estas cláusulas no están previstas, los acreedores que rehúsan la reestructuración se benefician porque el deudor, luego de la reestructuración, está en mejores condiciones para pagarles, es decir, los acreedores reestructurados en última instancia ayudan a pagar el 100% de la acreencia a los *holdouts* (2).

El objetivo del procedimiento de acción colectiva es la cooperación de las partes entre sí con el fin de evitar mayores costos procesales que se generarían si cada acreedor ejerciera acciones individuales de cobro y así evitar resultados disvaliosos que pueden derivar en liquidaciones prematuras de empresas y posibles pérdidas de valor para los propios acreedores (3).

En materia de bonos corporativos las cláusulas de acción colectiva, si bien ya

vienen siendo receptadas desde hace tiempo por bonos sujetos a ley inglesa (4), han tenido reciente acogida en la legislación de ciertos países que antes las prohibían, como ser Chile y Alemania (5). Sin embargo, en ciertas legislaciones, incluyendo la Argentina y los Estados Unidos (6), la regla es que se necesita el voto unánime de los acreedores para modificar términos fundamentales de los bonos (por ejemplo, capital, intereses o vencimientos). Esto se traduce en un incentivo normativo a no aceptar reestructuraciones de deudas por mecanismos contractuales o de mercado favoreciendo el éxito de estrategias de *holdouts* y mecanismos de reestructuración costosos y lentos.

El origen de las cláusulas de acción colectiva: la deuda soberana

Las cláusulas de acción colectiva tienen su origen en bonos soberanos. Tradicionalmente se incluían en emisiones bajo ley inglesa y japonesa y, a partir de 2003, se extendieron a los bonos soberanos bajo ley de Nueva York con la incorporación de estas cláusulas en bonos soberanos de México.

Los numerosos *defaults* de ciertos países emergentes de fines del 90 y, en particular, el conflicto judicial entre la Argentina y los *holdouts*, puso de manifiesto la vulnerabilidad del sistema financiero internacional respecto al marco jurídico aplicable a la deuda soberana. El hecho de que los estados no puedan concursarse y no se les pueda aplicar ni aspectos de fondo ni procesales empleados en dichos procesos, ha intensificado el debate respecto a las posibles soluciones al problema sistémico de los *holdouts*. En efecto, se han sugerido

DOCTRINA. Las cláusulas de acción colectiva en el proyecto de ley de Mercado de Capitales

María Victoria Funes 1

BIBLIOGRAFÍA. Ejercicio abusivo de los derechos societarios

Autor: Lorena R. Schneider. Comentario: Demetrio Alejandro Chamatropulos 4

NOTA A FALLO

Discontinuidad de las disposiciones testamentarias. Su interpretación en el Código Civil y Comercial

Laura Evangelina Fillia 5

JURISPRUDENCIA

SUCESIÓN TESTAMENTARIA. Legado. Eximición de gastos. Oposición a la inscripción de un bien del acervo hereditario. Procedencia (CNCiv.) 5

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. Prueba de la pretensión. Libros contables (CNCCom.) 7

RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD. Juez de grado que resuelve de conformidad al art. 32 *in fine* del Código Civil y Comercial. Readecuación de la sentencia al primer, segundo y tercer párrafos de la norma. Padre y madre designados como figuras de apoyo. Especificación de los actos para los cuales se requiere asistencia o representación (CNCiv.) 10

MORIGERACIÓN DE INTERESES. Juicio ejecutivo. Capitalización de intereses dispuesta en la sentencia de grado. Recurso de apelación. Recepción de la facultad judicial de morigerar intereses en el Código Civil y Comercial. Alusión al “costo medio del dinero” en el art. 771 de la nueva normativa. Interpretación. Aplicación de la tasa de interés del Banco de la Nación Argentina. Adición de un plus. Razonabilidad. Limitación de intereses en caso de sentencia firme. Modificación de la sentencia (CNCCom.) 11

do soluciones de mercado o contractual (como la incorporación de nuevos modelos de cláusulas de acción colectiva y *pari passu*) o alternativas regulatorias, a través del establecimiento de un ordenamiento legal supranacional o multilateral que regule estos aspectos.

Las dos alternativas, con sus matices y mayor o menor riesgo, tienen como objetivo hacer más ordenadas y predecibles las reorganizaciones soberanas (7). Sin embargo, en el ámbito de los bonos soberanos, la reforma más receptada ha sido aquella basada en el mercado, es decir, en la incorporación de cláusulas de acción colectiva a los términos y condiciones de los bonos soberanos.

El *Fiscal Agency Agreement* (suscripto en 1994) bajo el cual se emitieron los títulos argentinos que entraron en *default*, no contenía una cláusula de acción colectiva. Recordemos que en su momento la Corte de Nueva York estableció que Argentina había violado la cláusulas *pari passu*, en su acepción amplia, es decir, en el sentido que todos los bonistas debían ser pagados en forma proporcional y que cualquier pago efectuado por la Argentina de la deuda reestructurada que no fuera acompañado de un pago proporcional a los *holdouts*, era ilegal.

Este fallo de la justicia estadounidense puso sin dudas en jaque la reestructuración ágil, ordenada y predecible, aspectos deseables en cualquier reestructuración soberana (8). En razón de ello, en 2014, la Asociación Internacional de Mercado de Capitales (*International Capital Market Association* o *ICMA*) propuso modelos de cláusulas de acción colectiva y cláusulas

pari passu (9), para así combatir de antemano la obstaculización de acuerdos de reestructuración por minorías como fue el caso argentino. También el FMI hizo algunas recomendaciones para fortalecer las cláusulas de acción colectivas con mecanismos más fuertes en materia de negociación (10).

En efecto, el modelo de nueva cláusula *pari passu* propuesta por ICMA excluye expresamente su interpretación amplia en el sentido de que el deudor no tiene ninguna obligación de pagar a todos sus acreedores proporcionalmente, ni tendrá la obligación de pagar otra deuda como condición para pagar un bono en particular y viceversa.

Respecto a las cláusulas de acción colectiva, ICMA sugiere incluir un mínimo de votos que represente el 75% del monto de capital total pendiente de pago de todas las series afectadas. Asimismo, sugiere utilizar un procedimiento de votación "unificada" que permita que los bonos se reestructuren sobre la base de una única votación para todas las series afectadas. En efecto, la existencia de las cláusulas de acción colectiva no eliminan por sí solas el problema de los *holdouts* cuando existen más de una serie de bonos en *default*, en cuyo caso la estrategia de los *holdouts* podría consistir en hacerse de un porcentaje en una de las series mínimamente superior al 25% para así bloquear la reestructuración en su conjunto. Por ello, las cláusulas de acción colectiva sugeridas por ICMA prevén tres mecanismos de votación alternativos para reducir el riesgo *holdout*, a elección del deudor: (i) aplicable a series únicas: si los tenedores del 75% del capital de una serie aceptan las nue-

vas condiciones, la minoría disidente o ausente de esa serie estaría obligada por el acuerdo; (ii) aplicable a múltiples series - *two-limb voting*: si al menos la mitad de los bonos de cada serie y los dos tercios del total del capital en circulación aceptan las nuevas condiciones, los acreedores disidentes y ausentes estarían obligados por el acuerdo; y (iii) aplicable a múltiples series - *single-limb voting*: si el 75% del total del capital en circulación aprueba las nuevas condiciones, el resto de los disidentes o ausentes estarían obligado por el acuerdo. Para prevenir que los acreedores minoritarios sean tratados de manera injusta, este último escenario (iii) requiere que el emisor ofrezca a todos los acreedores afectados las mismas condiciones de reestructuración (11).

Alternativas bajo la normativa argentina a la hora de reestructurar deuda financiera proveniente de bonos corporativos en default

La necesidad de incorporar normativamente la posibilidad de incluir cláusulas de acción colectiva en las condiciones de emisión depende en gran parte de la existencia o no de mecanismos alternativos de reestructuración de deuda, útiles y eficientes, que permitan imponer a través de una mayoría calificada, el acuerdo a los acreedores disidentes o ausentes.

En efecto, no desconocemos que en nuestra legislación existen otras alternativas para modificar los términos y condiciones de los bonos corporativos cuando el objeto es reestructurar deuda financiera ante una situación de crisis financiera o insolvencia del emisor. Nos referimos específicamente al concurso preventivo, al acuerdo preventivo extrajudicial o APE (12) o a

una oferta de canje de obligaciones negociables, todas opciones que con sus matices han sido frecuentemente utilizadas con mayor o menor éxito por emisores locales para reestructurar deuda financiera luego de la crisis del 2001.

El mecanismo preferido para reestructurar bonos en *default* de emisoras argentinas ha sido el ofrecimiento de canjes de deuda, unidos muchas veces a solicitudes de consentimiento de salida o *exit consent* (13) y otras, además, a la posibilidad posterior de presentar el acuerdo como un APE para el caso de no obtenerse una mayoría determinada, actuando de esta forma el APE como una especie de disuasivo para los *holdouts* que no desean adherirse al canje (14). Este mecanismo ha sido diseñado para sortear la restricción de facto que produce la exigencia de unanimidad en nuestra legislación para modificar términos y condiciones fundamentales.

Sin embargo, más allá de la evidente complejidad de estos mecanismos, el costo y tiempo que involucran y sus ventajas y desventajas, pueden ser objeto de cuestionamientos por su naturaleza coercitiva y poco transparente y el abuso que podría generar en el emisor (15). Sin embargo, coincidimos con Paolantonio en el sentido de que no existe una prohibición legal expresa al respecto y que no cabría exacerbar el carácter individual del derecho de crédito más allá de lo previsto por el legislador "el uso de mayorías para modificar términos no fundamentales de una emisión puede servir como un eficaz contrapeso para estrategias de *holdout* ante una crisis financiera, dándole algo de flexibilidad al régimen del artículo 354 de la LSC, pero respetando a su vez la integri-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Para el análisis del presente trabajo resulta una herramienta muy útil para la búsqueda de estructuras legales económicamente más eficientes. Ver COASE, R. H. "The problems of social cost", en *Journal of Law and Economics*, V. 3, 1960.

(2) Para un análisis profundo que justifica la incorporación de las cláusulas de acción colectiva en bonos corporativos, ver ROE, Mark J., "The Voting Prohibition in Bond Workouts", *The Yale Law Journal*, 232 (1987). Este autor hace evidente con el siguiente ejemplo el valor expropiado por la conducta del *holdout*: "A" y "B" le prestan cada uno \$1 a una empresa que vale \$10 al momento del préstamo. De manera inesperada, disminuye el valor de la empresa a \$1. Cada préstamo tiene un valor nominal de \$1, pero su valor real no excede de u\$s 0,50. La empresa les ofrece un plan de reestructuración: canjear el bono existente de \$1 por aproximadamente un 50% del capital ordinario de la empresa. Si "A" sigue adelante con el plan pero "B" no, la mayor parte del valor de la empresa iría para "B". La empresa, que vale aproximadamente \$1, puede apenas pagar el reclamo de "B" de \$1 después de que "A" haya canjeado su bono por nuevas acciones. Incluso si "A" recibiera la totalidad de las acciones, el valor de las mismas sería prácticamente nulo. "B" se mantendría a flote a costa de "A". "A" perdería su preferencia, es decir, el derecho al pago de intereses antes que los accionistas reciban dividendos y su derecho a ser pagado antes que los accionistas, en el caso de una quiebra. Dado que "B" no renunció a su prioridad, "B" recibiría su pago antes que todos los accionistas, incluido "A". Los banqueros especializados y sus asesores anticiparán este efecto y, antes de "renunciar a su prioridad", van a insistir en la "igualdad del sacrificio", y requerirán que otros acuerden un intercambio similar como condición precedente al canje.

(3) JACKSON, Thomas, "Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements and the creditor's bargain", *The Yale Law Journal*, 1982, p. 857; en PAOLANTONIO, Martín E. "Obligaciones Negociables", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2004, p. 169.

(4) WOOD, Philip R., "Law and Practice of International Finance: International Loans, Bonds and Securities Regulation", London, Sweet & Maxwell, 1995,

ps. 179-185 en SERRANO REDONNET, Diego M. *Reestructuración de deuda financiera*. LA LEY, 2007-D, 753. También, aunque no tan numerosos, bajo ley de Luxemburgo y Japón.

(5) BERDEJÓ, Carlos, "Collective Action Clauses & Corporate Bonds Spreads: Evidence from Chile", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 36, 2016; en donde realiza un análisis empírico de cómo la reforma legal en Chile de 2007 que receptó las cláusulas de acción colectiva produjo en la práctica una reducción de las tasas de interés de los bonos domésticos chilenos en un 20% en comparación con otros bonos chilenos que no contenían estas cláusulas. El mismo autor también analiza si la inclusión de las cláusulas de acción colectiva en bonos corporativos chilenos viene acompañado de la inclusión de compromisos financieros más restrictivos, llegando a una conclusión negativa. En el caso chileno, la Ley No. 18.405 del Mercado de Valores establece un piso de una mayoría calificada que asciende a 75% del monto total de capital pendiente de pago. Por otra parte, Alemania que también receptó estas cláusulas en su normativa en 2009, contiene previsiones muy similares a las previstas en la legislación chilena, receptando también un piso del 75%. Si el *indenture* guarda silencio, en ambas legislaciones se aplica la unanimidad para modificar términos esenciales.

(6) Estados Unidos (en especial, la ley del Estado de Nueva York) configura, junto a la ley inglesa, las leyes aplicables más comunes de emisiones de bonos con colocación internacional. La *U.S. Trust Indenture Act* de 1939, una ley federal que aplica a la mayoría de ofertas públicas de deuda registradas en los Estados Unidos, tampoco autoriza las cláusulas de acción colectiva al prever que para modificar términos y condiciones fundamentales es necesario el consentimiento de todos y cada uno de los bonistas salvo el pago de intereses, postergable por un máximo de 3 años con una mayoría del 75 % del capital. Esta regulación fue adoptada en respuesta a la creencia de que los acreedores con información privilegiada habían obtenido ventajas de otros acreedores en la crisis de 1930 a través de reestructuraciones forzadas que enriquecieron a los accionistas a expensas de los bonistas. Véase ROE, Mark J. "The voting prohibition in bond workouts", *The Yale Law Jour-*

nal, 232 (1987), p. 250 en donde analiza el origen de la restricción y cómo ya en los años 80 no resultaban aplicables las razones que originariamente justificaron la restricción en la *Indenture Act*. Ver también, EICHENGREEN, Barry - MODY, Ashoka, "Do collective action clauses raise borrowing costs?", *The Economic Journal*, 114 (April), 247-264.

(7) Respecto a las ventajas y desventajas de estas alternativas desde una perspectiva del análisis económico del derecho, véase RANIERI, Agustina María, "Deuda soberana: problemas y soluciones en la encrucijada", *Revista Pensar en Derecho*, 2015, N° 6, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho-revistas/6/deuda-soberana-problemas-y-soluciones-en-la-encrucijada.pdf>.

(8) NEUMEYER, Andrés, "Argentina y el Sistema Financiero Internacional", 14/12/2014, <http://focoeconomico.org/2014/12/14/argentina-y-el-sistema-financiero-internacional/> y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Marlén, "El problema de la acción colectiva en la reestructuración de la deuda soberana: modificaciones recientes", *Revista Cubana de Economía y Sociedad* N° 2, La Habana, 2015.

(9) Disponibles en: <http://www.icmagroup.org/resources/Sovereign-Debt-Information/>. Asimismo, ver MAKOFF, Gregory - KAHN, Robert., "Sovereign Bond Contract Reform: Implementing the new ICMA *pari passu* and collective action clauses", *CIGI Papers*, N° 56, February 2015.

(10) Las recomendaciones están disponibles en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/090214.pdf>

(11) Véase MAKOFF, Gregory - KAHN, Robert., "Sovereign Bond Contract Reform: Implementing the new ICMA *pari passu* and collective action clauses", *CIGI Papers*, N° 56, February 2015, en donde se analiza con un ejemplo práctico el monto de inversión que poder bloquear la reestructuración.

(12) El APE es un proceso de reestructuración de deuda previsto en la Ley de Concursos y Quiebras que consiste en un acuerdo extrajudicial entre un deudor y sus acreedores tenedores de por lo menos 2/3 partes de la deuda quirografaria alcanzada por el mismo que puede ser presentado ante el juez competente para su homologación. Una vez que el APE recibe la

homologación judicial, éste es vinculante para todos los acreedores quirografarios del deudor correspondiente alcanzados por el mismo, incluyendo aquellos acreedores que no prestaron su consentimiento a los términos del APE.

(13) En este caso, la emisora solicita a los tenedores de los bonos que quiere reestructurar, simultáneamente con el canje por nuevo bonos con términos más favorables para el emisor (por ejemplo, una espera, o una quita) su consentimiento (a cambio generalmente de un precio) para modificar términos no esenciales de los bonos objeto de reestructuración, por ejemplo, eliminación de compromisos restrictivos respecto de los cuales no es necesario unanimidad. De esta forma se apunta a reducir de alguna manera el valor de los bonos objeto de reestructuración (que probablemente vea reducida su negociación en el mercado secundario) y forzar el canje por los nuevos bonos. Sin embargo, los tenedores que no aceptan el canje no son compelidos por el acuerdo y están en su derecho de ejercer las acciones individuales de cobro. A raíz de esto, muchos de estos canjes vienen unidos a la posibilidad de instrumentar un APE a fin de alcanzar con el acuerdo a los acreedores disidentes.

(14) SERRANO REDONNET, Diego M., "Reestructuración de deuda financiera", LA LEY, 2007-D, 753. Entre otras emisoras locales que han intentado hacer uso de estos mecanismos pueden citarse, *Banco Hipotecario* (en 2003), *Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A.* (en 2004), *Transportadora de Gas del Norte S.A.* (en 2006, 2009 y 2012), *Central Térmica Güemes S.A.* (en 2007), *Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.I.CyF* (en 2010), *Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A.* (en 2015), *Raghsa S.A.* (en 2015 y 2017). Los respectivos prospectos de canje se encuentran disponibles en la página web de la CNV: <http://www.cnv.gov.ar>.

(15) La justicia argentina si bien enfocada en analizar si las modificaciones efectuadas por la asamblea al modificar los compromisos restrictivos configuraban cuestiones fundamentales de la emisión, ha considerado implícitamente lícitos los procedimientos de consentimientos de salida o *exit consent*. Véase al respecto "Delafield Overseas Corp. S.A. c Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A.", Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 09/09/2004, ED 210-463.

dad económica del crédito del titular que no desea aceptar el canje de deuda” (16).

Estado de las cosas en nuestro ordenamiento jurídico

Conforme el artículo 354 de la Ley General de Sociedades (Nº 19.550) (17), aplicable por expresa remisión del artículo 14 de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables la asamblea de tenedores puede aceptar modificaciones de las condiciones de emisión con las mayorías exigidas para las asambleas extraordinarias en la sociedad anónima (18). Sin embargo, “no se podrán alterar las condiciones fundamentales de la emisión, salvo que hubiere unanimidad” (19).

Es evidente que aquí se vislumbra el principal escollo de nuestro ordenamiento jurídico actual: los términos y condiciones más importantes de una emisión no pueden, bajo la normativa actual, ser modificados si la decisión no se adopta por unanimidad, lo que hace a este procedimiento carente de utilidad por la dificultad práctica de obtener la tan preciada unanimidad de los tenedores acrecentada por el incentivo de los *holdouts* en no otorgar consenso. La prueba más patente es la inexistencia de ejemplos prácticos de emisoras argentinas que han reestructurado sus pasivos a través de este procedimiento en forma autónoma.

Por otra parte, nuestro ordenamiento no define qué debe entenderse por condiciones fundamentales de la emisión. Ello genera que sea en definitiva una cuestión de hecho que deberá determinarse caso por caso, por lo que en un supuesto de conflicto será necesaria una decisión judicial *ex post* para su determinación (20).

La opinión de la doctrina es bastante uniforme al respecto incluyendo en dicho concepto los términos monetarios, es decir, los atinentes a capital, intereses, garantías, moneda, relación o tiempo de conversión de obligaciones negociables convertibles (21). Sin embargo, al analizarse caso por caso, aparecen zonas grises, por ejemplo, si califica como tal la prórroga de sólo una cuota de amortización parcial por dificultades financieras de la emisora, la variación del sistema de amortización periódica en cuanto al número, periodicidad y monto de las cuotas; pasar de una tasa fija a variable o sustituir el lugar de pago (22).

Por su parte, la justicia argentina ha tenido oportunidad de evaluar este concepto en un fallo (23) relativo a los llamados consentimiento de salida, en el que se expresó que ante la falta de mención por nuestra normativa de un concepto de “cláusula fundamental”, esta condición aparece sujeta “a la evaluación de la casuística y el contexto respecto del cual se advierte vinculado el interés financiero perseguido por el acreedor con las obligaciones asumidas por el emisor”. En el caso en cuestión, la emisora se encontraba bajo un procedimiento de canje de obligaciones negociables y acuerdo preventivo extrajudicial, para lo cual promovió la eliminación de cláusulas que hacían menos atractiva la tenencia de los valores negociables que se pretendían canjear por los nuevas obligaciones negociables (la eliminación de todos los supuestos de incumplimiento que requerían del voto de al menos el 51% de los tenedores en circulación salvo los relacionados con la falta de pago de capital e intereses). En opinión de la Cámara, la evaluación de las cláusulas fundamentales “se vincula con la facultad reservada del tenedor de ON(s) de ejecutar el derecho previsto por la tenencia de esos títulos. La modificación propiciada en esas asambleas no aparece (...) vedando ese derecho”.

En la práctica y para sortear la falta de definición de lo que se entiende por “condiciones fundamentales”, en los prospectos de emisión de obligaciones negociables, detallan (en la mayoría de los casos de manera taxativa) qué supuestos son considerados “fundamentales” y, por lo tanto, requieren unanimidad (24). Sin embargo, no cualquiera de los supuestos que se detallan en los prospectos califican en nuestra opinión como “condiciones fundamentales”, apreciándose que en los hechos prácticamente cualquier modificación de los términos y condiciones requiere unanimidad, lo que hace a este procedimiento estéril para lograr el objetivo propuesto.

III. El Proyecto

Los fundamentos del proyecto establecen de manera expresa que “...se propicia que se establezca expresamente que las condiciones de emisión contengan las disposiciones en materia de quórum y mayorías y los supuestos especiales en los que

una mayoría particular sea necesaria para la aprobación de una cuestión en especial, incorporándose las denominadas cláusulas de acción colectivas (CAC)”. Asimismo, los fundamentos hacen referencia a que las cláusulas de acción colectiva “...son reglas que tienen como objetivo aprobar consensos mayoritarios entre los tenedores de un determinado instrumento de deuda, *sin que se requiera unanimidad*. Así, en caso de que se plantearan modificaciones en alguna de las condiciones de emisión del instrumento de deuda en cuestión, posibilitan que se alcancen acuerdos vinculantes para todos los tenedores, *sin necesidad de lograr la unanimidad* (que permitiría que una minoría pueda bloquear soluciones aprobadas por la mayoría). En particular, apuntan a evitar la existencia de los denominados acreedores *holdouts* en casos de reestructuración de deuda” (el resaltado nos pertenece).

De los fundamentos del proyecto se desprende que la intención ha sido receptar las cláusulas de acción colectiva. Sin embargo, el artículo 120 del proyecto, que sustituye el artículo 14 de la Ley de Obligaciones Negociables, luego de regular lo atiente a la convocatoria de la asamblea de tenedores y las reglas aplicables a su presidencia, mantiene, con una técnica cuestionable, el párrafo final de dicho artículo al establecer: “Será de aplicación en lo demás los artículos 354 y 355 de la Ley General de Sociedades Nº 19.550 t.o. 1984 y sus modificaciones”, remitiendo así a la exigencia de unanimidad establecida en el artículo 354: “No se podrán alterar las condiciones fundamentales de la emisión, salvo que hubiere unanimidad”. En consecuencia, a partir de esta remisión se genera una evidente contradicción respecto a la acogida o no de las cláusulas de acción colectiva en nuestro régimen legal (25).

Sin embargo, a renglón seguido, el artículo 120 del proyecto incorpora dos nuevos párrafos al artículo 14 que expresan “*Las condiciones de emisión deberán contener disposiciones en materia de quórum y mayorías, estableciendo, en su caso, aquellas modificaciones o dispensas de las condiciones de emisión que deberán ser aprobadas por las mayorías establecidas para las asambleas extraordinarias o por unanimidad de los obligacionistas que participen de la asamblea*. Las condiciones de emisión podrán establecer un pro-

cedimiento para obtener el consentimiento de la mayoría exigible de obligacionistas sin necesidad de asamblea, por un medio fehaciente que asegure a todos los obligacionistas la debida información previa y el derecho a manifestarse. En tal caso, toda referencia de la presente ley a la asamblea de obligacionistas se entenderá aplicable al régimen alternativo” (el resaltado nos pertenece).

Entendemos, no sin dificultades, que el proyecto al incluir un nuevo párrafo al artículo 14 de la Ley de Obligaciones Negociables dedicado exclusivamente a regular las modificaciones y dispensas de las condiciones de emisión apunta a una regulación autónoma y autosuficiente en este aspecto que viene a reemplazar el régimen anterior (26). En efecto, el artículo 120 del proyecto prevé que las condiciones de emisión deberán establecer aquellas modificaciones o dispensas de las condiciones de emisión que deberán ser aprobadas por las mayorías establecidas para las asambleas extraordinarias (es decir, la mayoría absoluta de votos presentes) o por unanimidad de los obligacionistas que participen de la asamblea (nótese que el proyecto refiere ahora a unanimidad de obligacionistas que “participen” en la asamblea y, por lo tanto, no incluye a todo el capital en circulación).

De dicho párrafo se colige que al no distinguirse ahora el supuesto de modificaciones “fundamentales” de la emisión, es disponible para el emisor calificar en las condiciones de emisión con qué mayoría debe aprobarse cualquier modificación, incluyendo a las “fundamentales”. Sin perjuicio de ello, consideramos que el proyecto establece un piso, a nuestro entender muy bajo, que no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de votos presentes, pudiendo las condiciones de emisión sin embargo establecer mayorías agravadas, por ejemplo, la unanimidad de votos presentes en la reunión asamblearia.

No nos parece razonable que el piso elegido para adoptar resoluciones relativas a modificaciones fundamentales sea el de la mayoría absoluta de votos presentes. Nótese que el propio proyecto requiere mayoría simple de votos presentes para designar al representante de los obligacionistas para presidir la asamblea de tenedores en

{ NOTAS }

(16) Conforme PAOLANTONIO, ob. cit., ps. 110 a 116, en donde realiza un análisis respecto al debate generado en torno a su validez.

(17) La adopción de resoluciones sociales se instrumenta a través de una asamblea de obligacionista prevista en el artículo 14 de la Ley de Obligaciones Negociables que regula el procedimiento para efectuar la convocatoria y constitución de la asamblea de obligacionistas, estableciendo que “será convocada por el órgano de administración o, en su defecto, por la sindicatura o consejo de vigilancia de la sociedad, cuando lo juzguen necesario o fuere requerida por el representante de los obligacionistas o por un número de éstos que represente, por lo menos, el cinco por ciento (5%) del monto de la emisión. En este último supuesto, la petición indicará los temas a tratar y la asamblea deberá ser convocada para que se celebre dentro de los cuarenta (40) días de recibida la solicitud de los obligacionistas. La convocatoria se hará en la forma prevista en el artículo 237 de la ley 19.550, texto ordenado en 1984. Si el órgano de administración, sindicatura o consejo de vigilancia omitieren hacerlo, la convocatoria podrá ser efectuada por la autoridad de control o por el juez. La asamblea será presidida por el representante de los obligacionistas y, a falta de éste, por un miembro de la sindicatura o del consejo de vigilancia o en su defecto por un representante de la autoridad de control o por quien designe el juez. Serán de aplicación en lo demás los artículos 354 y 355 de la ley 19.550, texto ordenado en 1984.”

(18) El artículo 354 sólo remite a las mayorías de las

asambleas extraordinarias (mitad más uno de los votos presentes, que es igual a la mayoría de la asamblea ordinaria). Sin embargo, la lógica indica, dada la envergadura del tema a tratar por la asamblea, que deberá aplicarse el quórum de la asamblea extraordinaria, es decir, 60% de las obligaciones negociables con derecho a voto en primera convocatoria y el 30% en segunda convocatoria. Ésta ha sido la interpretación que ha primado en la casi totalidad de los prospectos de emisoras locales, con colocación doméstica como internacional.

(19) Nótese que la ley no aclara si se trata de unanimidad de capital en circulación o de unanimidad de los “participantes o presentes” en la asamblea. Coincidimos con Kenny en el sentido de que podría presumirse la conformidad de los ausentes cuando el voto de los presentes fuera unánime y en la convocatoria se incluyó expresamente como punto del orden del día. Sin embargo, éste no ha sido el criterio en la práctica dado que en la mayoría de los bonos corporativos de emisoras argentinas con colocación doméstica como internacional se establece que es necesaria la unanimidad del 100% del valor nominal total en circulación, aclarando algunos con buen tino “de la clase o serie afectada”.

(20) Sin perjuicio de que su evaluación deberá hacerse caso por caso, consideramos como regla que las condiciones de emisión no podrían tornar en no fundamental un término que sólo es por decisión judicial, conforme YOMHA, Carlos G., “Tratado de las obligaciones negociables”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 91/92.

(21) Entre otros, YOMHA, Carlos G., ob. cit.,

ps. 91/92 y PAOLANTONIO, Martín E., ob. cit., ps. 109-110 y 113.

(22) En opinión de Kenny los casos mencionados no constituirían “condiciones fundamentales” (ver KENNY, Mario Oscar, “Obligaciones Negociables”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 97). Según este autor, será una cuestión de hecho determinar en cada caso —con criterio restrictivo— si una modificación afecta o no las condiciones fundamentales de la emisión, teniéndose presente en todo supuesto como parámetro de evaluación que el sacrificio eventualmente impuesto a los obligacionistas debe aparecer como el único remedio posible para efectuar un grave daño a sus intereses, siendo el costo de la afectación de sus derechos claramente inferior al incumplimiento de las prestaciones comprometidas por la emisora.

(23) “Delafield Overseas Corp. S.A. c Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A.”, Sala D de la CNCom., 09/09/2004, ED 210-463.

(24) En general, en los prospectos se prevén aspectos monetarios de la emisión, como ser, la reducción en el capital, intereses, montos de rescate o recompra de las obligaciones negociables; modificación de los vencimientos de capital, intereses, fechas de rescate o recompra; modificación de la moneda; modificación de las circunstancias en las cuales las obligaciones negociables pueden ser rescatadas; modificaciones referidas al pago de montos adicionales que afecten en forma adversa los derechos de cualquier tenedor; modificaciones que pudieran resultar en una pérdida de una exención de pago de cualquier impuesto

aplicable; modificación de cualquier término o condición que pueda afectar el derecho de los tenedores de ejercer acciones legales para ejecutar pagos; modificación del rango de las obligaciones negociables en forma adversa para los tenedores o la reducción o la liberación de garantías en caso de valores negociables garantizados. También se incluyen otros supuestos no monetarios, por ejemplo, la modificación del lugar de pago, o la reducción de cualquier requisito de quórum o porcentaje de monto de capital requerido para aprobar modificaciones a los términos y condiciones, dispensas o renunciadas a supuestos de incumplimiento pasados o futuros, cualquier alteración que implique crear desigualdad entre los tenedores de las obligaciones negociables, la eliminación y/o modificación de los eventos de incumplimiento de las obligaciones negociables, la modificación de la ley o jurisdicción aplicable a los bonos y el incremento material de las facultades discrecionales del agente de la emisión o del agente de la garantía.

(25) Lo lógico hubiese sido exceptuar de la remisión al artículo 354 en lo atinente a las mayorías para adoptar modificaciones a términos y condiciones de la emisión.

(26) En efecto, la Corte tiene dicho que “Tratándose de leyes sucesivas, que legislan sobre la misma materia, la omisión en la última, de disposiciones de la primera, importa seguramente dejarlas sin efecto, cuando la nueva ley crea —respecto de la cuestión de que se trata— un sistema completo, más o menos diferente del de la ley antigua” (fallos 319:2185; 320:2609).

caso de no haberse designado uno o por su ausencia, lo que pone en evidencia la falta de lógica en este aspecto.

Además, prever un piso tan bajo no es compatible con el esquema que plantea nuestra ley de obligaciones negociables que evidencia una destacada preeminencia a la acción individual del acreedor (27), lo que se pone de manifiesto no sólo en la exigencia de unanimidad para modificar términos fundamentales, sino en la ausencia de un representante colectivo obligatorio de los titulares de obligaciones negociables (28), en el reconocimiento de la acción ejecutiva individual sin limitaciones (29) y en el carácter imperativo que la CNV le adjudica al carácter ejecutivo de la acción (30).

Hubiese sido recomendable, por lo tanto, prever una mayoría calificada, que podría ser desde la prevista en el 244 *in fine* (es decir, mayoría absoluta de capital en circulación) o la mayoría prevista en la ley concursal (31), o aquellas adoptadas por otras legislaciones que receptan las cláusulas de acción colectiva, por ejemplo, el 75% del capital en circulación (32). De todas ellas, nos inclinamos por esta última, por ser la que parecería a la fecha tener mayor recepción en las emisiones de bonos soberanos y corporativos que incorporan cláusulas de acción colectivas. A todo evento, aun cuando se haga uso del piso previsto en el proyecto, es decir, de la mayoría

prevista para las asambleas extraordinarias, ésta nunca podría ser inferior a la que correspondería al quórum mínimo de la asamblea extraordinaria.

Por otra parte, entendemos que cualquiera sea la mayoría que se adopte debería establecerse expresamente que no se tendrán en cuenta a los efectos del cálculo de las mayorías aquellos bonos en poder de (i) la emisora o cualquier controlante, controlada o sujeta a control común, directo o indirecto, respecto de la emisora, lo cual es lógico y es la práctica prevista en la mayoría de las emisiones de sociedades locales con colocación internacional; (ii) al igual que lo prevé la Ley de Concursos y Quiebras, los directores y sus cónyuges, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos y sus cesionarios, respecto de la emisora, pudiendo extenderse a los miembros del órgano de fiscalización y gerentes de primera línea y sus respectivos cónyuges, parientes o adoptivos y sus cesionarios (33). Asimismo, algunos autores (34) proponen extender la exclusión a todos aquellos tenedores de bonos que realizan negocios con la emisora, directa o indirectamente, a través de préstamos, colocaciones o servicios de asesoramiento, o a aquellos que poseen mayor cantidad de acciones en la emisora que lo que poseen de bonos.

La *ratio legis* de las exclusiones se basa en la conveniencia de evitar acuerdos preferen-

ciales, es decir, que la propia deudora esté formando parte de la mayoría calificada por interpósita persona y evitar así votos “complacientes”.

Finalmente, un punto a explorar sería la conveniencia o no de que las cláusulas de acción colectiva funcionen en forma agregada. En efecto, como fue mencionado en el apartado 2 del presente en relación con los bonos soberanos, las cláusulas de acción colectiva se aplican respecto a cada serie de bonos específica, por lo que el emisor debe negociar con cada uno de los tenedores de cada serie, con el riesgo siempre latente de que los *holders* adquieran un porcentaje suficiente en una serie con el propósito de bloquear la reestructuración en su conjunto (35).

A fin de superar este escollo, podría incluirse en cada serie una redacción que prevea estas cláusulas de forma tal que puedan gatillarse en forma coordinada y cruzada en todos los bonos, como sucede con las cláusulas que prevén incumplimientos cruzados. Las cláusulas previstas por ICMA para bonos soberanos podrían funcionar como un modelo en este caso.

IV. Conclusiones

El proyecto no es claro y contiene algunas imprecisiones que podrían generar serios cuestionamiento respecto a la efectiva aco-

gida de las cláusulas de acción colectiva en nuestro régimen legal.

Corregidas las inconsistencias destacadas en el apartado anterior, sin embargo, el desafío crucial continúa siendo la recepción por el mercado en emisiones de bonos corporativos de emisoras locales con colocación tanto doméstica como internacional.

La experiencia en otros países parecería indicar que la inclusión de estas cláusulas no se traslada en un incremento de las tasas de interés ni en la inclusión de compromisos más restrictivos que hagan menos atractivos estos bonos (36).

Bonos de emisoras europeos (fundamentalmente *high yield bonds*) sujetos a ley de Nueva York, ofrecidos y vendidos en Estados Unidos a compradores institucionales calificados de acuerdo con la Regla 144A bajo la Ley de Títulos Valores de los Estados Unidos (37), vienen incluyendo estas cláusulas (38) por lo que, con el terreno preparado en las legislaciones de fondo, no sería improbable que esta tendencia se propague a bonos de emisoras latinoamericanas, sujetos a ley de Nueva York y bajo la Regla 144A. ●

Cita on line: AR/DOC/1697/2017

{ NOTAS }

(27) Véase PAOLANTONIO, Martín E., ob. cit., p. 105 y 106. En su opinión, la Ley de Obligaciones Negociables propone un esquema que importa una minimización jurídica de la unidad financiera de la emisión de obligaciones negociables a diferencia de otras legislaciones que analiza.

(28) Conforme artículo 13 de la Ley de Obligaciones Negociables.

(29) Conforme artículo 29 de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables artículos 129 y 131 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales y artículos 66, 69 y 99 del Libro I, Capítulo VI de las Normas de la CNV (T.O. 2013).

(30) La Comisión Nacional de Valores (CNV) requiere invariablemente que en los prospectos de emisión se haga expresa referencia a la acción ejecutiva prevista en el artículo 29 de la Ley de Obligaciones Negociables. Asimismo, el criterio de la CNV expuesto en los prospectos de emisión de emisoras locales con colocación internacional que aun cuando se elija la ley extranjera como aplicable, los siguientes aspectos deben ser regi-

dos por la ley argentina: (i) la calificación de las obligaciones como tales por la Ley de Obligaciones Negociables; (ii) la capacidad y autoridad societaria de la emisora para crear el programa y ofrecer los valores negociables en Argentina; y (iii) ciertos aspectos relativos a la validez de la asamblea de tenedores, incluyendo quórum, mayoría y requisitos para su convocatoria.

(31) Mayoría absoluta de personas y 2/3 partes de capital, computándose la conformidad por el capital que representen todos los que hayan dado su aceptación a la propuesta y como si fuese otorgada por una sola persona, conforme artículos 45 y 45 bis de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

(32) Es muy común que los bonos corporativos bajo ley inglesa (que es la ley aplicable más común junto con la ley del Estado de Nueva York) posean cláusulas de acción colectiva para modificar condiciones fundamentales con una mayoría calificada del 75% de los tenedores en circulación. Más recientemente, Chile y Alemania han incorpo-

rado estas cláusulas a sus normativas (a partir de 2007 y 2009, respectivamente) previendo un 75% del capital en circulación para modificar términos fundamentales (artículo 75 de la Ley N° 18.405 del Mercado de Valores y artículo 4 de la Ley de *Debentures* Alemana, respectivamente). Para un análisis completo de otras legislaciones, véase PAOLANTONIO, Martín E., ob. cit., p. 95 a 105.

(33) Al igual que los debates que se han producido en materia concursal relativos a la taxatividad o no de estos supuestos, será materia de análisis judicial si las exclusiones podrán ampliarse a otras categorías, aunque aquí no habría, a diferencia del concurso, posibilidad de revisión judicial de las correcciones de votos complacientes u hostiles al dictar la resolución de categorización o en oportunidad de homologar el acuerdo. Véase FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Exclusión de voto en los concursos: un camino en permanente construcción”, disponible en http://favierdubois.pagnolo.com/trabajos_doctrina/EXCLUSION_DE_VOTO_

EN_CONCURSOS.pdf.

(34) ROE, Mark; ob. cit., p. 271.

(35) A diferencia, por ejemplo, de lo que sucedería con otros mecanismos alternativos de reestructuración de pasivos que permiten aglutinar a todo el universo de la deuda objeto de reestructuración.

(36) Véase al respecto BERDEJÓ, Carlos, ob. cit., p. 25 a 41.

(37) Dicha regulación determina un ámbito de colocación privada y negociación diferencial para los inversores institucionales o calificados. Se trata de un sistema de registración diferencial y simplificada que exige un menor nivel de información y en donde no es necesaria la registración previa de los emisores ante la autoridad de contralor.

(38) ROSSELL, Marc M., “Can Collective Action Clauses Migrate to the Latam Corporate Bond Market?”, *Latin American Law & Business Report*, vol. 18, Num. 12, Thomson Reuters.

BIBLIOGRAFÍA

Título: “Ejercicio abusivo de los derechos societarios”

Autor: Lorena R. Schneider

Editorial: Astrea, Buenos Aires

Año: 2017

La obra que aquí se reseña reivindica una importante enseñanza sobre la cual suelen machacar los grandes maestros del derecho y que en no pocas situaciones dejamos de lado (voluntaria o involuntariamente). En concreto, me refiero a una saludable característica de este libro: si bien es claro que apunta hacia el público “societarista”, va más allá y gran parte de los razonamientos que Lorena Raquel Schneider evidencia aquí encuentran sólido respaldo en la *teoría general del derecho*.

El enfoque elegido entonces no sólo es deseable, sino más bien necesario en virtud del tema objeto de este libro: el abuso de derecho y su vinculación con el *derecho societario*.

Desde esa perspectiva, constituye un primer acierto de la autora la estrategia de ex-

posición adoptada y el considerable espacio dedicado a esos conceptos de la teoría general que no suelen ser tan habituales en obras sobre temas relativos a una materia determinada.

Otra virtud es la pertinencia de las citas de doctrina y jurisprudencia (en muchos casos poco habituales, lo cual incrementa su interés) empleadas por Schneider para exponer su pensamiento. En tal sentido, cuesta encontrar “citas de más”.

Yendo concretamente a su contenido, la obra cuenta con un primer capítulo (págs. 1 a 65) en donde se dejan plasmados los lineamientos básicos y generales de la teoría del abuso del derecho.

En su segundo capítulo (págs. 67 a 184) se encuentra quizás la parte mejor desarrollada de este aporte. Allí se analiza de manera profunda el abuso de derecho en las sociedades cerradas. Ello representa el 44% del contenido total del libro y tiene un fundamento casi obvio: la mayoría de sociedades que actúan en Argentina tienen una matriz familiar, siendo evidente que la autora ha tomado la riqueza de situaciones que esta realidad exhi-

be para “bajar a tierra” el abuso del derecho como institución jurídica.

El tercer capítulo complementa (por oposición) al anterior y se enfoca en las sociedades abiertas o que cotizan (págs. 185 a 246). Allí se tocan las problemáticas principales que el lector seguramente esperará y en tal sentido la autora no defrauda. Así, todo lo relativo al *corporate governance* o al abuso de información privilegiada en los mercados de capitales (actuación del *insider trading*) está correctamente tratado y contiene razonamientos de mucha ayuda para los profesionales que actúan con mayor o menor frecuencia en ámbitos bursátiles, verbigracia.

El breve pero interesante capítulo final (capítulo IV, págs. 247 a 260) permite despertar distintos debates e inquietudes. Allí se proyectan los efectos hacia el mundo de los consumidores que provienen de conductas abusivas societarias, lo que incluye también determinadas actuaciones reñidas con la regulación *antitrust*.

Aunque parezca una obviedad decirlo estando ante un trabajo serio como el que comento, la autora analiza también, por un lado, las distintas normas pertinentes del Código Civil y Comercial y, por el otro, distintas disposiciones

allí incluidas que, aunque no sean directamente aplicables a primera vista, en muchos casos ayudan a reconfigurar contenidos u orientar interpretaciones de la figura objeto de análisis.

Prescindiendo por un momento de la obra, me veo obligado a resaltar determinados aspectos personales de Lorena Schneider que resignifican esta primera obra de su autoría. Quienes la conocemos sabemos “que se hizo muy de abajo” y que fue obteniendo distintos logros académicos y profesionales a fuerza de gran capacidad de trabajo, inteligencia y tenacidad. En segundo lugar, la calidad y nivel de profundidad en sus distintos trabajos autorales crece año a año, lo cual generalmente sucede con aquellos a quienes les apasiona el *derecho*. Por último, no puedo dejar de señalar algo que trasciende mucho más que una obra profunda y bien estructurada como la que comento: Lorena apuesta a seguir cosechando logros sin renunciar a ser una excelente persona, objetivo que viene cumpliendo ampliamente.

Demetrio Alejandro Chamatropulos

Cita on line: AR/DOC/1463/2017



NOTA A FALLO

Sucesión testamentaria

Legado. Eximición de gastos. Oposición a la inscripción de un bien del acervo hereditario. Procedencia.

La oposición de un legatario a la inscripción de un bien registral integrante del acervo hereditario hasta tanto se le haga entrega de su legado y se cumpla el cargo relacionado con el pago de honorarios y expensos de los trámites debe admitirse, pues el testador expresó su voluntad en ese sentido

y no hay elementos en sus manifestaciones posteriores que permitan inferir que la eximición de afrontar gastos estuviera ligada a la porción del bien legado.

120.258 — CNCiv., sala I, 07/02/2017. - A., E. F. s/sucesión testamentaria.

[Cita on line: AR/JUR/95/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 27/03/2017, p. 11, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Pro-view]

Discontinuidad de las disposiciones testamentarias

SU INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Laura Evangelina Fillia

SUMARIO: I. Introducción.— II. Determinación sobre el derecho aplicable.— III. Testamento discontinuo o sucesivo.— IV. Interpretación de las cláusulas testamentarias.— V. Sentido y alcance del testamento posterior.— VI. Obligación de los herederos frente al legatario.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

El pronunciamiento que motiva este comentario fue dictado en el marco de un proceso sucesorio, en el que se discutió el alcance de las disposiciones contenidas en el testamento que la causante había otorgado en forma discontinua y en fechas sucesivas.

Según lo reseñó la excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil en el año 2000, la causante legó a A.J.G. el 25% de un inmueble así como el 100% del usufructo sobre dicho bien, agregando en una de sus cláusulas que los herederos debían hacerse cargo de "...todos los gastos y honorarios que demanden los trámites judiciales o administrativos que sean necesarios efectuar a fin de hacer efectivos los legados...".

Con posterioridad, en el año 2004, estableció que dicho inmueble quedaría en su totalidad en cabeza del legatario y luego, en el año 2010, legó a la misma persona dicho inmueble más todos los bienes muebles, con excepción del piano.

En tal inteligencia, el legatario se opuso a que se inscribieran los bienes a nombre de los herederos declarados (1) hasta tanto cumplieran con el pago de honorarios dispuesto por la causante, mientras que los herederos entendieron que tal cargo impuesto en la primera versión del testamento, había quedado sin efecto cuando se le transfirió al legatario la totalidad del bien. Agregaron los herederos que de asistir razón al legatario, se configuraría un enriquecimiento sin causa, ya que al haber sido excluidos del 100% del inmueble resultaba irrazonable que debieran afrontar los gastos y honorarios pretendidos por aquél.

La Cámara, luego de determinar el derecho aplicable y de reseñar las reglas de interpretación que rigen la materia, decidió que la cláusula mantenía vigencia y que la alegada irrazonabilidad carecía de asidero, ya que frente a la inexistencia de herederos

legitimarios, era una facultad de la causante disponer de sus bienes según su voluntad.

II. Determinación sobre el derecho aplicable

El primero de los aspectos de la decisión en comentario, fue el referido a la determinación del derecho aplicable. A la luz de lo dispuesto por los arts. 7 y 2446 del Código Civil y Comercial de la Nación, se decidió que la cuestión habría de resolverse conforme al Código Civil derogado, ya que era el derecho vigente al tiempo de ocurrir el fallecimiento de la causante.

Si bien el caso no presentaba dificultades, ya que tanto el testamento como el fallecimiento de la causante tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo, aprovecharé la ocasión para efectuar una breve reseña de las distintas posiciones ensayadas en materia de derecho transitorio.

Según lo ha destacado prestigiosa doctrina, el mecanismo de las disposiciones testamentarias es bastante complejo en el derecho transitorio, desde que aparecen dos elementos: un testamento y la muerte del testador (2).

La particularidad que presenta la sucesión testamentaria es que, al tratarse de momentos distintos, puede darse el caso en que el testamento se haya otorgado bajo el imperio de un ordenamiento que a la fecha de la apertura del sucesorio haya sido modificado o incluso dejado sin efecto.

En estos casos, el art. 2472 Código Civil y Comercial —al igual que el art. 2419 del Proyecto de 1998 y en similar sentido que el art. 3625 del derogado Código Civil— establece que la forma del testamento se rige por la ley vigente al tiempo de testar; mientras que el art. 2466 —al igual que el art. 2413 del Proyecto del año 1998 y similar al art. 3612 del ordenamiento derogado— establece que el contenido, validez y nu-

lidad del testamento se rigen conforme al derecho vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

El derogado art. 3625 agregaba que la ley posterior no trae cambio alguno ni a favor ni en contra del testamento, aunque sea dada viviendo el testador. Si bien para autores como Fornieles y Borda convenía admitir la validez del testamento, si la forma insuficiente en su origen era admitida por una ley posterior, se ha entendido que por más que la ley posterior suprime requisitos, nunca ha de poder dar vida a algo que nació muerto. En aquello que hace a las formalidades y solemnidades que deben guardarse, la ley posterior no puede crear por sí sola un testamento, pues no otro sería el efecto de otorgar validez a algo que originariamente no pudo haber surtido efectos (3).

En la versión que actualmente ofrece el art. 2472 del Código Civil y Comercial —que no hace ninguna referencia con relación al efecto que pudiere derivarse de una ley posterior que admita la forma originalmente inválida— recobra sentido la posición que admitía la convalidación del testamento cuando a causa de una modificación legislativa posterior hubiere desaparecido la exigencia formal omitida en ocasión de su otorgamiento.

Por lo demás, y en cuanto a los aspectos del testamento referidos a su contenido y validez, se ha resuelto que el derecho aplicable a la sucesión del difunto, es el vigente al momento de su fallecimiento. Este es un principio indiscutido que estaba expresado claramente en el art. 3282 del Código de Vélez Sarsfield y que expresa el actual art. 2277 del Código Civil y Comercial. Es decir, para saber cuál es el derecho aplicable a una sucesión debe estarse al derecho que estaba vigente el día de la muerte del causante. En otras palabras, el Código Civil rige todas las sucesiones abiertas con anterioridad al 1 de agosto de 2015; el Código Civil y Comercial regirá las sucesiones abiertas a partir de esa fecha y para el futuro (4). La transmisión de la herencia se produce con el fallecimiento del causante y el derecho aplicable a esa transmisión —consumación jurídica— es el vigente a ese momento (5).

En cuanto a las normas de índole procedimental, se ha sostenido que son aplicables a

los procedimientos en trámite siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas y que incluso también serán aplicables a los procesos sucesorios ya existentes, las normas referidas a consecuencias aún no producidas, tales como la licitación, la atribución preferencial en la partición, la realización de la pericia caligráfica como previo a la declaración de validez del testamento (6).

Sin embargo tal conclusión no es pacífica, ya que en ocasiones se ha resuelto que las denominadas normas procesales contenidas en un Código de fondo —como lo es el Código Civil y Comercial— son normas vinculadas a un determinado derecho sustantivo; y por lo tanto no resultan de aplicación inmediata ya que rigen en tanto rija el derecho sustantivo al cual sirven. De ahí que se haya sostenido que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que sólo exige publicar un edicto en el boletín oficial —y no en otro diario— no es aplicable a una sucesión ya iniciada, por cuanto la sanción del nuevo Código Civil y Comercial no ha alterado en modo alguno el derecho aplicable (7).

Si bien el caso anotado se resolvió conforme a las normas del derogado Código Civil —ya que tanto el testamento como el fallecimiento de la causante tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 26.994—, analizaré a continuación los distintos aspectos involucrados en la decisión, desde la perspectiva que ahora ofrece el nuevo ordenamiento.

III. Testamento discontinuo o sucesivo

Una de las ventajas del testamento ológrafo es que no requiere unidad de acto, de manera que se puede ir haciendo en diferentes épocas (8).

Precisamente, en el pronunciamiento comentado se analizó el alcance de las disposiciones testamentarias que la causante había otorgado en fechas sucesivas.

Al respecto, cabe poner de resalto que según lo autorizaba el art. 3647 del derogado Código Civil, "el testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones en épocas diferentes, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente o

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Del decisorio apelado surge que los herederos declarados fueron la hermana y sobrinos de la causante.

(2) ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)", Dalloz-Sirey, Paris, 1960, 2° ed., n° 41 p. 187 y n° 66 p. 309, cit. por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes",

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1° ed., p. 106.

(3) GOYENA COPELLO, Héctor, "Tratado del Derecho Sucesorio", La Ley, 2007, 2° ed., t. II, p. 159.

(4) CNCiv., Sala K, (Recurso N°: K079744) Fecha: 06/07/16, "Y., E. y otros c/ E., A. y otros s/ ejecución hipotecaria", sumario n° 25622 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(5) CNCiv., Sala B, (Recurso N°: B032650) Fecha: 09/08/16, "Iglesias, Roberto Domingo y otro s/ art. 589 CPC - incidente civil, sumario n° 25546 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil; íd. Sala J, Recurso N° J115197 Fecha: 01/03/16, "H.N.A. s/ incidente de familia", sumario n° 25262 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(6) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit. ps. 166 y 168.

(7) CNCiv., Sala F, Recurso N°: F001763 Fecha: 28/09/15, "Sacvio, Herminia Emilia y otro s/ sucesión abintestato", Sumario Nro. 24993 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(8) PÉREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Sucesio-

poner a todas ellas la fecha y firma, el día en que termine su testamento”.

Sin embargo, y según se ha sostenido, si datare el testamento en diversas fechas, debe considerarse que la última se extiende y absorbe las anteriores (9). En virtud de lo dispuesto por el art. 3466 y en concordancia a lo previsto en el art. 3467 del mismo ordenamiento, la última fecha convalida todo lo anterior, pues se supone que es por entonces que el testador considera concluido su testamento (10).

El nuevo ordenamiento consagra similar solución en el art. 2478 que dispone que “no es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento”.

En efecto, es válido el testamento cuyas cláusulas tienen distintas fechas y firmas del testador. Ello no implica la coexistencia de testamentos. El testador puede cumplir su cometido de modo intermitente, intermitente o no continuo. La ley lo autoriza a que las fechas y firmas al momento de culminar o dar fin a su objetivo, o en cada una de las etapas que en conjunto conformarán el todo denominado *testamento ológrafo*. Que las disposiciones hayan sido hechas en uno o varios documentos o papeles es un hecho puramente material sin trascendencia jurídica, si se desprende de ellas que del ánimo del testador esos documentos forman un solo testamento o si, por el contrario, forman testamentos distintos sin conexión entre ellos (11).

En definitiva, frente a la existencia de disposiciones sucesivas, surge la necesidad de establecer si se trata de un solo testamento o de varios; problema éste de interpretación que deberá resolverse según las circunstancias del caso (12).

En la decisión en comentario, la Cámara concluyó que se trató de un mismo testamento y, por tal motivo, declaró vigente el cargo impuesto a los herederos. Para ello, recurrió a las reglas de interpretación a las que me referiré a continuación.

IV. Interpretación de las cláusulas testamentarias

La interpretación de las disposiciones testamentarias importa desentrañar su verdadero sentido, aquél que pretendió darle el testador.

El testamento, como acto destinado a tener efectos con posterioridad al fallecimiento de la persona que lo crea, lo priva de un importante elemento de interpretación, que como para todos los actos jurídicos en general es la intención reconocida de las partes. Aquí no: el sujeto cuya voluntad ha generado el acto ha desaparecido; y el que quiera interpretarlo ha de circunscribirse a elementos inseguros, que emanan principalmente de la manifestación escrita de esa voluntad, y según sea la claridad de ella, será también el margen de probabili-

dades del cumplimiento ajustado que ella admita (13).

En la nota al art. 3607 parte 2ª del derogado Código Civil, Vélez expresó que no se exigen términos precisos para manifestar la voluntad. Los términos empleados por el testador, por incorrectos e irregulares que sean, desde que el acto indique lo que él había querido que se hiciese después de su muerte del todo o parte de sus bienes sería un testamento válido.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado reglas a efectos de guiar la labor del intérprete. La primera cuestión que se presenta se refiere al uso que de las palabras hizo el testador. En este sentido corresponde ajustarse a la literalidad de las mismas. Igualmente, se debe tomar en cuenta el desconocimiento de su significación técnica que tiene el común de la gente. Por ello es importante advertir no sólo lo que se expresó sino *quién* lo expresó, su personalidad, su formación y su cultura. Asimismo, se debe interpretar el testamento como un todo y no sus disposiciones en forma aislada. En caso de conflicto entre dos cláusulas que puedan aparecer como contradictorias, si es imposible conciliarlas, quedarán ambas sin efecto. Esta regla debe aplicarse teniendo en mira la conservación del acto —*favor testamenti*—, de modo tal que si una favorece la validez y la otra la ineficacia, hay que inclinarse por lo dispuesto en la primera, aun a riesgo de extender el beneficio más allá de los deseos del testador (14).

La interpretación de las disposiciones testamentarias es función judicial, la que no está dirigida tanto a desentrañar el significado normal y corriente de las palabras como a indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante. Lo decisivo es lo querido por el testador (15). De ahí que el intérprete deba cuidarse de no desnaturalizar una cláusula so pretexto de interpretarla, para no convertirse de intérprete en disponente (16).

A diferencia del Código Civil derogado —que no contenía normas expresas sobre interpretación—, el Código Civil y Comercial de la Nación, recoge las posturas defendidas por la doctrina y la jurisprudencia y dispone en el art. 2470 que “las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos”.

Ahora se consagra que la voluntad del testador debe buscarse en las palabras utilizadas según el contexto del acto y entendidas en sentido corriente. La solución adoptada ha seguido la postura de prestigiosa doctrina que entendía que las palabras y disposiciones del testador se han de adecuar a su real voluntad dentro del contexto total del acto; los términos técnicos deben entenderse según el alcance que les asigna el testador, aunque no coincida con su significación precisa (17). Sólo excepcionalmente, podrá recurrirse a pruebas extrín-

secas que permitan aclarar las expresiones utilizadas por el testador, lo que no habilita que se complete o sustituyan disposiciones ni que se suplan omisiones (18).

Como novedad, la nueva norma remite a las reglas de interpretación en materia de contratos, siempre que resulten compatibles. De ahí que pueda válidamente sostenerse que el testamento habrá de ser interpretado de buena fe, es decir, tratando de determinar la verdadera intención del testador, precisándola honestamente, con lealtad y sin tergiversarla.

En la decisión comentada, tanto en primera como en segunda instancia, se entendió que el cargo impuesto en la primera de las disposiciones referidas, conservaba vigencia aun cuando se hubiere modificado la porción transmitida al legatario. Se tuvo especialmente en cuenta que la causante carecía de herederos legitimarios y que, por lo tanto, gozaba de amplias facultades a la hora de testar. De ahí que no se consideró que se configurara un supuesto de enriquecimiento incausado, ya que, de haberlo querido, la causante podría haber excluido totalmente a los herederos declarados.

De haberse considerado que las nuevas disposiciones —en tanto modificaron la versión original— conformaban un nuevo testamento, hubiere correspondido analizar si ello a su vez importaba la revocación del anterior.

Sin embargo, aun en ese escenario —y tal como se analizará a continuación— se hubiera arribado a la misma solución.

V. Sentido y alcance del testamento posterior

Como es sabido, y tal como lo consagra el art. 2511 del Código Civil y Comercial de la Nación, los testamentos y legados revisten carácter esencialmente revocable.

En su redacción original —y siguiendo al derecho romano primitivo—, el art. 3828 del Código Civil disponía que “el testamento posterior anula el anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación del primero”. El simple hecho de otorgar un nuevo testamento bastaba para considerar revocado al anterior.

La evolución posterior de la doctrina y la jurisprudencia se apartaron de la rigidez de la norma, hasta que en el año 1961 en los autos “Recalde, Damiana”, la Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, resolvió que “la redacción de un testamento no importa necesariamente la revocación de otro no mentado en aquel anteriormente otorgado por el mismo testador, si por las circunstancias del caso aparece indudable la voluntad del otorgante en el sentido de mantener la eficacia de las disposiciones primitivas”.

Fue así que en sentido coincidente, la reforma introducida por la ley 17.711, modificó la redacción del referido art. 3828, estableciendo que “el testamento posterior revoca el anterior, sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste”.

Es decir, que en definitiva, la cuestión quedaba reservada a la valoración del in-

terprete, a quien cabía determinar el alcance de las respectivas disposiciones. Sólo se atribuye eficacia revocatoria al testamento posterior en cuanto esté en contradicción o sea incompatible con el anterior, ya que sólo de aquellas disposiciones que sean incompatibles con las ordenadas anteriormente cabe inducir un cambio de la voluntad del testador (19).

En tal inteligencia, se resolvió en un viejo precedente que el principio general es que el testamento posterior no revoca al anterior y, en la duda, debe considerarse que las disposiciones de ambos son compatibles (20).

Ahora bien, el actual art. 2513 del Código Civil y Comercial de la Nación vuelve a la solución contenida en la versión velezana del derogado Código Civil, del mismo modo que lo hacía el Proyecto de Código Civil del año 1998, en su art. 2457. En efecto, el nuevo artículo recupera las reflexiones de Vélez Sarsfield y retoma su criterio en cuanto al requisito de manifestación expresa, que era la única forma reconocida por la legislación del siglo XIX. Es decir que en la actualidad el nuevo testamento debe contener confirmación expresa o tácita de comprensión certera respecto de la voluntad del autor de sostener la vigencia de su voluntad previamente expresada (21).

De ahí que algunos autores consideren que la solución contenida en la nueva norma consagra una regla rígida que puede provocar; y ha provocado durante la vigencia del texto de Vélez, consecuencias tremendamente injustas en no pocos casos. Generalmente el segundo testamento complementa las disposiciones del primero, suple alguna omisión u olvido del testador y ambos pueden conciliarse perfectamente, puesto que la voluntad del disponente no ha sido revocar el más antiguo. Negar de plano esa posibilidad, y exigir una confirmación expresa o tácita del testamento anterior, significa presumir siempre y en todos los casos la voluntad revocatoria del causante, lo cual es arbitrario y más grave cuando se condena de antemano y sin motivo alguno la eficacia del testamento anterior, por el solo hecho de que el testador olvidó consignar su confirmación explícita; o según el criterio del juez, no se puede deducir tal voluntad del contexto del testamento. Más justa, flexible y adecuada es la solución incorporada por la ley 17.711 que responde al principio del *favor testamenti* (22).

El art. 3828 del Código de Vélez se basaba en el hecho objetivo de la incompatibilidad de las disposiciones testamentarias. El nuevo art. 2513, en la voluntad presunta del testador. Ambos puntos de vista se complementan, porque, existiendo disposiciones contradictorias, la voluntad del testador será la de revocar las disposiciones del testamento anterior que sean incompatibles con las del testamento ulterior. De la idea de la incompatibilidad de las disposiciones —que es lo primero a analizar— se induce la voluntad del testador. Si las disposiciones no son contradictorias, entonces la presunta voluntad del testador adquirirá mayor relevancia (23).

En definitiva, la incompatibilidad se configurará siempre que se adviertan disposi-

{ NOTAS }

nes. Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ª ed., t. II, p. 529.

(9) FASSI, Santiago, “Tratado de los testamentos”, t. I, n° 199, p. 150.

(10) GOYENA COPELLO, Héctor, “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 62.

(11) CÓRDOBA, Marcos, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. XI, p. 92.

(12) ZANNONI, Eduardo, “Derecho de las sucesio-

nes”, Astrea, 1983, t. II, p. 366.

(13) GOYENA COPELLO, Héctor, “Curso de Procedimiento Sucesorio”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 10ª ed., p. 455.

(14) LEVY, Marcos - WAGMAISTER, Adriana, “Derecho Sucesorio”, Ed. Universidad, 1993, t. III, p. 41.

(15) CNCiv., Sala D, 24-11-10, “Locatelli, Elsa Matilde c. Locatelli vda. De Rota, Edda Anny y otros s/ medidas precautorias”, DFyP, Ed. La Ley, año 3, N°6,

julio de 2011, p. 149.

(16) CNCiv., Sala C, 7/11/95, LA LEY, 1997-D, 825 (29.608-S).

(17) FERRER, Francisco - MEDINA, Graciela, “Código civil comentado. Sucesiones”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II, p. 198.

(18) CÓRDOBA, Marcos, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. XI, p. 72.

(19) PÉREZ LASALA, José Luis, “Tratado...”, ob.

cit., t. II, p. 772.

(20) CNCiv., Sala C, 19/3/81, ED, 93-670.

(21) CÓRDOBA, Marcos, “Sucesiones”, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 442.

(22) FERRER, Francisco - CÓRDOBA, Marcos - NATALE, Roberto, “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en materia sucesoria”, DFyP, La Ley, octubre 2012, Año IV, n° 9, p. 141.

(23) PÉREZ LASALA, José Luis, “Tratado...”, ob.

ciones contradictorias y será una cuestión de hecho establecerlo a partir de su confrontación.

La doctrina distingue entre incompatibilidad material e incompatibilidad intencional. Existe la primera cuando es absolutamente imposible la ejecución simultánea de las disposiciones contenidas en dos testamentos, que no podrían ejecutarse conjuntamente si estuvieran contenidas en un mismo testamento. Existe la segunda cuando todas las disposiciones se las puede cumplir, pero la incompatibilidad surge de la intención del testador, interpretando el conjunto de sus disposiciones (24). En tal inteligencia se ha entendido que no existe incompatibilidad cuando un primer testamento instituye heredero y en otro se hace un legado; o cuando dos testamentos contienen legados particulares de bienes distintos. Tampoco se considera que se revocó el nombramiento de albacea contenido en un testamento, si en uno posterior no se nombró uno nuevo (25).

De ahí que si la voluntad de la causante fue legar el inmueble al legatario liberándolo del pago de los gastos y honorarios que pudieren derivarse de tal transmisión, la modificación de la porción legada no resulta incompatible con el cargo impuesto a los herederos —que no fue dejado sin efecto— y, por lo tanto, aun considerando a la nueva disposición como un nuevo testamento y por resultar aplicable el art. 3828 del ordenamiento derogado, cabe considerar vigente la cláusula cuestionada por estos últimos.

VI. Obligación de los herederos frente al legatario

A lo anterior cabe agregar, sólo a mayor abundamiento, que incluso la cuestión podría encontrar solución en lo que preveía el entonces vigente art. 3767 del derogado Código Civil, actualmente reproducido en la última parte del art. 2498 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Dicha norma expresaba que “los gastos de la entrega del legado son a cargo de la sucesión”. Por su parte, y según lo normado por el art. 3776 del mismo cuerpo legal, “los herederos están obligados personalmente al pago de los legados en proporción a su parte hereditaria; pero son solidarios cuando la cosa legada no admite división”. Es que el obligado a entregar el legado es el heredero y el albacea testamentario, en su caso, a lo que cabe agregar que según nota al art. 3474 del Código Civil, “los gastos para hacer un pago son siempre a cargo del deudor” (26).

En tal inteligencia se ha resuelto que el legado pesa sobre la masa y en principio son los herederos y legatarios de cuota quienes deben entregarlo, sin perjuicio de que también lo haga el albacea en su carácter de ejecutor del testamento (arts. 3768 y 3776 del Código Civil).

Dentro de ese esquema, todos los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada son a cargo de la sucesión, incluidos los honorarios y gastos comunes que son sus cargas. Tal conclusión surge igualmente de lo establecido en el artículo 3796 del Código Civil, al disponer en forma expresa que cuando la sucesión es solvente, los legatarios no son responsables de las deudas y cargos de aquélla. Por ello se ha resuelto que el legatario de cosa cierta en una sucesión que no se ha demostrado ni surge de las actuaciones que sea insolvente, ninguna contribución debe sobre los gastos y cargas del proceso entre los que se encuentran los honorarios comunes del juicio, sin perjuicio, claro está, que sí deberá soportar los gastos judiciales ocasionados por su presentación en el juicio en cumplimiento de la obligación legal de pedir la entrega de la cosa (27).

Sin embargo, se ha entendido que la solución normativa resulta supletoria de la voluntad del causante. Por lo tanto si éste ha dispuesto en forma expresa que los gastos

de entrega sean soportados por el legatario, deberá estarse a esa solución (28).

Los gastos que quedan a cargo de la sucesión son los que resulten necesarios para la entrega del bien al legatario en las condiciones dispuestas por el causante. Se comprenden: los que irroga la entrega material de la cosa (fletes, traslados, etc.); los que hubiere debido hacerse para recuperar la cosa que se encontraba en poder de terceros detentadores, por ejemplo, honorarios y costas del juicio de reivindicación seguido por el legatario (ya que son indispensables para ponerlo en posesión de la cosa); honorarios y gastos comunes del proceso sucesorio que son carga de la sucesión (conf. arts. 3474 y 3795 Cód. Civil). Y si bien el legatario soporta los gastos judiciales ocasionados por su presentación al juicio sucesorio, pues es a su cargo la obligación legal de pedir la entrega de la cosa, se ha señalado que el testador puede dispensar al legatario de todo gasto, salvo que se afecte la porción legítima, caso en el cual deben ser soportados por el legatario no obstante la voluntad del testador. En tal supuesto, también serán carga de la sucesión los gastos judiciales que debió soportar el legatario con motivo de su presentación al juicio sucesorio, los impuestos a la transmisión gratuita de bienes o de ganancias eventuales cuyo pago corresponde al legatario, los honorarios de su abogado, etcétera (29).

Se observa, por lo tanto, que si bien del fallo anotado no surge qué tipo de honorario motivó la oposición del legatario, la cuestión se encontraba parcialmente comprendida en el supuesto contemplado en el derogado art. 3767 y actual art. 2498, última parte, del Código Civil y Comercial de la Nación.

VII. Conclusiones

El art. 2478 del Código Civil y Comercial de la Nación —al igual que lo hacía el art. 3647 derogado— autoriza al causante

a otorgar testamentos ológrafos en forma discontinua o sucesiva, lo que no convierte a las respectivas disposiciones testamentarias en testamentos distintos.

Será materia de interpretación establecer si, eventualmente, las disposiciones posteriores importan más bien el otorgamiento de un nuevo testamento.

En caso de así considerárselo, cabe distinguir el alcance del testamento posterior según haya sido otorgado antes o después de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo. En el caso de resultar aplicable el derogado Código Civil, la cuestión queda enmarcada en lo dispuesto en el art. 3828, que consagra como principio que *el nuevo testamento no revoca al anterior*, salvo que resulte claramente incompatible. Por el contrario, de aplicarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la solución la ofrece el nuevo art. 2513, que consagra el principio contrario, es decir, que *el nuevo testamento revoca al anterior siempre que no medie confirmación expresa o tácita del primer testamento*.

La disposición contenida en el testamento en orden a liberar al legatario de todo gasto que pudiere derivarse de la transmisión de los bienes legados en su favor, no sólo resulta una potestad de la causante —que frente a la ausencia de herederos legitimarios es total—, sino que además, se encuentra consagrada en el art. 3767 derogado —y reproducida en el nuevo art. 2498— en tanto dispone que los gastos de entrega son a cargo de la sucesión. En principio, al legatario sólo le corresponderá afrontar los gastos derivados de su propia presentación al sucesorio, pero de ello también podrá ser relevado, si el causante así lo dispone al expresar su última voluntad. El único límite será la afectación de la porción legítima de los herederos legitimarios. ●

Cita on line: AR/DOC/1216/2017

{ NOTAS }

cit., t. II, p. 773.

(24) FASSI, Santiago, “La revocación tácita de los testamentos en la reforma del Código Civil”, ED, 22-975.

(25) PÉREZ LASALA, José Luis, “Tratado...”, ob.

cit. t. II, p. 774.

(26) AREÁN, Beatriz en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Dir. Bueres-Highton, Hammurabi, t. 6-B, ps. 39/41.

(27) CCI Art. 3768; CCI Art. 3776; CCI Art. 3796 CC0201 LP 102648 RSI-171-4 I, SCBA, 31/5/2004 “Balzarini, Lorenzo s/ Sucesión testamentaria”, magistrados votantes Sosa-Marroco.

(28) AZPIRI, Jorge, “Código Civil y normas complementarias”, Dir. Bueres-Highton, Hammurabi, t. 6-B, p. 41.

(29) ZANNONI, Eduardo, “Derecho de las sucesiones”, Astrea, 2001, 4ta. ed. 1ª reimpr., t. II, p. 516.

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento contractual

Prueba de la pretensión. Libros contables.

Hechos: La actora interpuso una demanda en contra de una empresa petrolera reclamando los daños derivados de la resolución de un contrato por su exclusiva culpa. El primer sentenciante hizo lugar parcialmente a la pretensión. Apelada la decisión, la Cámara estimó el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocó la sentencia de grado, con el efecto de absolver a la demandada.

La decisión que adoptó la actora de resolver el contrato que la vinculaba con la demandada por culpa de ésta resulta injustificada si surge de los libros y pruebas contables que las facturas emitidas fueron canceladas, sin lograr convertirse lo dictaminado por los expertos, y sin que pueda ser interpretado en contra de la demandada el hecho de no haber respondido las epístolas enviadas, en las que la intimaban a emitir la certificación de servicios.

120.259 — CNCom., sala D, 16/05/2017. - Intellect Posware Solutions Group S.R.L. c. Y.P.F. S.A. s/ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/24728/2017]

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 16 de 2017.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 583/594?

A la cuestión planteada el doctor *Gariotto* dijo:

I. La *litis* y la sentencia de primera instancia

En apretadísima síntesis, pues los hechos y el derecho en que las partes del pleito sustentaron sus posturas aparecen suficientemente relacionados en la sentencia, este litigio versa sobre lo siguiente:

i. La actora, Intellect Posware Solutions Group S.R.L. que, contratos mediante desde el año 2006 proveyó a Y.P.F. S.A. equipos, repuestos y servicios de mantenimiento de

dispositivos para procesamiento de tarjetas ubicados en distintas estaciones de servicio de expendio de G.N.C. y combustibles, tanto de la red propia de la abastecida cuanto de terceros, dijo que el vínculo con aquélla duró hasta el 30 de octubre de 2013, fecha ésta en la que decidió resolver el contrato por culpa que atribuyó a su co-contratante y, por ello, le demandó.

Así lo hizo, por cobro de \$414.440,22 por falta de pago de los servicios pactados en el contrato; por \$77.065,35 en concepto de intereses derivados de la demora en la emisión de certificados de servicio; y por \$265.314,15 como resarcimiento derivado de la resolución del contrato.

Planteó la inconstitucionalidad de lo normado por la ley 23.928.

ii. Lógicamente, Y.P.F. S.A., que reconoció haberse vinculado con la actora por medio de los contratos que ésta mencionó, resistió la pretensión.

Con suficiente argumentación negó adueñar a Intellect Posware Solutions Group S.R.L. suma alguna; sostuvo que el contra-

to, que negó haber incumplido, fue erróneamente resuelto por ésta; negó también aptitud a las facturas cuyo pago demandó su oponente, y adujo haber rescindido el contrato y comunicado tal decisión a la actora, a quien preavisó con treinta días de antelación.

iii. El primer sentenciante hizo lugar parcialmente a la demanda y, por consecuencia, condenó a Y.P.F. S.A. a pagar \$646.383,34 con más intereses y las costas del juicio, no obstante lo cual desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.928 formulado por Intellect Posware Solutions Group S.R.L., con costas que distribuyó por su orden.

Así lo juzgó, basado en la doctrina de la carga dinámica de la prueba a la que extensamente se refirió.

(i) Con ese sustento, el sr. juez consideró que dado que según lo previsto en la cláusula 23º del pliego de condiciones particulares que ligó a las partes la actora sólo pudo emitir las facturas luego de certificados los trabajos por Y.P.F. S.A., cupo a ésta, dada su posición dominante en el

entramado contractual, suministrar la prueba conducente para dilucidar el caso.

Aludió el magistrado al contenido de los correos electrónicos intercambiados por las partes, a las declaraciones testimoniales producidas por virtud de una medida para mejor proveer y al resultado de la pericia contable incorporada al expediente y, con esa base, halló procedencia a la pretensión de cobro de \$381.067,99 correspondientes a trabajos realizados por la demandante cuya certificación reclamó, que no fueron sufragados.

(ii) De seguido, luego de formulado distingo entre rescisión y resolución, el sentenciante juzgó que fue ajustada a derecho la decisión que la actora adoptó de concluir anticipada y unilateralmente el vínculo contractual.

Así lo consideró, en tanto halló probado el incumplimiento en que incurrió la defendida concerniente a la falta de certificación de los trabajos realizados por la iniciante que impidió a ésta emitir las facturas correspondientes. A lo cual agregó que la resolución del contrato decidida por Y.P.F. S.A. fue posterior y, por esto, señaló que no pudo extinguirse un vínculo antes finalizado.

Fijó en \$265.315,35; suma levemente superior —lo aclaró— a aquélla por el que el rubro fue cuantificado, que resultó de multiplicar las certificaciones básicas surgentes de la pericia en contabilidad.

(iii) Por último, el Sr. juez mandó aditar intereses a las sumas mencionadas a calcularse según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento, y desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.928 introducido por la parte actora.

II. El recurso

La sentencia fue recurrida por Y.P.F. S.A. (fs. 595), que expresó los agravios de fs. 602/616.

Dado que la respuesta a esa articulación por parte de Intellect Posware Solutions Group S.R.L. fue tardía, el escrito mediante el que tal cosa hizo fue desglosado del expediente (fs. 631 y 636).

Son cuatro las quejas que la defensa expresó.

i. Se agravió de lo que consideró arbitraria aplicación de la doctrina de la carga dinámica de las pruebas.

Adujo que por cuanto la demandante sostuvo haber efectuado diversos trabajos que Y.P.F. S.A. no certificó y no pagó, correspondió que aquélla describiera cuáles fueron esas tareas y demostrara haberlas realizado, y aseveró que nada de esto fue hecho. Con esa base se quejó de que, con apoyo en la susodicha doctrina se hubiere juzgado que, como parte fuerte del contrato —cualidad que negó— fuera carga suya probar, como hecho negativo, que Intellect Posware Solutions Group S.R.L. no efectuó tales trabajos.

Abundó sobre estos asuntos.

ii. Criticó la forma con que fue valorada la pericia contable y desechada la impugnación que su parte formuló.

Dijo que el *a quo* no consideró lo dictaminado en un primer informe pericial del que surge la inexistencia de diferencias entre las certificaciones y las facturas; aseveró que el perito calculó las “supuestas diferencias” (sic) de las que informó basado en planillas emanadas de la actora

que no surgen de los registros contables, y fundamentó el agravio en las normas de los arts. 43 y 64 del Cód. de Comercio.

Explicó que por ello impugnó ese dictamen, y señaló que esa articulación fue desestimada por el sentenciante sustentado en la doctrina de la carga dinámica de las pruebas.

También se explayó sobre estos extremos.

iii. Cuestionó la sentencia en tanto omitió considerar cuanto emerge de la prueba documental y testimonial rendida en el expediente que, según lo aseveró, demostró que no existe crédito alguno en cabeza de Intellect Posware Solutions Group S.R.L.

Aludió al contenido y alcances de la cláusula 23ª del contrato, a los correos electrónicos que las partes intercambiaron, al peritaje contable, a lo testimoniado en autos y a la facturación que en diversos períodos emitió la actora y que su parte sufragó, y sostuvo que el Sr. juez soslayó cuanto de todo ello se desprende.

iv. Se quejó de que se hubiere juzgado que fue su parte la culpable de la resolución del contrato.

Dijo que lo así decidido es la consecuencia de la forma con que todo lo anterior fue considerado, afirmó que la actora resolvió el contrato sin causa, invocó la norma del art. 216 del Cód. de Comercio, y finalizó aseverando que frente a la improcedencia de esa decisión resultó ajustada a derecho la resolución contractual que su parte ejerció.

III. La solución

1. Una necesaria introducción

i. Conforme se desprende del denominado “Pliego Técnico para el servicio de Mantenimiento y Reparación Pos APE y Semi Industriales” cuyo texto puede examinarse en fs.16/20 (reservado en el sobre de documentación correspondiente a este expediente), por su medio la actora convino en brindar a Y.P.F. S.A. el “servicio de mantenimiento correctivo y reparación de los POS, marca Intellect...” cuyos modelos fueron mencionados en la cláusula 3ª según los alcances y niveles especificados en las cláusulas 4ª y 5ª, todo ello con base en lo acordado en el “Pliego de condiciones particulares” (también reservado como fs.10/15).

De éste me interesa destacar que, según lo que allí se pactó, una vez brindado el servicio contratado, Intellect Posware Solutions Group S.R.L. se halló en condiciones de solicitar de Y.P.F. S.A. la confección de un certificado que ésta se obligó a entregarle dentro de los cinco días, el cual una vez recibido, autorizó a la primera a emitir la factura correspondiente (cláusula 23ª), cuyo pago se acordó efectuar a los treinta días de su presentación (cláusula 12ª).

ii. La desavenencia entre las partes, que principió en noviembre de 2012, quedó reflejada en el contenido de las epístolas a las que seguidamente aludiré, de cuya autenticidad informó el Correo Argentino en fs. 412, y se refiere a los contratos de prestación de servicios identificados con los nros. ... y ..., ambos fechados el 21 de septiembre de ese mismo año 2012 (fs. 22 y 33, también reservados en el sobre de documentación original).

En efecto.

(i) Por medio de las cartas documento copiadas en fs. 232, 233, 235 y 236 datadas los días 14 de noviembre de 2012 y 29 de

abril, 19 de junio y 3 de julio del año 2013, Intellect Posware Solutions Group S.R.L. reclamó de Y.P.F. S.A. la emisión de las certificaciones pendientes de los servicios en ellas detallados por las sumas que allí indicó.

La destinataria de esas epístolas guardó silencio.

Por ello, el 3 de octubre de 2013 la actora cursó a Y.P.F. S.A. otra carta documento en la que, basada en los mismos contratos nros. ... y ... le intimó “para que en el perentorio e improrrogable plazo de 15 días (...) procedan a emitir las certificaciones de servicios que se encuentran pendientes de certificación por la suma de \$381.067,99” según el detalle que allí formuló; todo ello “bajo apercibimiento de declarar resuelto el Contrato de Prestación de Servicios oportunamente celebrado por vuestra culpa y reclamarles judicialmente tanto los importes pendientes a la fecha como la indemnización correspondiente” (fs. 237, lo entrecomillado es cita textual).

(ii) Nada contestó Y.P.F. S.A., y fue esa ausencia de respuesta lo que llevó a Intellect Posware Solutions Group S.R.L. a resolver el contrato por exclusiva culpa de aquélla, según así lo comunicó el 30 de octubre de 2013 por medio de la carta documento de fs. 238, en la que reservó su derecho de reclamar los intereses devengados hasta ese momento y los que se devengarán hasta el efectivo pago de lo adeudado y el resarcimiento correspondiente a los daños y perjuicios.

Esta vez sí Y.P.F. S.A. respondió esa misiva.

Por igual vía postal, ocho días después la demandada hizo saber a la actora el rechazo de la anterior epístola “por falaz e improcedente”; le informó “que YPF no mantiene con Uds. deuda alguna en el marco del Contrato de prestación de servicios identificados como (i) Nota de pedido N° ... de 21/09/2012 y (ii) Nota de pedido N° ... de 21/09/2012”; y le notificó de su “intención de poner fin a la contratación de prestación de servicios (...) una vez operado el vencimiento del plazo de treinta (30) días de recibida la presente, de conformidad con lo establecido en el art. 16 ‘Rescisión sin causa’ de las Condiciones particulares del contrato, los cuales forman parte del contrato de mención y condiciones generales de compra de YPF; fecha hasta la cual estarán vigentes todas las obligaciones asumidas por las partes y sin derecho por vuestra parte a exigir por tal motivo, indemnización o compensación de ninguna naturaleza” (cfr. fs. 239, lo entrecomillado también es cita textual de lo que en esa carta documento se escribió).

El intercambio epistolar culminó cuando el 19 de noviembre de ese mismo año 2013 Intellect Posware Solutions Group S.R.L. contestó la anterior misiva: en ésta hizo remisión al contenido de las epístolas antes cursadas a Y.P.F. S.A.; insistió en la ausencia de certificaciones por la suma de \$381.067,99; y le recordó que por haber corrido el plazo de quince días fijado en la carta documento fechada el 30 de octubre sin que la obligación hubiere sido cumplida, el contrato habíase resuelto (fs. 240).

Fue con base en lo anterior que la actora dedujo la demanda.

Dicho lo cual ingresaré, ahora sí, al estudio del recurso que introdujo Y.P.F. S.A.

2. Del recurso que interpuso la defensa

Dada la manera en que se condujeron las partes (recordemos: prestación del servi-

cio por la actora, certificación de lo obrado por la demandada y, hecho esto, emisión de la factura), la forma en que la causa fue juzgada y el núcleo de los agravios que introdujo Y.P.F. S.A., debemos ahora responder la siguiente interrogación: ¿a cuál de los litigantes cupo probar que los servicios no certificados fueron efectivamente brindados?

i. Es conocido que la carga de la prueba actúa como un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes. Es, por cierto, una distribución, no del poder de probar que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone, pues, ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (Chiovenna, en “Instituciones de derecho procesal civil”, trad. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936-1940, Madrid, tº. III, págs. 92 y sig.).

De acuerdo con las nuevas orientaciones procesales, esa carga recae en el litigante que se encuentra en mejores condiciones de ofrecer y producir elementos de juicio que permitan elucidar las cuestiones controvertidas, lo que constituye una exigencia elemental de coherencia y buena fe-lealtad en el marco del proceso que se expresa hoy en la doctrina de la denominada “carga dinámica de las pruebas”, cuya base normativa aparece regulada en el art. 377 del Cód. Procesal que establece que cada parte soporta la carga de probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende.

Como toda carga procesal, esa actividad es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone —lo dije— un imperativo del propio interés del litigante, dado que el juez realiza, a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa, la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquéllos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria.

En términos llanos, la carga de la prueba es la circunstancia de riesgo según la cual quien no prueba los hechos que invoca pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la *litis*; es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando se encuentran en el proceso pruebas que le dan certeza sobre los hechos en los que debe fundamentar su decisión, e indirectamente, establece a cuál de las partes le interesa acreditar tales hechos para evitarse consecuencias desfavorables.

De todo lo cual se sigue que, negada la situación fáctica por el contradictor, la distribución de la carga probatoria se impone a quien ha afirmado los hechos constitutivos de la pretensión (esta Sala, “Sequeiros Flores, Germán c. Corico Céspedes, Fernando”, 08/10/2008; íd., “Sistemas Analíticos S.A. c. Becton Dickinson Argentina S.R.L.”, 01/11/2016; íd., “Liberman, Alejandro Marcelo c. Bavarian Motors S.A.”, 01/11/2016; íd., “Cellular Time S.A. c. Telefónica Móviles Argentina S.A.”, 03/11/2016; íd., “Caran Automotores S.A. c. Volkswagwen Credir Compañía Financiera S.A.”, 14/02/2017; también CNCom., Sala A, “Daboul, Juan c. Banco Itaú Buen Ayre S.A.” 07/08/2007; íd., “Sáenz Valiente Hnos. S.A. c. Occhiuzzo, Sergio”, 23/10/2007; Sala B, “Mociulsky, Héctor c. Bayser, María”, 30/12/1988; íd., “Pisano, Pablo c. Emprendimientos Inmobiliarios Polígono 7 S.A.”, 25/04/2007; Sala C, “Sáenz Valiente Hnos. S.A. c. Occhiuzzo, Sergio”, 23/10/2007; íd., “Visor Enciclopedias Audiovisuales S.A. c. The Walt Disney Company Argentina S.A.”, 24/06/2011; Sala E, “Maxdán S.A. c. Malfatti, Vilma”, 19/03/1996).

Lo dicho es suficiente para dar respuesta a la interrogación que, al comienzo de este capítulo formulé: fue carga de la actora demostrar que, según lo adujo en la demanda, Y.P.F. S.A. sólo certificó “una mínima parte de los importes adeudados” (fs. 243, 2º párrafo) o, dicho de otro modo, que por cuanto realizó trabajos que no fueron reconocidos, restaron certificaciones pendientes (fs. 244, cap. V).

Veamos, pues, qué es lo que en autos se probó.

ii. En litigios entre comerciantes, y ambas partes de la *litis* lo son, la prueba por excelencia de la bondad del crédito sustentante de la pretensión lo es la pericial contable (art. 63 del Cód. de Comercio derogado; ahora art. 330 del Cód. Civ. y Comercial), y si bien no es ésta, ciertamente, una prueba legal absoluta, no podría un tribunal sentenciar en un pleito entre comerciantes contra el resultado de ese elemento de juicio sin contar con una profunda e idónea crítica de tal antecedente.

Sin embargo, se verá que en este caso, la pericia contable que corre en fs. 471/474 y fue realizada sobre los registros mercantiles de ambas partes que la experta halló llevados en legal forma, de nada sirve para dar solución a la controversia.

(i) Según fue allí dictaminado, resulta que la totalidad de las facturas que emitió Intellect Posware Solutions Group S.R.L., que esa parte acompañó al expediente como Anexo E (fs. 100/221) se encuentran asentadas en la contabilidad llevada por Y.P.F. S.A. y fueron pagadas (respuesta a los puntos c de fs. 471 vta.; d de fs. 472; c y d de fs. 472 vta.; y l de fs. 473 vta.; y respuesta a la impugnación de la defendida, en fs. 545 vta., al pie).

(ii) No obstante ello, cuando la misma experta en contabilidad respondió la impugnación que del peritaje formuló la actora (así lo hizo ésta en fs. 529/530), una vez revisada por ella la documentación aportada a los autos por la demandante en el mencionado Anexo E, informó de la existencia de diferencias entre el monto de los servicios que esa misma parte pidió se certificaran y lo que efectivamente la demandada certificó.

Esas diferencias que abarcan el período corrido desde enero de 2012 hasta septiembre del año siguiente e involucra a los contratos de prestación de servicios identificados con los nros. ... y ..., asciende exactamente a \$381.067,99.

Es esa la suma por la que, quedó dicho, Intellect Posware Solutions Group S.R.L. intimó de pago a Y.P.F. S.A. en las epístolas a las que en el cap.I.ii. aludí.

(iii) Empero, la demandada también impugnó ese último dictamen: en sustento de esa articulación Y.P.F. S.A. sostuvo que las apuntadas diferencias no surgían de registro contable alguno sino de planillas confeccionadas unilateralmente por Intellect Posware Solutions Group S.R.L., y recordó que según la experticia contable, la totalidad de las facturas emitidas por la actora habían sido canceladas (fs. 550/551).

En cuanto a este asunto la defensa, que en el segundo de los agravios que expresó aludió a esta cuestión, lleva razón.

Así surge de lo actuado por la perito en contabilidad que, al responder la impugnación vino a suplir la falta de liquidación, en la pieza de inicio del expediente (cuestión a la que me referiré en el apartado vi.) de ese mismo rubro que en la demanda la

actora denominó “falta de pago de servicios”.

(iv) Tres son, entonces, las conclusiones que se extraen de lo que fue peritado:

La primera, que por cuanto la totalidad de las facturas que emitió la actora fueron sufragadas por la demandada, nada debe ésta a aquélla en lo que a esos papeles de comercio concierne.

La segunda deriva de la anterior: dado que la emisión de las facturas por la actora quedó sujeta a la previa certificación por parte de la demandada de los trabajos efectuados con base en los contratos de prestación de servicios nros. ... y ..., lógico es que ninguna factura insoluble hubiere detectado la experta en contabilidad, sencillamente porque, según lo aseveró Intellect Posware Solutions Group S.R.L., parte de esos mismos trabajos que afirmó haber realizado no fueron certificados por Y.P.F. S.A.

Y la tercera, que lo que la perito dictaminó concerniente a las apuntadas diferencias entre lo que la demandante pretendió cobrar de Y.P.F. S.A. con base en esos contratos y lo que esta última pagó no surge de asiento contable alguno y, además, advertible es fácilmente que la planilla que la perito acompañó como Anexo I en fs. 544 es fiel reproducción de aquélla incorporada a la carta documento copiada en fs. 237 que —también lo dije— la actora dirigió a la demandada: para constatar tal cosa alcanza con examinar el original de esa misma epístola que se reservó como foja 228.

Concluyo entonces que la existencia de ese invocado crédito en cabeza de Intellect Posware Solutions Group S.R.L. no fue demostrada en vía pericial contable y, por lo tanto, debió ser demostrada por diverso medio.

iii. Es evidente, arriba quedó dicho, que Y.P.F. S.A. nunca respondió las epístolas de fs. 232, 233, 235, 236 y 237 por las que la actora le intimó el pago de la mencionada diferencia de \$381.067,99; empero, en nuestro Derecho no existe norma legal que imponga la obligación de contestar una intimación extrajudicial.

Advierto así que, aunque la respuesta es la mínima diligencia que el sentido común exige con el objeto de que el requerido esclarezca su postura en el caso concreto (esta Sala, “Quantec Geoscience Argentina S.A. c. Catgold S.A.”, 06/12/2016), el silencio en que la demandada incurrió carece de aptitud probatoria del extremo que ahora examino.

iv. La prueba testimonial rendida en autos poco, o nada, aportó. Los testigos L. F. G. (fs. 413/414, respuesta a la 8ª preg. formulada de viva voz), F. S. C. (fs. 419/421, respuestas a las 8ª y 9ª preg. del interrogatorio de fs. 418 y fs. 581; y fs. 581, respuestas a las 2ª y 3ª preg.), A. F. (fs. 426/427, respuestas a las 8ª y 9ª preg. del interrogatorio de fs. 424), F. A. (fs. 428/ 429, respuesta a las 8ª y 9ª preg. del interrogatorio de fs. 425 y fs. 581 vta./582), O. de la C. (fs. 433/4, respuesta a la 8ª preg. del interrogatorio de fs. 432) y R. A. (respuesta a la 9ª preg. del interrogatorio de fs. 418) coincidieron en cuanto a que una vez reparada por la actora una terminal o de realizado el servicio de mantenimiento, Y.P.F. S.A. confeccionaba una certificación que era enviada por correo electrónico a Intellect Posware Solutions Group S.R.L. quien, una vez recibida, emitía la factura correspondiente.

Y si bien el testigo R. A., que fue interrogado según el pliego de fs. 418 y declaró en fs. 435/436, dijo ser el contador externo de Intellect Posware Solutions Group S.R.L., que existieron reclamos que la ac-

tora formuló a la demandada “por diferencias surgidas al no certificarse la cantidad solicitada por la actora” (respuesta a las 10ª preg.), y que “los reclamos se debieron a que la actora solicitaba la certificación de servicios e YPF certificaba una cifra menor a la solicitada, eso se debía fundamentalmente en la diferencia del abono básico” (respuesta a la 1ª ampliación), lo cierto es que la falta de especificación cuanto menos aproximada acerca de cuáles fueron esos servicios y de cuándo, dónde y en qué momento fueron brindados, se muestra insuficiente.

v. Tampoco, a mi juicio, el contenido de los correos electrónicos que las partes intercambiaron, de cuya autenticidad dio cuenta la pericia en esa materia fraccionada en fs. 476/524, alcanza para considerar demostrada la prestación y cuantía de los servicios que no fueron certificados por Y.P.F. S.A. Así lo digo, dada la notable falta de coincidencia que resulta de comparar las sumas pendientes de certificación de las que Intellect Posware Solutions Group S.R.L. informó a Y.P.F. S.A. en los correos electrónicos de fs. 113, 121, 122, 123, 131, 145, 146 y 147, abarcativos de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto del año 2012; con los montos detallados tanto en la carta documento copiada en fs. 237 y en las que le siguieron cuanto en el Anexo I de la pericia contable de fs. 544.

vi. A todo esto se agrega que ni siquiera fueron detallados en la pieza inaugural del expediente cuáles fueron los servicios que restaron pendientes de certificación por Y.P.F. S.A., ni se mencionó allí dónde y cuándo esos mismos servicios fueron brindados.

Y se suma, también, que en el mismo escrito de inicio lo que Intellect Posware Solutions Group S.R.L. demandó le sea sufragado por el rubro “falta de pago de servicios” brindados e instrumentados en las Notas de pedido nros. ... y ... asciende a \$414.440,22; suma que es superior en \$33.372,23 a aquélla consolidada por la misma parte en la epístola del 3 de octubre del año 2013 y en las que le siguieron (de \$381.067,99; v. otra vez fs. 237, 238 y 240).

Ninguna explicación fue dada en esa pieza, que fue ingresada al expediente el 13 de agosto del año 2014 (v. el cargo fechador puesto en la foja 246 vta.), esto es, nueve meses y diez días después de cursada aquella misiva, que permita conocer la razón de ese incremento.

También al alegar de bien probado, la parte demandante dijo reclamar por ese mismo rubro el pago de \$414.440,02 (v. fs. 565 vta., 2º párrafo).

Y a todo ello se añade que tampoco luce explicada en la demanda la forma en que se arribó a la suma de \$77.065,35 correspondiente al rubro “intereses por demoras en la emisión de las certificaciones de servicios”.

La incerteza y confusión, pues, son notables.

(i) Es sabido y lo manda el art. 330 del Cód. Procesal, que en la demanda debe precisarse el monto reclamado “salvo cuando al actor no le fuera posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción”.

Ni uno ni otro supuesto fueron invocados ni se han dado aquí.

Y si bien se advierte que en el escrito inaugural del expediente sí fueron fijados los montos constitutivos de los rubros

“falta de pago de servicios” e “intereses por demoras en la emisión de las certificaciones de servicios” que, junto con otro integran la pretensión, no sabemos ahora, porque nada explicó la iniciante ni liquidación alguna formuló, cuáles fueron los parámetros sobre cuya base reclamó, por el primero, una suma superior y por ende diversa de la que antes adujo debida; y por el segundo el pago de intereses que tampoco conocemos a qué tasa liquidó.

(ii) Agrégase a lo dicho que en el Anexo D de la demanda (reservado como fs. 22/98) se incorporaron no sólo las notas de pedido nros. ... y ... que, según se adujo, fueron sólo parcialmente certificadas y constituyen el soporte documental de la pretensión, sino otras que abarcan un período muy anterior; y que en el Anexo E (reservado como fs. 100/221) se agregaron numerosas certificaciones de servicios y facturas cuya vinculación con lo que aquí fue demandado nunca fue explicitada.

En el caso “De Arechavala, Isidoro M. c. Viplán S.A.” que aparece citado por Palacio-Alvarado Velloso, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (ed. Rúbinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, tº VII, pág. 237), cuyo texto completo se publicó en ED. 135-666 y que alguna similitud guarda con éste, el 05/02/1988 esta Sala juzgó incumplido el recaudo exigido por el ritual “adjuntando originales o copias de los referidos certificados, pues el art. 330 del Cód. Procesal requiere de cada accionante una explicación razonada y detallada de su demanda. No incumbe al Tribunal efectuar el cálculo del reclamo con base en los certificados anexos a la demanda, pues la función del juez es proveer el derecho antes que suplir a la parte en labores ‘de oficina’”.

(iii) En rigor de verdad, todo esto entronca con lo dispuesto por los incs. 3º, 4º y 6º del mismo dispositivo ritual, que como elemental deber de colaboración que recae sobre las partes de todo proceso, obliga al promotor de la acción a mencionar al Tribunal, a través de formas positivas, cuáles han sido las reales circunstancias a fin de que la *litis* pueda trabarse sobre pautas de verdad que posibiliten el dictado de una sentencia justa (CSJN, Fallos: 178:223, 186:64; esta Sala, “Automotores San Telmo S.A. c. Cía. de Seguros Unión de Comerciantes S.A.”, 16/06/1987; íd., “Nuevo Merlín S.A. c. Cassalone Hnos. S.R.L.”, 19/06/1992; íd., “IBM Argentina S.A. c. Astilleros Corrientes S.A.”, 09/03/1998; íd., “Cambaggio, Oscar Horacio c. Pérez, Benjamín”, 01/11/2016; íd., “Elmadjiján, Verónica Noemí c. BBVA Banco Francés S.A.”, 03/03/2017; también CNCom. Sala A, “Casa Petchere c. Bonfilio y Cía. S.A.”, 17/11/1971; íd. “El Bohío S.R.L. c. Efrén S.A.”, 20/10/1982; Sala B, “López, Héctor c. Alberto J. Armando S.A.”, 05/07/1974; íd., “Kaplan, Mario c. Besprovan, Daniel”, 17/09/1985; Sala C, “Alquivial S.R.L. c. Balpego S.A.”, 06/05/2011; íd., “Marca-lá S.A. c. Rodó Hogar S.A.”, 05/03/2013; íd., “Haz Sport Agency S.A. c. Asociación Atlética Argentinos Juniors”, 11/03/2014; íd., “Milstein, Aída Raquel c. United Stars Entertainment S.A.”, 24/04/2014; cfr. Highton-Areán, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, tº. 6, desde la pág. 260, con cita de copiosa jurisprudencia).

Esas necesarias explicaciones —insisto en esto— que debió brindar la actora, lucen ausentes.

vii. No comparto que para juzgar del modo en que lo hizo, el primer sentenciante hubiere atribuido a Y.P.F. S.A., que dada su envergadura empresarial consideró haber sido la parte fuerte del contra-

to, la carga de aportar la prueba necesaria para dilucidar el asunto ventilado.

No sólo no lo comparto sustentado en lo dicho en el apartado i. de este mismo capítulo 2., sino, asimismo, (i) porque no nos hallamos ante relación de consumo, en cuyo caso sí habría recaído sobre la demandada aquella carga como consecuencia de lo normado por el art. 53 de la ley 24.240; (ii) porque la inteligencia contraria importaría tanto como cargar en las espaldas de la defendida, que negó la existencia de certificaciones pendientes, la demostración de un hecho negativo, como una suerte de “prueba diabólica”; y (iii) porque en definitiva, también la defensa produjo la prueba que ofreció en abono de la postura que asumió (v. fs. 351 vta., cap. V).

viii. Llego, así, al meollo de la cuestión traída a conocimiento del Acuerdo.

Porque de todo lo anterior resulta que por cuanto el incumplimiento que la actora atribuyó a Y.P.F. S.A. no fue probado, resulta que la decisión que adoptó la primera de resolver el contrato que le vinculaba con la segunda por culpa de ésta según así lo comunicó en la epístola de fs. 238, el 30 de octubre de 2013, aparece basada en una causa que no fue tal.

Lo cual, por lógica derivación, deja sin sustento la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios que también dedujo Intellect Posware Solutions Group S.R.L.

Puesto que según es sabido, para la admisión de cualquier acción resarcitoria es menester acreditar una conducta ilícita por parte de la persona acusada, la existencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo, la producción de un daño, y una adecuada relación de causalidad entre aquella conducta y el daño (cfr. Bustamante Alsina, en “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, 4º ed., Buenos Aires, 1983, pág. 86, nro. 170; Llambías, en “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, tº. I, pág. 121, nro. 98; esta Sala, “Serviuir S.A. c. Serus Construcciones S.R.L.”, 27/12/2016), y resulta que esos extremos lucen ausentes.

A mi juicio, pues, el recurso que introdujo la defensa procede.

IV. La conclusión

Propongo, pues, al Acuerdo que estamos celebrando, estimar el recurso que interpuso Y.P.F. S.A. y, por consecuencia, revocar la sentencia de grado. Con costas de primera instancia a la actora, en su calidad de vencida (art. 68 del Cód. Procesal); sin costas de Alzada por no haber mediado contradictorio.

Así voto.

Los doctores *Heredia* y *Vasallo* adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Estimar el recurso que interpuso Y.P.F. S.A. y, por consecuencia, revocar la sentencia de grado, con el efecto de absolver a la demandada. (b) Imponer las costas de primera instancia a la actora, en su calidad de vencida (art. 68 del Cód. Procesal). Sin costas de Alzada por no haber mediado contradictorio. (c) Diferir la regulación de los honorarios hasta tanto sean fijados los de la anterior instancia. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856

y Acordadas 15/13 y 24/13). — *Juan R. Garibotto*. — *Pablo D. Heredia*. — *Gerardo G. Vassallo*.

Restricción de la capacidad

Juez de grado que resuelve de conformidad al art. 32, *in fine* del Código Civil y Comercial. Readequación de la sentencia al primer, segundo y tercer párrafos de la norma. Padre y madre designados como figuras de apoyo. Especificación de los actos para los cuales se requiere asistencia o representación.

La sentencia que resolvió restringir la capacidad del causante en los términos del art. 32 *in fine* del Código Civil y Comercial debe readequarse y, en su lugar, corresponde establecer la restricción en los términos del primer, segundo y tercer párrafos de la norma mencionada, designando al padre y madre de aquél como figuras de apoyo y especificando para cuáles actos se requerirá asistencia y para cuáles representación, pues ésta es la solución legal que más se adapta a la realidad, desde que el tutelado se encuentra en condiciones de dar a conocer cuáles son sus deseos, preferencias y voluntades.

120.260 — CNCiv., sala J, 30/05/2017. - L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad.

[Cita on line: AR/JUR/26542/2017]

2ª Instancia.— Buenos Aires, mayo 30 de 2017.

Considerando:

Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 183 por la letrada integrante de la Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias —fundando a fs. 188/191— contra la sentencia de fs. 180/181 mediante la cual se estableció que A. B. L. B. no puede dirigir su persona, no puede disponer ni administrar sus bienes y no puede intervenir en juicios, todo ello en los términos del artículo 32 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y designando como curadores a sus padres.

A fs. 260/262 emite dictamen la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara quien adhiere a los agravios vertidos a fs. 188/191, solicitando la revocación de la sentencia dictada, en el entendimiento que la situación de su representado no debe encuadrarse en el último párrafo del art. 32 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, sino en el segundo párrafo de dicha norma y con la designación de un sistema de apoyos con funciones de asistencia y representación.

I. A fs. 143/150 luce el informe interdisciplinario de la Dirección General de Salud Mental del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de enero de 2015) que da cuenta de las limitaciones a la capacidad del tutelado. En el mismo se consigna que A. B. L. B. padece un retraso mental severo —Síndrome de Aarskog—. No puede vivir solo, ni trasladarse sin compañía por la vía pública. No presente riesgo cierto e inminente para sí o terceros pero sí requiere de supervisión y asistencia periódica/permanente para el desarrollo de su vida cotidiana.

A fs. 156/157 consta el informe social (del 21/05/2015) en el que se consigna que A. vive con sus padres en una dinámica familiar positiva, organizada y con capacidad resolutoria. No posee beneficio previsional y cuenta con cobertura médica de “OSDE”. Deambula sin dificultad. Concorre con sus padres 4 días a la semana al gimnasio y una vez por semana a natación. Tiene un acompañante terapéutico una vez por semana, con quien trabaja el desinvolvemento en la vía pública y posee supervisión continua y atención psicológica con frecuencia semanal a domicilio.

A fs. 166 consta acta de audiencia —de fecha 15/04/2015— celebrada en la sede Unidad de Letrados, en la cual el tutelado compareció junto a sus padres y manifestó sus deseos y voluntades.

Por su parte, a fs. 178 consta el acta de audiencia que da cuenta de la entrevista personal mantenida por la Sra. Jueza de grado con el Sr. A. B. L. B. el día 26 de noviembre de 2015, dándose así cumplimiento a lo previsto por el art. 35 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

A fs. 180/181 se dictó sentencia en los términos del art. 32 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación, designándose como curadores a ambos progenitores (ver parte dispositiva ptos. 1 y 2).

A fs. 255 toma oportuna intervención en los presentes la Defensoría Pública Curaduría N° 4, conforme lo dispuesto en las Resoluciones DGN N° 765/2016 Anexo I, modificatoria de la Res. DGN N° 805/2014, y Resolución DGN N° 1846/2016.

II. En primer lugar, cabe remarcar que el artículo 32 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que, con respecto a los actos sobre los cuales el juez puede disponer la restricción de la capacidad de la persona protegida, se debe designar el sistema de apoyo o apoyos necesarios, “especificando las funciones con los ajustes razonables e función de las necesidades y circunstancias de la persona”. Asimismo, “el o los apoyos designados deben promover a la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

Ello se condice con las disposiciones previstas en los artículos 2, 5, 12 incs. 2º y 4º de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), incorporada a nuestro sistema por la Ley N° 26.378.

“Teniendo en cuenta el propósito que justifica la existencia y el diseño de las medidas de apoyo, la función será fundamentalmente de asistencia. Dicha asistencia podrá tener diversos grados. En casos excepcionales, la función de apoyo podrá ser de representación para algún acto determinado (cfr. art. 101, inc.). Esto deberá estar debidamente justificado, y establecidas las salvaguardias para que dicha representación sea ejercida de conformidad con las reglas generales previstas en este Código (cfr. art. 31) y que el acto refleje y favorezca las decisiones que respondan a los deseos, preferencias y narrativa de la vida de la persona.” (Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.). Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. I. Art. 32. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2014. Pág. 150).

Es así que el juez debe garantizar a la persona el acceso al apoyo que pueda requerir para facilitarle la toma de decisiones relativas a su persona, el ejercicio de derechos personales, la administración de sus bienes y la celebración de actos jurídicos en general.

Es así que el artículo 43 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé un sistema de

apoyo al ejercicio de la capacidad y un sistema de apoyo para la toma de decisiones (SATD). Conforme dicha norma “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

“Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.” (art. 43 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La prestación de apoyo es un mecanismo integral perfilado por la CDPD para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas, “en todos los aspectos de la vida” (art. 12 ic. 2º CDPD).

El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona (cfr. Art. 12). Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos.

Es así que, por ejemplo, dentro del ámbito del Ministerio Público de la Defensa, la Defensoría General de la Nación ha previsto incluso para los curadores la función y las medidas de apoyo, distinguiéndola de la función de la curatela representativa y de la de asistencia (cfr. resolución DGN 1045/2012). El Código da un paso más y crea directamente la figura de apoyo con las funciones asignadas. (Ver Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 248 nota 276).

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, co-decisión, o incluso, en casos excepcionales, representación) el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

El foco se centra en procurar dotar a la persona de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios. (Cuenca Gómez, Patricia. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español, en Revista Derechos y Libertades, N° 24, Época II, enero de 201, págs. 221—225. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 248 nota 277).

Las medidas de apoyo podrán ser diferentes según las necesidades de la persona para el tipo de acto o actos a celebrar y/o los derechos implicados. Así, puede establecerse que para la celebración de determinados actos jurídicos se requiera que el apoyo exprese haber asistido a la persona para la comprensión de las consecuencias o implicancias de dicho acto para su vida (voluntad integradora); que el apoyo pueda asistir a la persona en la manifestación de su voluntad o intención; que la persona de apoyo asiente o complementa la voluntad de la persona con capacidad restringida; o, excepcionalmente, que el apoyo realice una acción de representación de la persona para un acto puntualmente determinado o en un momento determinado (cfr. art. 101 inc. c)), en cuyo caso la representación no deberá ser sustitutiva.

Es decir, en algunos casos el apoyo sólo asiste a la persona para que pueda realizarse el acto, en otros debe necesariamente participar en la conformación del acto jurídico (lo integra), en otros más incluso puede participar en calidad de codecisor, y en otros, los menos, en calidad de representante, pero sin perder de vista su función y propósito.

Por otra parte, el Ministerio Público no sólo está legitimado sino que tiene la obligación de proponerle al juez las medidas de apoyo que considere necesarias y su justificación (art. 33 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En consonancia con lo expuesto “*ut supra*”, el artículo 101 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que “Son representantes... de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre”.

Estos apoyos con facultades representativas, reconocidos por el Preámbulo de la CDPD, inciso “j”, son denominados “apoyos intensos”.

Estas personas se desempeñan como representantes, en tanto la sentencia que restringe la capacidad de la persona haya especificado expresamente cuáles son los actos jurídicos que deben ser actuados por el sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD, con facultades representativas sustitutivas de la voluntad del sujeto).

Por último, el artículo 102 del Cód. Civ. y Com. de la Nación mantiene, para las personas con capacidad restringida y para aquellas personas inhabilitadas por prodigalidad, el régimen de la asistencia, ampliándolo por el reconocimiento legal del sistema de apoyos para la toma de decisiones.

En los casos de inhabilitación, el apoyo debe asistir a la persona en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia, de conformidad con el artículo 43 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

No obstante ello, el objetivo del nuevo Código es proteger a la persona con capacidad restringida “con la menor capacidad posible de su capacidad de actuar” y de proteger sin incapacitar (arts. 32 y 43).

Es al momento de dictarse sentencia que el juez designa el o los apoyos y, “caso por caso”, identifica el objeto del encargo y los actos en los que ellos tienen como función ayudar a la persona a decidir por sí misma, promoviendo su capacidad natural y fomentando su autonomía personal. (Ferrando, Gilda. Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la ley 6/204 del 9 de enero, en La discapacidad entre la incapacidad y la discapacidad. Págs. 164/166. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 446 nota 375).

En conclusión, el sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD) no sustituye a la persona con capacidad restringida, ni a la persona declarada inhabilitada, sino que se añade a éstas como un nuevo sistema de protección. Solamente el Código incluye al sistema de apoyos con facultad representativa o “apoyo intenso” para la persona con capacidad restringida y orientada a la celebración de determinados actos puntuales con la previa designación judicial y la intervención del Ministerio Público.

III. Ahora bien, en el caso concreto de autos, habrán de receptarse las quejas vertidas a fs. 188/191 por la Unidad de Letrados para la Revisión de Sentencias que Restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica y a fs. 260/262 por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en lo que respecta al encuadre normativo de la situación jurídica del tutelado.

De la lectura y análisis integral del plexo probatorio rendido en autos (ver informe social de fs. 143/150, informe interdisciplinario de fs. 156/157 y, en especial, entrevista de fs. 166) emerge con meridiana claridad que el tutelado se encuentra en condiciones de dar a conocer cuáles son sus deseos, preferencias y voluntades.

Por lo que la solución legal que más se adapta a su realidad es la prevista por el artículo 32 primero, segundo y tercer párrafo y no la vía excepcional contemplada en el último párrafo de dicha norma.

Es así que resultan atendibles las observaciones formuladas por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en punto a que deberá readecuarse la sentencia dictada, y, en consecuencia, deberá establecerse la restricción a la capacidad del tutelado en los términos del art. 32, primero, segundo y tercer párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación, designando a su padre y a su madre como figuras de apoyo, y especificando para cuáles actos requerirá asistencia y para cuáles representación de los mismos.

IV. Por todo ello, las consideraciones precedentemente mencionadas, oída que fuera la Sra. Defensora de Menores de Cámara, y haciendo mérito de las circunstancias particulares del caso, el Tribunal resuelve: Devolver las actuaciones a la instancia de grado a los fines que la Sra. Jueza “*a quo*” readecue la sentencia dictada en la forma y alcances dispuestos en el Considerando III de la presente. Regístrese, notifíquese a la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara en su despacho, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y devuélvase haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo en forma conjunta. — *Marta del R. Mattered.* — *Beatriz Verón.* — *Zulema Wilde.*

Morigeración de intereses

Juicio ejecutivo. Capitalización de intereses dispuesta en la sentencia de grado. Recurso de apelación. Recepción de la facultad judicial de morigerar intereses en el Código Civil y Comercial. Alusión al “costo medio del dinero” en el art. 771 de la nueva normativa. Interpretación. Aplicación de la tasa de interés del Banco de la Nación Argentina. Adición de un plus. Razonabilidad. Limitación de intereses en caso de sentencia firme. Modificación de la sentencia.

Hechos: *Se dedujo recurso de apelación contra la resolución que dispuso la morigeración de intereses en un juicio ejecutivo. La Cámara modificó parcialmente el decisorio aplicando el art. 771 del Código Civil y Comercial.*

1.- La pauta limitativa de los intereses a aplicar debe ser la que resulte de emplear una vez y media la tasa que cobra el Ban-

co de la Nación Argentina según la operación de que se trate, pues, teniendo en cuenta que podría presentarse baja si se la compara con la que aplican las demás entidades financieras del mercado, se aprecia prudente adicionarle el plus indicado a efectos de poder cumplir, en medida razonable, el designio legal de que los jueces se atengan a aquello que el art. 771 del Código Civil y Comercial individualizó como “costo medio del dinero”.

2.- La alusión al “costo medio del dinero” del art. 771 del Código Civil y Comercial remite a la consideración de una tasa promedio y no al llamado costo financiero total, pues cuando el legislador entendió necesario referirse a este último, así lo hizo (arts. 1385, inc. d, 1388, 1389, CCCN).

3.- Cuando el art. 771 del Código Civil y Comercial se refiere al “costo medio del dinero” no exige que se efectúe un promedio entre las tasas que cobran todos los bancos y entidades financieras del lugar donde se contrajo la obligación, puesto que ese cálculo sería impracticable.

4.- La sentencia firme que dispuso la capitalización de acrecidos no es impedimento para limitar la tasa de interés de conformidad con las facultades previstas en el art. 771 del Código Civil y Comercial, pues no hay en tales casos violación de la cosa juzgada, sino decisión de preservarla, evitando que sea vulnerada mediante la alteración de la significación patrimonial de la condena.

120.261 — CNCom., sala C, 02/05/2017. - Banco Francés S.A. c. Andrade, Néstor Daniel s/ ejecutivo.

[Cita on line: AR/JUR/17573/2017]

! COSTAS

Sin costas por no haber mediado contradictorio.

! INTERESES

Una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina según la operación de que se trate.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 2 de 2017.

Vistos: I. Viene apelada la resolución de fs. 51, por medio de la cual el Sr. juez de primera instancia dispuso la morigeración de los intereses que otrora fueran establecidos en la sentencia de trance y remate de fs. 27/28.

II. El recurso fue interpuesto a fs. 52, y se encuentra fundado con el memorial de fs. 55/58.

III. 1. Juzga la Sala configurado en el caso el supuesto previsto en el art. 771 del Cód. Civ. y Comercial que autoriza a los jueces a reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado de la capitalización exceda, sin justificación y desproporcionalmente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

Esa facultad de los jueces, de proceder incluso de oficio a morigerar intereses usurarios, que ha sido reconocida a los magistrados desde siempre, ahora es receptada en la norma recién citada.

En ella también se señalan las pautas que habrían de ser tenidas en cuenta para así proceder, ocupándose de establecer cuándo debe considerarse que se está ante

un resultado excesivo que justifica esa actuación del Tribunal.

A estos efectos requiere que se compare ese resultado con el “costo medio” que el dinero tenga en las condiciones que allí refiere.

Y exige, además, que el exceso que resulte de tal comparación sea desproporcionado y sin justificación.

A juicio de la Sala, la alusión al “costo medio del dinero” remite a la consideración de una tasa promedio, y no al llamado costo financiero total.

Así se concluye a la luz de dos pautas.

La primera surge de la fuente de la norma, dada por el art. 741 del proyecto del año 1993, que incluía una norma similar a la que aquí nos ocupa.

La comisión redactora de ese proyecto explicó que, para que se configurara el supuesto que tratamos bastaba con “... la desproporcionada de la tasa pactada con la promedio vigente en el lugar en que se contrajo la obligación...” (sic, ver “Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/1992”, pág. 136, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993), de lo que resulta que esa comisión entendió —según criterio que debe considerarse adoptado por la norma actual—, que los parámetros comparativos a tomar estaban dados por dichas tasas.

La segunda de las pautas adelantadas se desprende del hecho de que, cuando el legislador del nuevo Código entendió necesario referirse al “costo financiero total”, así lo hizo (ver arts. 1385 inc. d, 1388 y 1389, entre otros), extremo que muestra la diferencia con la mención incluida en la norma bajo examen.

Estas pautas llevan a la Sala a concluir que, al referirse al “costo del dinero” en este caso, el legislador lo hizo atribuyendo a la noción su sentido conceptual tradicional, esto es, sólo alusivo a la tasa de interés y no a los distintos componentes que integran los costos de las operaciones financieras.

Dado ello, se estima razonable aceptar como pauta limitativa de los intereses a aplicar la que resulte de emplear una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina según la operación de que se trate.

Así se juzga en el entendimiento que, en cuanto remite al “costo medio del dinero”, la ley no ha exigido que se efectúe un promedio entre las tasas que cobran todos los bancos y entidades financieras del lugar donde se contrajo la obligación, puesto que esa cuenta sería impracticable (nótese, sin ir más lejos, la dificultad —que acarrearía una eventual imposibilidad— de realizar una cuenta que debiera incluir, mes a mes, ese promedio durante varios años de mora).

Una interpretación semejante debe ser descartada por razones de certeza y a efectos de proporcionar un adecuado servicio de justicia, que se vería dificultado en tal caso dada la inexorable conflictividad y prolongación de los juicios que traería esa solución.

Esto lleva a la Sala a tomar como referencia la tasa del banco citado; y, teniendo en consideración que esa tasa podría presentarse baja si se la compara con la que aplican las demás entidades financieras del mercado, se aprecia prudente adicionarle el plus ya indicado a efectos de po-

der cumplir, en medida razonable, el designio legal de que los jueces se atengan a aquello que la ley ha individualizado como "costo medio del dinero".

Finalmente, no se descarta que a tal fin fuera menester efectuar una consideración particular de cada situación en cuanto califica la desproporción en función de los deudores, de las operaciones realizadas, y de los lugares donde se contrajeron las obligaciones.

No obstante, ningún análisis idóneo ha sido propuesto a esos efectos por el quejoso.

No se trata aquí de mantener indexada ninguna deuda —mecanismo que, incluso, se encuentra legalmente prohibido— por lo que la mera exhibición del incremento en el valor de ciertos bienes durante un determinado período, no justifica que la obligación pueda incrementarse más allá de sus justos límites.

De todos modos, es del caso destacar que el promedio del incremento de los bienes que propuso el demandante, es incluso menor al incremento que verifica la deuda de marras mediante la aplicación del mecanismo de capitalización de intereses.

2. No obsta a la solución adelantada la circunstancia de que se trate de una deuda derivada de un saldo deudor de cuenta corriente.

Así cabe decidir en función de los argumentos expuestos por esta Sala al dictar sentencia (que en copia se agregan precediendo la presente, y se tienen por reproducidos) en los autos, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Cohen Rafael y otro s/ ejecutivo" con fecha 11/10/2012.

3. Tampoco resulta impedimento para proceder del modo adelantado, la existencia en autos de sentencia firme que dispuso la capitalización de acrecidos.

Así ha sido reiteradamente decidido por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como resulta de la doctrina sentada por ese Tribunal *in re* "Fabiani, Esteban Mario c. Pierrestegui, Jorge Alberto", del 16/09/1993 (Fallos: 316:3131); "Sequeros, Eduardo Ricardo c. Miranda, Héctor Alejandro y otro", del 14/12/1993 (Fallos: 316:3054); "Caja de Crédito Flores Sud Sociedad Cooperativa Limitada c. Coelho, José y otra", del 08/02/1994 (Fallos: 317:53); "Quadrum SA c. Ciccone Calcográfica S.A.", del 06/07/2004, entre otros.

En esos precedentes, al igual que en el caso, también existían sentencias firmes en sentido contrario.

Es decir, también allí, como aquí, la capitalización de los intereses pretendidos por los actores derivaba de sentencias que habían pasado en autoridad de cosa juzgada.

No obstante, ese Alto Tribunal se apartó de tales sentencias.

Ese temperamento ha sido mantenido por el aludido Tribunal, como resulta de lo decidido por él en los autos "Mulleady, Juan C. c. SA del Tenis Argentina", del 25/11/2008, oportunidad en la que dejó sin efecto una decisión similar argumentando que "...el carácter firme del pronunciamiento que contenía la condena a pagar intereses capitalizables, no resulta argumento válido para sostener la aplicación

y validez del mecanismo de capitalización fijado en el plenario Uzal".

Como en varias ocasiones lo expresó la Corte, no es posible que, so pretexto de preservar la aludida autoridad de lo decidido con carácter firme, se arribe a resultados que quiebren toda norma de razonabilidad, y violenten los principios establecidos en los arts. 953 y 1071 CC.

No hay en tales casos violación de la cosa juzgada, sino decisión de preservarla, evitando que ella sea vulnerada mediante la alteración de la significación patrimonial de la condena dictada (v. Fallos: 255:119; 245:429; 252:186; 270:335; 307:468; 316:2054; 317:53; 319:92; entre otros; CN-Com., esta Sala *in re* "Trafilan SA c. Galvalisi, José s/sumario", del 17/09/1990).

IV. Por ello se resuelve: a) rechazar en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto modificando la resolución recurrida únicamente en lo que hace a la determinación de los intereses, que deberán ser calculados a una vez y media la tasa activa del BNA; b) sin costas de Alzada por no haber mediado contradictorio. Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4º de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21/05/2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía nº 8 (conf. art. 109 R.JN). — *Julia Villanueva.* — *Eduardo R. Machin.*

THOMSON REUTERS
LA LEY

► LANZAMIENTO
**LEY DE SOCIEDADES
COMERCIALES
COMENTADA**

Ricardo A. Nissen

Conozca las
modificaciones
realizadas en la Ley
19.550 por el Código
Civil y Comercial
de la Nación

VERSIÓN:
eBook
eBook + 3 tomos
Encuadernación de lujo



- Se analiza de manera clara y práctica cada artículo de la normativa.
- El autor brinda su visión sobre cada tema, e incluye doctrina y la jurisprudencia más relevante, logrando nuevamente que la obra sea la más completa en la materia.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en: [f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-laley) [yt](https://www.youtube.com/channel/UC...) ThomsonReutersLatam • [s](https://www.instagram.com/ThomsonReutersLaLey) +LaleyArgentina

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que ALEXANDER JOA MEDINA, nacido en Santiago de Cuba – República de Cuba, el 28 de junio de 1985, con DNI Nº95.431.667 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 7 de junio de 2017
Miguel Augusto Álvarez, sec. int.
LA LEY: I. 11/07/17 V. 11/07/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 21, Secretaría Nº41, sito en M. T. de Alvear Nº 1840, Piso 3º de C.A.B.A., comunica por dos días en el diario Boletín Oficial y La Ley en autos: "COORDINACIÓN EN SALUD S.A. S/ QUIEBRA", Expte. 16.782/03, que el martillero Pedro Adolfo Gonzales Chaves (CUIT 20-04442328-7), rematará el día 14 de Julio de 2017 a las 11 Horas en punto en la calle Jean Jaurés 545, Capital, las marcas registradas a nombre de COORDINACIÓN EN SALUD S.A., en la proporción que en cada caso se indicará, a saber: "Acción Médica" Registro Nº 1.923.102 clase 44 (100%) denominativa. "Acción Médica" Registro Nº 1.934.430, clase 35 (100%) mixta. "Acción Médica" Registro Nº 1.934.431, clase 36 (100%) mixta. "Acción Médica" Registro Nº 1.934.432, clase 41 (100%) mixta. "Acción Médica" Registro Nº 1.994.437, clase 10 (100%) mixta. "Acción Médica" Registro Nº 1.934.438, clase 16 (100%) mixta. "Acción Médica" Registro Nº 1.962.806, clase 5 (100%) mixta y "Acción Médica INTERNACIONAL" Registro Nº 1.937.488, clase 16

(100%) denominativa.- BASE: \$30.000, - al contado y mejor postor, COMISIÓN: 10% e IVA s/comisión 21%, Arancel de subasta 0,25% a cargo del comprador en efectivo en el acto de subasta.- En caso de tributar IVA las marcas el impuesto deberá ser abonado por el adquirente.- No se permitirá la compra en comisión, ni la cesión del boleto de compraventa, y se recibirán posturas bajo sobre hasta las 10 horas del día anterior a la subasta, los que serán abiertos por el Actuario con presencia del martillero y los interesados a las 12:30 horas del mismo día.- El adquirente deberá iniciar los trámites de inscripción dentro de los 10 días de aprobada la subasta, bajo apercibimiento de aplicar as-reintres.- El comprador deberá constituir domicilio en el radio de la Cap. Fed.

Buenos Aires, 3 de julio de 2017
Andrea Rey, sec.
LA LEY: I. 10/07/17 V. 11/07/17

Por disposición del Sr. Juez Federal Nº 1 de Rosario – Pcia. Santa Fe, Dr. Aurelio Antonio Cuello Murúa (Juez Subrogante), Secretaría Dra. Gimeno, dentro del expediente FRO Nº 12082232/2002, caratulado "LINGUITO, ALFREDO C. MORRESI QUINTEIRO S.R.L. S/ RECLAMOS VARIOS", se ha dispuesto notificar a la firma COMPAÑIA NAVIERA RÍO URUGUAY SOC. EN COMANDITA POR ACCIONES que se ha dictado la siguiente sentencia: "Nº 80. Rosario, 16 agosto 2013.- VISTOS:...; Resulta:...; Resuelvo: 1) Hacer lugar a la interpuesta, y en consecuencia condenar solidariamente a la firma QUINTEIRO Y MORRESI S.R.L. y a la COMPAÑIA NAVIERA RÍO URUGUAY SOC. EN COMANDITA POR ACCIONES a abonar a ALFREDO FERNANDO LINGUITO la suma que resulte de la planilla a practicarse conforme las pautas establecidas en el considerando cuarto y con el interés dispuesto en el considerando

sexto. 2) Imponer las costas del juicio a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCCN). 3) Diferir la regulación de honorarios profesionales. Insértese y hágase saber. Firmado: Dr. Héctor Alberto Zucchi, Juez Federal", publicándose por dos días en el diario La Ley.

Rosario, 5 de junio de 2017
Mercedes Andrada, sec.
LA LEY: I. 10/07/17 V. 11/07/17

El Juz. Fed. Civ. y Com. Nº 1, Sec. Nº 1 de la Cap. Fed. hace saber que ADA JACQUELINE VALENCIA VASQUEZ de nacionalidad peruana, DNI 94.479.383 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberá publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 27 de octubre de 2016
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 10/07/17 V. 10/07/17

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 69, Secretaría Única, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950, PB de CABA, cita y emplaza a herederos y acreedores de DEMETRIO RODRÍGUEZ CABANA y EMILIA QUINTELA, por el término de treinta días, a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 29 de mayo de 2017
María Laura Prada Errecart, sec. int.
LA LEY: I. 07/07/17 V. 11/07/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 55 Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de AIDA JUANA KELMANOVICH a efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 7 de febrero de 2017
Olga María Scchelotto, sec.
LA LEY: I. 05/07/17 V. 11/07/17