EN LETRA

Derecho Civil y Comercial

Año IV, Nº8
Diciembre de 2019
ISSN: 2525-0140

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a En Letra Derecho Civil y Comercial, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN 2525-0140.

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por el **Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales** (**CEICJUS**).

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales
Uruguay 546, piso 2°, departamento 3 (C1015ABL)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

direccion@enletracyc.com

Diseño gráfico de las tapas confeccionado por Luciana Papazian.

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. El CEICJUS, En Letra, En Letra Derecho Penal, En Letra Derecho Civil y Comercial y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de En Letra Derecho Civil y Comercial debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

Consejo Editorial

Directoras

María Eugenia Borrajo

María Sol Dallochio

Editores

Miguel W. Arecha

Ignacio J. Arrossagaray

Fiorella Bianchi

María Sol Blanco Granada

Jonathan Matías Brodsky

Antonella Krapirka Bale

Agustina Pérez

Kevin Rother

Comité Evaluador Externo

María Florencia Clément (Universidad Nacional del Litoral) | **Juan Manuel Colla** (Universidad de Buenos Aires) | **Francisco Ferrer Arroyo** (Universidad de Buenos Aires) | **Silvia Fernández** (Universidad Nacional de Mar del Plata) | **Norma García Martínez** (Universidad Nacional de La Pampa) | **Carolina Iud** (Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo) | **Luciane Klein Vieira** (Pontificia Universidade Católica de Campinas / Universidad de Buenos Aires) | **Eleonora Lamm** (Universidad Nacional de Cuyo) | **Juan Miguel Litvachkes** (Universidad Nacional de Córdoba) | **Rosalía Martínez Rial** (Universidad Torcuato Di Tella / Universidad del CEMA / Fordham University) | **Victoria Pellegrini** (Universidad Nacional del Sur) | **Christian Pettis** (Universidad de Buenos Aires) | **Elian Pregno** (Universidad de Buenos Aires) | **Nieve Rubaja** (Universidad de Buenos Aires / Universidad Nacional de José C. Paz / Universidad de San Isidro)

EN LETRA
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL (difundida más simplemente como EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL) es una publicación semestral inaugurada en junio de 2016, dirigida por un Consejo Editorial de jóvenes graduados universitarios. Su premisa fundamental consiste en promover el debate académico acerca de materias actuales de interés general, enmarcadas en el Derecho Civil y/o en el Derecho Comercial.

Esta Revista adhiere al Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE. Asimismo, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL adhiere a las recomendaciones de la Declaración de San Francisco (DORA) para garantizar buenas prácticas relativas a la evaluación de producciones académicas.

***

1. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

2. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL es un espacio abierto y plural. Los autores podrán enviar libremente sus contribuciones más allá de cuáles sean las opiniones reflejadas en la obra. La calidad académica de los trabajos es el único parámetro relevante para su evaluación.

3. El uso de un lenguaje que no discrimine ni reproduzca esquemas discriminatorios entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de manifestar nuestro interés semántico en el idioma español. En este sentido, y para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a; los/las y otras formas sensibles al género con el fin de marcar la presencia de ambos sexos, el Consejo Editorial ha optado por utilizar la forma masculina en su tradicional acepción genérica, considerándola relativa tanto a hombres como a mujeres. No obstante, el criterio diverso que pudieran haber adoptado otros autores será respetado, y sus obras se publicarán de modo intacto en cuanto a este aspecto refiere.

ÍNDICE

EDITORIAL 1

COLUMNAS EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL

"¿El método de casos en la enseñanza del Derecho de las Obligaciones y de Daños", *Jonathan M.* BRODSKY.....3

ARTÍCULOS

"Sociedades y Estado Nacional: ¿Hacia nuevas formas societarias?", *Juan Martín* SCARRAMBERG 11

"La quiebra del consumidor: repensando el instituto jurídico", *Juan PAZOS* 30

"El financiamiento electrónico: soluciones en el Derecho comparado y la necesidad de su regulación", *Alejandro Nicolás* RAMÍREZ GUERRA 46

"El método R.O.P.A.. La maternidad compartida para parejas de mujeres en tiempos de técnicas de reproducción humana asistida", *Fiorella BIANCHI y Maximiliano NITTO* 63

"La protección jurídica de la moda por la propiedad intelectual", *Brenda SALAS* 81

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN.....106

INDEX

EDITORIAL 1

EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL COLUMNS

"The case method in the teaching of the Law of Obligations and Damages", *Jonathan M.* BRODSKY 3

ARTICLES

"Commercial companies and National State. Towards new types of public companies?", *Juan Martín* SCARRAMBERG 11

"Consumer Bankruptcy, reviewing the legal institute", Juan *PAZOS* 30

"Electronic financing: solutions in comparative law and the need for its regulation", *Alejandro Nicolás* RAMÍREZ GUERRA..... 46

"The R.O.P.A. method. Shared motherhood for women's couples in times of human assisted reproduction techniques", *Fiorella BIANCHI y Maximiliano NITTO*.....63

"Legal Protection of fashion under intellectual property law", *Brenda* SALAS..... 81

SUBMISSION GUIDELINES AND REVIEW PROCESS 106

EDITORIAL

Nos enorgullece presentarles la octava edición de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL, que marca el cierre del cuarto año de vigencia de la Revista. En el pasado número tuvimos el gusto de introducir una nueva composición del Consejo Editorial, hoy esperamos que el resultado del trabajo que realizamos sea testimonio de la solidez y esfuerzo conjunto tanto del nuevo Consejo Editorial como de los valiosos aportes de los autores que integran esta edición.

Una vez más la Revista comienza con una Columna: en esta ocasión de autoría de Jonathan Brodsky, integrante de nuestro Consejo Editorial, quien desde su lugar como docente y abogado realiza apreciaciones sumamente esclarecedoras sobre la enseñanza del Derecho a la luz del método de casos.

La sección de Artículos la inaugura Juan Martín Scarramberg, con un trabajo que atraviesa transversalmente el Derecho Comercial, el Derecho Societario y el Derecho Administrativo. En efecto, repasa las formas societarias que históricamente ha tomado el Estado para alcanzar sus objetivos, y analiza las nuevas formas societarias adoptadas por el Estado Nacional, con hincapié en un caso revelador como lo es el del servicio de agua potable y cloacas en Argentina.

El número continúa con un artículo que explora una problemática también vinculada al Derecho Comercial, a la vez que al Derecho del Consumidor: la llamada quiebra del consumidor. El autor, Juan Pazos, hace un análisis crítico del instituto y de las soluciones a la insolvencia del consumidor esbozadas hasta el momento, tomando como punto de partida la aparente inexistencia de datos fiables sobre sobreendeudamiento en Argentina.

El siguiente trabajo reflexiona sobre un tema de actualidad y tecnología: el financiamiento electrónico. Alejandro Ramírez analiza la regulación de las *fintech* y explica el alcance de la Ley de Entidades Financieras en su aplicación a estas entidades y a los bancos. También realiza una interesante comparación legislativa que nos aproxima a las soluciones que se han esbozado al respecto en el Derecho comparado.

Los últimos dos artículos de esta edición de la Revista son aportes sobre problemáticas específicas que atañen al Derecho de Familia, por un lado, y a la Propiedad Intelectual, por el otro. En primer lugar, la contribución de autoría conjunta de Fiorella Bianchi y Maximiliano Nitto, que ofrece nociones sobre la técnica de reproducción humana asistida denominada "método R.O.P.A." y sus implicancias para la maternidad compartida para parejas de mujeres. Por su parte, Brenda Salas examina la protección jurídica de la moda por la Propiedad Intelectual desde el Derecho comparado, con la novedosa incorporación en el cuerpo del trabajo de diseños que ejemplifican sus comentarios.

Con el cierre de esta nueva edición de la Revista renovamos nuestro objetivo que es ofrecer a nuestros lectores una publicación con ideas diversas sin descuidar el rigor académico que caracteriza a EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL. Agradecemos que nos sigan acompañando en este año lleno de desafíos inéditos y renovados.

Consejo Editorial de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de diciembre de 2019

El método de casos en la enseñanza del Derecho de las Obligaciones y de Daños

Jonathan M. BRODSKY*

I. A modo de introducción: nota histórica sobre el método de casos

El pionero del método de casos fue Christopher Columbus Langdell, quien asistió a la *Harvard Law School* entre 1851 y 1854. Allí se desenvolvió como asistente de investigación y bibliotecario, y demostró rápidamente su destreza principal: la investigación y los resúmenes. En 1870, el presidente de Harvard, Charles William Eliot, recomendó a Langdell para difundir y enseñar la aplicación del método de casos en la universidad.

Langdell partió del supuesto de que la mejor manera de enseñar leyes era mostrando casos en lugar de leer los libros de texto, y luego de algunas resistencias iniciales el método fue asumido por otras seis escuelas de leyes en 1895. Posteriormente, en 1921, la Harvard Business School adoptó el método y se le denominó como aún se le conoce en la actualidad: "Método de Casos" (ESTRADA CUZCANO y ALFARO MENDIVES, 2015).

* Abogado (UBA), graduado con Diploma de Honor y Medalla de Oro, Premio "Roque Fortunato Garrido", Premio "Alberto Tedin Uriburu", Premio "Raymundo M. Salvat" y Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado (UBA). Profesor Titular de Práctica en Resolución de Problemas y Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de la Responsabilidad Civil y Daños (UCES). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Ex becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires y ex becario de estudios del Departamento de Estado de EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid. Santander. Autor de capítulos de libros, artículos de doctrina, ponencias y comunicaciones a Congresos sobre temas de su especialidad.

II. La enseñanza teórica y práctica del Derecho en general y del Derecho de las Obligaciones y de Daños en particular

Quienes hemos cursado la carrera de Abogacía en alguna de las universidades públicas o privadas argentinas sabemos que la mayoría del contenido de casi todas las asignaturas de grado se enseña todavía de un modo que podríamos llamar eminentemente "teórico".

Me refiero, con esta voz, a clases "magistrales", caracterizadas por la presencia de un docente que lleva "la voz cantante", aludiendo a conceptos abstractos y genéricos, y a su análisis (explicación, interpretación, comparación, crítica, mención de posiciones doctrinarias o precedentes jurisprudenciales al respecto, etcétera).

En este sentido, las clases a las que hago referencia tienden a semejarse más bien a una disertación. Y considero imperativo que esta realidad se modifique.

Ocurre que el Derecho no sólo es una ciencia social, sino que además está orientada, en particular, a la resolución de situaciones y problemas profesionales concretos, con determinados rasgos generales —es verdad— pero también con características particulares que les son propias.

Esa afirmación es válida para cualquier área del desempeño profesional. El abogado que patrocina a su cliente debe saber cómo defender sus intereses en un procedimiento judicial (o bien arbitral, administrativo, o en una instancia de mediación o conciliación); el que asesora, debe estar en condiciones de aconsejarlo con probidad; el que trabaja en alguno de los poderes del Estado deberá saber cómo se despacha un escrito, cómo se proyecta o redacta una resolución interlocutoria o una sentencia definitiva, cómo se bosqueja una ley o un acto administrativo, etcétera.

Inclusive, tras casi diez años dedicado exclusivamente a la actividad académica y científica (desde un lugar casi totalmente "teórico", en la línea de razonamiento que vengo empleando) y habiendo transcurrido los últimos cuatro en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —donde he tenido la oportunidad de trabajar con "casos reales" de la praxis jurídica cotidiana—, estoy absolutamente convencido de que también el saber abstracto y conceptual se ve mejorado y debe necesariamente complementarse con la experiencia que brinda la práctica.

Y ello es así, más aún, en las materias concretas a las que he decidido referirme en este breve trabajo: el Derecho de las Obligaciones y el Derecho de Daños.

Por un lado, dichas ramas jurídicas tienen una indudable proyección en la vida cotidiana: cada día, las personas celebran contratos y/o ejecutan prestaciones en el marco de obligaciones dimanantes de contratos (de compraventa, de transporte, de locación, de mutuo o comodato, de donación, de cesión de derechos, de mandato, bancarios, de "garaje", para mencionar solo algunos de los más frecuentes).

Como es sabido, además de los contratos, la otra fuente por excelencia de las obligaciones son los hechos ilícitos extracontractuales.[1] Y éstos son igualmente frecuentes: no transcurre un solo día sin que se produzcan daños resarcibles por siniestros en la circulación de peatones, bicicletas, motocicletas, automóviles y trenes; por la vulneración de derechos personalísimos como la imagen, la dignidad, la intimidad y el honor (antes por publicaciones injuriantes en "medios de prensa" (escrita), ahora también en buscadores de Internet, portales, *blogs*, redes sociales y medios digitales de muy variada especie); por hechos de violencia en la vía pública; por defectos en las veredas o calzadas que producen daños corporales a quienes las utilizan; entre un sinfín de otros posibles ejemplos.

Y por otra parte, existe otra razón muy importante, además de la habitualidad de sus supuestos, que justifica la enseñanza práctica y casuística del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de Daños: me refiero al elevado grado de abstracción de muchos de sus contenidos. ¿Cómo puede comprenderse, sin una aplicación concreta, la interdependencia de los vínculos "coligados en un haz" en las obligaciones solidarias, que justifican la propagación de sus efectos respecto de los demás codeudores y/o acreedores? ¿Cómo distinguir el plazo de la condición, y a su vez, cómo entender la existencia de un plazo dentro del cual deberá acaecer (o no) un hecho condicionante? ¿Cómo comprender el concepto y la importancia del factor de atribución en el Derecho de Daños a la hora de enfocarse una responsabilidad como subjetiva u objetiva? ¿Cómo aprehender el significado y los alcances de la "teoría de la causalidad adecuada", que se aplica en el derecho argentino desde el año 1871, en lugar de otras teorías igualmente viables (como la de la "condición preponderante" o aun la de la "imputación objetiva", tal como se hace en otras latitudes —y entre nosotros, en algunas líneas doctrinarias, en el Derecho Penal—)?

[1] Al decir "por excelencia" me refiero a la frecuencia con la que las "posibles" fuentes de obligaciones efectivamente las generan en la práctica: se trata de un dato simplemente cuantitativo, no cualitativo. El art. 726 del Código Civil y Comercial (superador en este punto, sin dudas, del art. 499 del *corpus* velezano) no deja lugar a la duda en cuanto a que no existen fuentes "de primera" y "de segunda" categoría, zanjando así un debate puramente académico y borrando la distinción entre fuentes "nominadas" e "innominadas" de las obligaciones (distingo que, a fuer de ser sincero, me pareció fútil desde la primera vez que estudié la asignatura).

Mi respuesta a esos interrogantes es una idea central de la presente columna: el conocimiento meramente teórico de esas materias jurídicas no resulta acabado, por más libros que se lean o por más debates doctrinarios que se tengan, sin su abordaje desde la correspondiente faceta práctica.

III. El "práctico" de Abogacía y la enseñanza de las asignaturas con un enfoque práctico

Para recibirse como Abogado en la Universidad de Buenos Aires, hacia la última parte de la carrera los estudiantes deben cursar, salvo determinadas excepciones (que permiten "eximirse" de hacerlo), "el práctico" de Abogacía. Ello implica desempeñarse en organismos públicos o proveer asistencia jurídica gratuita a los sectores de la sociedad con menores recursos, bajo la supervisión de un docente-abogado matriculado, como asignatura obligatoria y anual de la carrera (otorga puntaje en el Ciclo Profesional Orientado, en el Departamento de Práctica Profesional).

Indudablemente, tal experiencia constituye un relevante aporte para la práctica profesional (no podría ser de otra manera, dada su denominación y del Departamento Académico del cual depende). Quienes lo hemos cursado en el Patrocinio Jurídico Gratuito sabemos que allí se atienden a personas reales, de carne y hueso, con nombre y apellido (los "consultantes") y con problemas reales, en muchas ocasiones de suma gravedad. Allí se aprende el primer contacto con quien el día de mañana será el "cliente" de la vida profesional, en caso de dedicarse al ejercicio liberal de la profesión.

Sin embargo, a mi modo de ver, aunque esta realidad es muy importante, no resulta suficiente.

Es imprescindible que cada materia de la carrera se dicte con un enfoque al menos parcialmente práctico. Incluso las que parezcan más abstractas, como "Teoría General del Derecho" o "Teoría del Estado"; pero desde luego que también todas las demás que pertenezcan a alguna "rama" jurídica, e ineludiblemente "Obligaciones" y "Daños", troncales y cotidianas como se ha visto anteriormente, en el apartado II.

En este sentido, entiendo que los docentes deben dictar contenidos y suministrar herramientas tendientes al desarrollo de habilidades profesionales, teniendo en cuenta los variados roles que desempeñan los abogados en la actualidad. Esto no sólo implica analizar supuestos reales (tales como los casos fallados por la jurisprudencia) o ficticios, sino trabajar con un enfoque verdaderamente basado en el quehacer profesional cotidiano: así, por ejemplo, analizar y redactar modelos de comunicaciones extrajudiciales y judiciales, escritos, sentencias, proyectos de ley o de resoluciones administrativas, etcétera.

IV. La práctica en las clases y la interacción con los estudiantes

La más "clásica" técnica docente utilizada en la Facultad, la así llamada "clase magistral", no debe descartarse, pero sí conviene enriquecer esta metodología normalmente "unilateral" a través del análisis y discusión con y entre los estudiantes, de ser posible sobre la base de textos de diversos autores y/o jurisprudencia (idealmente, leída en forma previa a cada clase), para reflejar diversas posturas y promover el debate de cada tema. De esta manera se propicia un juicio crítico por los alumnos, que manifiestan sus distintas ideas y opiniones (de eso se trata la "universidad", etimológicamente), y la profundización en el ámbito de la clase de los temas estudiados.

Por otro lado, me parece especialmente relevante que, cuando sea posible, los alumnos aporten sus propios ejemplos, vivencias o inquietudes. El aprendizaje de lo que resulta significativo para el educando resulta, por lo general, más valioso y duradero.

A su vez, el método de casos, cuando se propone su resolución colectiva por un grupo de estudiantes, permite desarrollar la habilidad de trabajo en equipo (prácticamente imprescindible en el contexto contemporáneo), y la de comprender, examinar, desgranar lo importante y realizar inferencias a partir de una situación problemática concreta, que amerita resolución. En otras palabras, se fomenta también el pensamiento crítico y creativo, y no únicamente la "absorción" de conocimientos.

En este sentido, se ha expresado —y comparto— que la enseñanza con casos hace el aprendizaje más interactivo, desarrolla habilidades argumentativas y orales y se integran distintos contenidos. En contraposición a la forma expositiva, el método de casos representa una innovación en la enseñanza de la ciencia jurídica además de la utilización de la moderna tecnología de la información, por lo que es de común utilización en la ciencia económica y en el derecho del *common law*. Y por ser interactivo, el método del estudio de casos resulta más dinámico y ameno, contribuye a incrementar la capacidad analítica del estudiante y le permite generar habilidades y destrezas. Docente y estudiante comparten el rol protagónico en el proceso de enseñanza-aprendizaje estimulando el autoaprendizaje y el aprendizaje colaborativo (LIMPIAS, 2012).

V. La práctica en las evaluaciones

El método de casos implica, en clase, una participación más activa del alumno pues debe involucrarse en su resolución, y no esperar pasivamente que el profesor "dicte" los contenidos teóricos. Tanto mejor si a través de los supuestos prácticos se logra "descubrir" los principios o conceptos generales que subyacen a aquéllos (frecuentemente, el proceso es

inverso: primero se explica la idea en abstracto y luego se lo ejemplifica con casos concretos, ya sea reales o ficticios).

Ahora bien, estimo que esta metodología, más aún cuando es empleada durante las clases, debe utilizarse también en las evaluaciones. De nada sirve "repetir" contenido en un examen, sino que por el contrario la verdadera comprensión de una materia viene de la mano de su entendimiento, el razonamiento de los principios que la gobiernan y su aplicación a supuestos específicos.

Por supuesto, ello no implica descartar el método "tradicional" de las preguntas teóricas a desarrollar, ni el de las opciones múltiples, entre otros. Por el contrario, las evaluaciones son más ricas cuando se emplea en ellas una pluralidad de métodos, idea siempre coherente con la convicción de que los profesionales que se forman en la Facultad deberán contar con diferentes competencias: escritas y orales, grupales e individuales, las que suponen un razonamiento objetivo y concreto, pero a su vez exigen mayor reflexión y relación de conceptos; etcetéra.

A modo de ejemplo: en la asignatura "Derecho de Daños" del Ciclo Profesional Orientado de la Carrera de Abogacía de la UBA, cuyo equipo docente integro (con Sandra M. Wierzba a la cabeza), nos esforzamos por enriquecer y dar matices a la herramienta "clásica" del examen escrito e individual, incluyendo diversas "partes" que permiten la evaluación de variados tipos de habilidades. Así, parte de las preguntas (más orientadas a los contenidos teóricos clásicos de la materia) responden al formato de *multiple choice*, mientras que en otras, en las que se vincula la teoría con los textos analizados y debatidos durante las clases, se pide un desarrollo de la respuesta, a partir de la reflexión y la relación de los temas con la bibliografía propuesta para el curso (también muy variada). Finalmente, se presenta un caso ficticio, enmarcado en alguno de los temas vistos durante la cursada, en el que deben resolverse consignas prácticas específicas. Por ejemplo: ¿quiénes tienen legitimación activa y pasiva en el reclamo resarcitorio? ¿Qué partidas de la cuenta indemnizatoria incluiría en la demanda? ¿Qué debería alegar y probar en apoyo de la pretensión, y qué defensa podría articular la parte contraria?

En cambio, el segundo examen es grupal, y consiste por un lado en el diseño, armado y redacción de un proyecto de prevención de daños, presentado a modo de propuesta fundamentada; y por otro, en su exposición y defensa oral. El proyecto debe relacionarse con alguno de los temas enseñados durante el curso, pero asimismo debe apuntar a dar solución o bien morigerar problemas advertidos en la vida cotidiana o en la sociedad argentina actual. Este tipo de evaluación también permite un aprendizaje muy significativo, y consecuentemente duradero y valioso.

Se dedica parte de las clases para facilitar y "tutoriar" el trabajo en los distintos grupos. De acuerdo a la disposición del aula, se los invita a reunirse y los distintos docentes se acercan a observar el trabajo en grupo, realizar observaciones, sugerencias y resolver inquietudes. El profesor coordinador se ubica a una distancia del grupo y de la tarea, para observarlos, intentar captar la dinámica del grupo y luego orientar o reorientar las actividades desarrolladas.

Como bien se ha sostenido hace casi cuarenta años, pero mantiene plena vigencia: "El proyecto surge cuando se ha logrado una pertenencia de los miembros, se concreta entonces una planificación. El grupo se plantea objetivos que van más allá de aquí y ahora, construyendo una estrategia destinada a alcanzar dicho objetivo" (ZARZAR CHARUR, 1983)

VI. Reflexiones finales

El método de casos (en las clases y en las evaluaciones) favorece los resultados del aprendizaje, ya que involucra al estudiante como parte activa del proceso de enseñanza, fomentando su curiosidad, su capacidad de identificar los elementos relevantes de una situación problemática, analizarlos, compararlos, sistematizarlos, evaluarlos y proponer una solución para el supuesto. Se trata de una experiencia interactiva más gratificante que "sentarse a escuchar" lo que "dicta" el profesor.

Desde luego, la técnica es más desafiante y conlleva más trabajo también para el docente, quien debe seleccionar o imaginar cada caso, preparar la clase, imaginar las posibles respuestas de los alumnos y conducir activamente, jugando un rol protagónico de "dirección" de la situación; o bien, estar preparado para responder a los supuestos que propongan espontáneamente los alumnos.

Es cierto que es más fácil pararse delante de un curso y "disertar" sobre lo que uno ya sabe. Pero eso, en cualquier asignatura, es muy insuficiente en estos tiempos; y es lisa y llanamente inviable en el Derecho de Obligaciones y de Daños en particular, dadas su importancia en la currícula, su troncalidad a la ciencia jurídica y la cotidianeidad de sus supuestos.

Bibliografía

ESTRADA CUZCANO, A. y ALFARO MENDIVES, K. (2015) "El método de casos como alternativa pedagógica para la enseñanza de la bibliotecología y las ciencias de la información", en *Investigación Bibliotecológica: Archivonomía, Bibliotecología e Información*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, N° 29, 2015.

LIMPIAS, J. (2012) "El método del estudio de casos como estrategia metodológica para desarrollar habilidades investigativas en la formación del jurista", en *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, Santa Cruz de la Sierra, n° 13, enero de 2012.

ZARZAR CHARUR, C. (1983) "Diseño de estrategias para el aprendizaje grupal. Una experiencia de trabajo", en *Perfiles educativos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 1, 1983.

SOCIEDADES Y ESTADO NACIONAL: ¿HACIA NUEVAS FORMAS SOCIETARIAS?

Juan Martín SCARRAMBERG*

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2019

Fecha de aprobación: 18 de noviembre de 2019

Resumen

La crisis del 2001 importó una redefinición del actuar estatal en la economía. A contrapelo de la profunda reforma llevada adelante en la década del '90, el Estado nuevamente delineó el marco y alcance de su intervención, recuperando banderas del pasado que habían sido dejadas de lado. En este sentido, el resurgir del Estado Empresario fue una de las características más resonantes de este proceso. Empero, como se analizará en el presente trabajo, dicho accionar se realizó bajo formas societarias distintas de las utilizadas durante el siglo pasado y más cercanas al Derecho Societario. En tal sentido, se analizarán las sociedades anónimas bajo control estatal y la participación minoritaria del Estado en otras tantas. Ello, en contraposición a los tipos societarios clásicos, como la sociedad del estado o la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Finalmente, se estudiará el caso del agua y saneamiento como ejemplo de las modificaciones acaecidas durante este largo proceso.

Palabras clave

Estado Nacional – sociedades comerciales – sociedades estatales – estatizaciones – economía

* Abogado y Licenciado en Ciencia Política (UBA). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Empleado del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

COMMERCIAL COMPANIES AND NATIONAL STATE. TOWARDS NEW TYPES OF PUBLIC COMPANIES?

Abstract

The 2001 Crisis redefined the intervention of the government in the national economy. Reversing the profound economic reform performed during the nineties, the National State reshaped the frame and extension of its intervention and recovered many of the aspirations that had been set aside in that decade. The resurgence of the Entrepreneurial State has been one of the most important features of this time. However, as we will analyze in this article, that action took place under structures that differed from the classic ones and are similar to those provided by the Corporate Law. As a result of this, we will examine, from a historical and legal perspective, the different types that the National State has adopted over the last century and its most important characteristics. Finally, we will study the water and sanitation case as an example of the multiple changes that have taken place throughout the entire period.

Keywords

National State – Commercial companies – Public companies – Statization – Economy

I. Introducción

Luego de la crisis iniciada en el año 2001, el Estado Nacional decidió asumir una participación directa, activa y más intensa en las actividades comerciales e industriales que, durante los años '90, habían quedado en manos de privados (CARBAJALES, 2011). Lejos, sin embargo, quedaron las ya clásicas técnicas de intervención estatal, así como los antiguos tipos societarios que cimentaron la arquitectura jurídica detrás del Estado Empresario de mediados del siglo XX.

El mundo y la economía global habían cambiado.

En el presente trabajo, entonces, procuraremos analizar el modo en que, a partir de la segunda mitad de la década del 2000, el Estado Nacional ha decidido participar en las relaciones societarias. Particularmente, resultan cuestiones novedosas la existencia de sociedades anónimas controladas mayoritariamente por el Estado –sin ser de las previstas en

la ley n° 19.550–, así como su presencia minoritaria en sociedades con cotización bursátil (GEBHARDT y GERSCOVICH, 2017).

La óptica desde la que abordará el trabajo atraviesa transversalmente el Derecho Comercial, el Derecho Societario y el Derecho Administrativo. En un país como el argentino, entender cada área del Derecho como un compartimento estanco soslaya la indudable influencia que –con mayor o menor intensidad– el Estado ejerce sobre ellas.

II. Breve derrotero histórico

Como bien sostienen GEBHARDT y GERSCOVICH (2017), allí donde se encuentra presente el Estado, allí está la política y ésta tiñe inevitablemente el análisis. A lo largo de nuestra breve historia como país, distintas cosmovisiones han imperado en distintas épocas sobre el rol del Estado y del mercado. Y cada una de esas cosmovisiones se ha visto acompañada por instituciones del Derecho que le han provisto de las estructuras jurídicas necesarias para lograr sus cometidos.

En este sentido, entendemos que resulta imperioso presentar tres etapas distintas –y definidas según los rasgos más o menos intervencionistas– que permitirán exponer metodológicamente las distintas formas societarias de las que se valió el Estado Empresario argentino durante los últimos setenta años, pero también comprender el modo en que en ciertas ocasiones se retrajo o se amplió. Cada una de esas etapas se identificará, asimismo, con una administración justicialista –la de Juan Domingo Perón, la de Carlos Menem y la del matrimonio Kirchner–.

II.A. El antiguo Estado Empresario

A comienzos del siglo pasado, inserta en el marco de un orden mundial que así lo permitía, la industrialización en el país adquirió una indudable fuerza de la mano de un potente y expansivo sector agroexportador. Contrariamente a visiones que rechazan estos postulados, los trabajos de Gallo demuestran que el sector agrario aparecía como el gran motor del crecimiento, pero también como el principal factor de expansión del mercado interno y de la industria (CORTES CONDE y DELLA PAOLERA, 2018).

Durante los años dorados del modelo agroexportador, la intromisión del Estado Nacional en el comercio y en la industria y la idea de un Estado productor era, en términos generales, rechazada. Únicamente podía justificarse esa intervención en sectores como la explotación petrolífera, que requerían de grandes esfuerzos de capital y apoyo estatal (BELINI y ROUGIER, 2008). YPF, fundada en el año 1922, resulta un claro ejemplo de esto último.

Años después, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el panorama se modificó rotundamente. El desarrollo del Estado de Bienestar –en todas sus variantes y con todas sus aristas– y una actitud de mayor intervención en la economía dieron inicio al período de expansión más importante del Estado Empresario (BELINI y ROUGIER, 2008). El gobierno del general Juan Domingo Perón fue el claro exponente de esta nueva visión.

Entre las causas que provocaron el fortalecimiento de la presencia del Estado en la economía argentina es posible distinguir entre factores internos y externos. Entre los primeros, encontramos el nacionalismo económico y las demandas militares. Y entre los externos, por otra parte, se hallan la Crisis del '29, el debilitamiento de la escuela económica ortodoxa, el auge del keynesianismo y la reconfiguración del orden mundial luego del conflicto bélico.

En consonancia con lo que acontecía en Francia o Gran Bretaña, el Estado argentino comenzó a asumir nuevas funciones y a expandir su rol empresarial. Entre 1946 y 1950, se nacionalizaron diversas empresas de transporte e incluso empresas industriales. De acuerdo con BELINI y KOROL (2012), en un principio Perón se mostró receloso ante la transferencia de empresas privadas y prefería la constitución de sociedades mixtas. A tal fin, dictó el decreto n° 15.349/1946, con el propósito de auspiciar este tipo de sociedades y combinar los beneficios del control estatal y el impulso proveniente de la iniciativa privada.

Empero, la organización de estas sociedades no fue fácil ni su éxito inocuo, razón por la cual comenzó a alentarse el control público de las empresas de servicios públicos y de las nuevas firmas industriales del Estado. Al proceso de nacionalizaciones –particularmente de empresas controladas por capitales británicos–, se lo revistió de un simbolismo de gran importancia y se lo representó mediante la fórmula de la independencia económica proclamada el 9 de julio de 1947 en Tucumán (ROMERO, 2009).

La cuestión de la soberanía nacional, asimismo, resultaba de insoslayable trascendencia. Así, Perón sostenía que "ningún argentino de bien puede negar su coincidencia con los principios básicos de nuestra doctrina sin renegar primero de la dignidad de ser argentino" (SIGAL y VERÓN, 2014). En la vereda del frente, quedaban quienes añoraban los tiempos de la –ahora nacionalizada– Bemberg o algún "grupo de hombres sin Patria y sin Bandera que no pueda querer que seamos una Nación políticamente soberana".

Sobre estas bases, la nacionalización de la economía y el control estatal fueron una de las claves de la política económica peronista. Dentro de este embate, el Estado se hizo de los ferrocarriles, los teléfonos, la empresa del gas y algunas compañías de electricidad que operaban en el interior del país. Asimismo, se le brindó un gran impulso a "Gas del Estado", a la naciente "Aerolíneas Argentinas" y al complejo industrial militar.

Para finalizar, resulta esencial hacer mención en este período a la reforma constitucional de 1949. Mediante la modificación del texto constitucional, se declaró el carácter social de la propiedad, el capital y la actividad económica. En este sentido, su artículo 39, corolario del Estado Empresarial Peronista, preveía que el capital debía estar al servicio de la economía nacional y tener como objeto principal el bienestar social.

Asimismo, el artículo 40 disponía que la organización de la riqueza y su explotación tenían por fin el bienestar del pueblo, pudiendo el Estado intervenir en la economía y monopolizar la actividad en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por la Constitución. Finalmente, preveía el dominio estatal sobre los hidrocarburos y la pertenencia de los servicios públicos al Estado, sin posibilidad de que fueran enajenados o transferidos.

Estado y nación, Estado y democracia o Estado y mercado. Todo se constituía y configuraba desde el primero y nada quedaba por fuera de aquél. El Estado Empresario, en este sentido, no era más que una consecuencia lógica de la cosmovisión peronista.

II.B. El Estado Neoliberal

La década de los noventa fue, sin lugar a duda, rupturista. Si bien se suele situar el inicio de las políticas denominadas "neoliberales" en los comienzos de la dictadura de 1976, lo cierto es que las decisiones adoptadas durante la última década del siglo XX modificaron de raíz la matriz estatal y su relación con la sociedad civil y el mercado.

El día 8 de julio de 1989, el presidente saliente Raúl Alfonsín entregó la banda presidencial al líder justicialista Carlos Menem. La primera experiencia democrática desde la finalización de la dictadura militar en 1983 concluía cinco meses antes de lo debido bajo una acuciante crisis económica signada por la hiperinflación, el endeudamiento externo y el fracaso de los programas de estabilización económica.

Menem, caudillo peronista riojano, accedió a la presidencia con promesas de neto corte intervencionista, en oposición al programa económico propuesto por su principal oponente, el radical cordobés Angeloz. Sin embargo, las ideas del "salariazo y la revolución productiva" mutaron –en cuestión de días– en la necesidad de "una cirugía mayor sin anestesia" del Estado (ROMERO, 2009). La década menemista terminaría por redefinir las transformaciones en la matriz estatal comenzadas durante fines de la década del '70.

La reforma del Estado durante el menemismo se erigió sobre cuatro pilares; esto es: las privatizaciones, las desregulaciones, la reforma administrativa y la descentralización de los servicios, siendo las primeras el eje principal de la política de gobierno (MAYER, 2012). A

partir de ello, la estructura del Estado Empresario se desgajó repentinamente, quedando en el imaginario colectivo social vinculada a las ideas de atraso, burocratización e ineficacia.

Vívidos resultaban los recuerdos de la hiperinflación galopante y los apagones eléctricos programados durante los últimos meses del gobierno de Alfonsín. En oposición a ello, el mercado exigía y ofrecía celeridad, apertura y modernización. El tránsito hacia una economía abierta prometía una transformación rotunda en el funcionamiento de las agencias estatales, en la prestación de los servicios públicos, en la burocracia, etc.

En este sentido, la ley 23.696 de Reforma del Estado, corazón del nuevo papel de este último, velaba por establecer un verdadero sistema destinado a enfrentar la emergencia a través de un proceso de transformación del Estado y la Administración Pública. De allí que el programa de privatizaciones y concesiones llevado adelante en los noventa "alcanzó a la mayoría de las empresas estatales y cubrió prácticamente todos los flancos del que había sido uno de los sectores públicos más extendidos de América Latina" (CAO, 2015).

Para BASUALDO (2013), la transferencia de empresas al sector privado constituyó la modificación estructural más relevante de la administración menemista. Si bien los ingresos percibidos por el Estado fueron relevantes, resultaron irrisorios si se los compara con la transcendencia económica que adquirían los activos transferidos. En este orden de ideas, las privatizaciones no solamente importaron en términos fiscales y económicos, sino también en el sentido de "dar una vigorosa señal de que nuestro país dejaba atrás [...] políticas de hostilidad hacia el capital internacional [...] invitándolo a participar de negocios en donde se podrían obtener grandes beneficios" (CAO, 2015).

En consonancia con el ideario imperante, ninguna forma de sociedad estatal o con participación estatal fue regulada durante este período. Por el contrario, como resultado de las políticas económicas desarrolladas, fueron privatizadas, entre otros, "Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado", "Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires", "Hidronor", "Gas del Estado Sociedad del Estado", "Sociedad del Estado Yacimientos Petrolíferos Fiscales", "Canal 11", "Canal 13", "Radio Belgrano", "Radio Excelsior", "Empresa Nacional de Telecomunicaciones", "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado" y "Ferrocarriles Argentinos" (CAO, 2007). Las técnicas adoptadas fueron, principalmente, la concesión, los permisos y las licencias.

II.C. El Nuevo Estado Empresario

BELINI y ROUGIER (2008) destacan que hacia principios del siglo XXI el péndulo comenzó a desplazarse nuevamente hacia una mayor intervención del sector público. Esta intervención

adquirió ribetes diferentes, por cuanto las circunstancias históricas modificaron las capacidades y los límites de la intervención estatal.

En este sentido, el gobierno de Néstor Kirchner debió, por un lado, hacer frente a los compromisos internacionales que en materia de deuda externa asolaban a la Argentina y, por otro, amalgamar y hacer confluir el conjunto de intereses divergentes de los grupos que conformaban la coalición que lo depositó en la Casa Rosada. La respuesta la encontró en las banderas clásicas del Partido Justicialista y, particularmente, en la noción de la soberanía económica y política nacional. Si el menemismo había "rifado" el país, el kirchnerismo proponía volver a "vivir con lo nuestro".

Como sostiene Bonvecchi, a fin de maximizar los efectos expansivos de corto plazo de su esquema macroeconómico, los Kirchner se valieron de las herramientas que resultaban consistentes con su visión preferida sobre la organización de la economía argentina: fundamentalmente, la expansión de la intervención estatal en la economía (DE LUCA, 2012).

Empero, si bien es indudable que el Estado aumentó su tamaño, se robusteció y extendió su brazo, jamás logró recuperar la envergadura que poseía antes de los noventa. Es verdad que la intervención en actividades comerciales e industriales mediante la rescisión de concesiones, las estatizaciones, etcétera, estuvo a la orden del día. Sin embargo, no fue totalizante. El renacer de la "empresa pública" se debió, por un lado, a la alteración de las condiciones económico–financieras en algunos de los contratos de concesión de servicios públicos y, por otra parte, a exigencias partidarias y discursivas.

Los viejos nortes del Estado Empresario debieron repensarse y amoldarse a las nuevas condiciones del ambiente. De allí que, como luego se verá, características de este modelo fueron la constitución de sociedades anónimas que excluyen, en principio, la aplicación del Derecho Administrativo –ver, por ejemplo, los casos de LAFSA, CORASA o AySA–, así como otras personas jurídicas eminentemente privadas en las que resultaba disruptiva la participación minoritaria del Estado Nacional. Todos estos nuevos fenómenos, por el contrario, resultaban impensados en la cosmovisión reinante en el pasado.

III. Las formas societarias adoptadas por el Estado Nacional

Toda visión del Estado apareja el diseño de estructuras jurídicas que actúen como caparazón y la vehiculicen. En este sentido, las formas societarias que –a continuación y en el acápite IV se describirán– reflejarán las ideas dominantes del momento y la percepción de avanzar en pos de un Estado Empresario. Lógicamente, para el caso del llamado "Estado Neoliberal", ningún tipo societario se diseñará, por cuanto la retracción estatal mediante las

privatizaciones de las empresas públicas supondrá la prestación de bienes y servicios a través de sociedades constituidas por capitales privados.

III.A. La Sociedad de Economía Mixta (SEM)

Como se señaló, a través del decreto–ley 15.349/1946, el Presidente de la Nación instituyó las sociedades de economía mixta, primera figura jurídica de tipo empresario separada del Estado central (GEBHARDT y GERSCOVICH, 2017). Sin perjuicio del dictado de esta norma, lo cierto es que con anterioridad a ella existieron sociedades que replicaban esta forma, como lo fueron en sus orígenes el Banco de la Nación o el de la Provincia de Buenos Aires (GARRONE, 2008).

Pues bien, el artículo 1° de la norma prevé que será SEM aquella sociedad formada por el Estado Nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales, por una parte, y los capitales privados, por la otra, para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento y el desarrollo de actividades económicas.

De allí que, a decir de Escuti, la finalidad que motivó su creación fue la posibilidad de "combinar y aunar esfuerzos entre los capitales privados, por un lado, y el Estado, por el otro, de modo tal que, al aglutinar a estos dos componentes, se diera origen a un tipo societario dinámico" (GEBHARDT, 2016), con miras a obtener ganancias económicas, gozando de los privilegios especiales y beneficios propios estatales.

Estas sociedades, además, pueden ser de Derecho Público o Privado, dependiendo de la finalidad de su constitución. Y, además, las entidades públicas y los particulares contribuyen a la formación del capital en la proporción convenida entre ellos. Para Marienhoff, si la SEM fuere una entidad de Derecho Privado, se hallará regida por el Derecho Privado, sin perjuicio de la injerencia simultánea de ciertos aspectos del Derecho Público. Si, por el contrario, fuere una entidad de Derecho Público, se hallará regida, con mayor intensidad, por el Derecho Público, sin perjuicio de la aplicación que tendría el Derecho Privado, máxime cuando para esta clase de entes se aplican las disposiciones relativas a sociedades anónimas (CARBAJALES, 2011).

Por último, a diferencia de otras formas societarias utilizadas, la SEM admite la participación minoritaria del Estado, reservándose privilegios políticos como el derecho a elegir como mínimo a un tercio del directorio y la sindicatura, el presidente de la sociedad o el derecho de vetar las decisiones que considere violatorias de la ley o de los estatutos o contrarias a los intereses del Estado.

Las Sociedades de Economía Mixta no tuvieron demasiado éxito y su utilización no se extendió. GARRONE (2008) sostiene que, a su entender, el fracaso de esta forma societaria se debió a la ausencia de normas protectoras del capital privado. Un ejemplo histórico de su uso fue la "Sociedad Mixta Siderurgia Argentina" (SOMISA), creada en 1947 mediante la ley 12.987.

III.B. Las empresas del Estado

La ley 13.653 dio origen a la figura de la "Empresa del Estado". Su artículo 1° prevé que las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de estas entidades.

Las empresas del Estado quedan sometidas al Derecho Privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas y al Derecho Público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo. De este modo, se consagra una doble sujeción de estas entidades al Derecho Comercial y al Derecho Administrativo. Asimismo, a diferencia de las SEM, el patrimonio es íntegramente estatal.

Las entidades deben ser creadas por ley, funcionan bajo la dependencia del Poder Ejecutivo y la supervisión del ministro o secretaría del área dependiente. Y, además, sus autoridades se consideran funcionarios públicos y sus empleados se sujetan al Derecho Laboral (GEBHARDT y GERSCOVICH, 2017).

Al igual que las SEM en sus orígenes, las empresas del Estado no podían ser declaradas en quiebra, sino sujetas a disolución o liquidación, debiendo el Estado responder por el pasivo no cubierto que resultase. Asimismo, en materia de contabilidad no se rigen por el Derecho Comercial.

Para Marienhoff, la constitución de estas empresas –a diferencia del fin lucrativo que pueden perseguir los sujetos privados– se hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública. Algunos ejemplos de Empresas del Estado fueron "Gas del Estado", "Fabricaciones Militares", "Ferrocarriles Argentinos" o "ENTEL" (GEBHARDT, 2016).

III.C. Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM)

La modalidad en cuestión inauguró el recurso por parte del Estado de acudir a tipos societarios propios de la esfera privada (CARBAJALES, 2011). La ley 17.318 instituyó un régimen específico para este tipo de sociedades que luego sería receptado en la ley 19.550. La principal diferencia entre ambos regímenes radicaba en que el primero preveía sociedades total o

integralmente estatales. Como señala Carbajales, el marco legal primigenio fue creado a los fines de establecer un régimen legal propio para la empresa "Hidroeléctrica Norpatagania" (Hidronor).

La Ley de Sociedades, en sus artículos 308 a 314, establece que serán SAPEM todas aquellas sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado Nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarias en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el 51% del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Además, quedarán comprendidas aquellas sociedades en las que dicho requisito se reúna con posterioridad al contrato de constitución, en la medida en que una asamblea especialmente convocada a ese efecto lo determine.

En estos casos, el Estado actúa fuera del ámbito público, formando parte de las sociedades junto con capitales privados. Sin embargo, la idea que circundó la creación de esta forma societaria fue la de eliminar aquellas normas que podían no ser acordes con el funcionamiento de la sociedad en que el Estado fuera parte, eliminar cualquier obstáculo para la toma de decisiones (GEBHARDT y GERSCOVICH, 2017).

Aunque parezca una obviedad, cabe señalar que este tipo societario estuvo ideado, desde sus orígenes, previendo la participación societaria del Estado. No constituye una forma de sociedad anónima clásica, sino que responde a una teleología en particular. Esta aclaración corresponde efectuarla a fin de distinguir la SAPEM de las modernas formas de intervención societaria estatal.

III.D. Sociedades del Estado

Mediante la ley 20.705 se dispuso la creación de la figura de la Sociedad del Estado, entendida como "aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos".

De acuerdo a GEBHARDT y GERSCOVICH (2017), la finalidad de este nuevo tipo societario fue la de agilizar la gestión empresarial, mediante la remoción de las barreras burocráticas que habían limitado la actuación de las empresas del Estado. Asimismo, se pensaba colocar a todas las empresas estatales bajo la égida de la "Corporación de Empresas Nacionales" y

administrarlas con mayor eficiencia. Empero, ese objetivo no se logró y el ente fue disuelto mediante la ley 21.800.

Por otra parte, estas personas jurídicas no se someten a las disposiciones del artículo 31 de la Ley de Sociedades sobre participaciones en otras sociedades y su regulación se rige por las normas relativas a la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas. Paralelamente, tampoco le resultan aplicables las normas sobre contabilidad, obra pública y procedimientos administrativos. Esta limitación, sin embargo, despertó la crítica de la doctrina y se consideró no aplicable (GEBHARDT y GERSCOVICH, 2017).

Finalmente, cabe destacar que en ningún caso pueden transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria ni admitir, bajo cualquier modalidad, la incorporación de capitales privados. Sí, en cambio, se permite lo contrario, en tanto se faculta al Estado Nacional a transformar SAPEM, SEM o empresas públicas en Sociedades del Estado. De allí que, por ejemplo, "Gas del Estado", "ENTEL" o "YPF" fueron transformadas en este tipo societario.

IV. La nueva forma societaria adoptada: La Sociedad Anónima

IV.A. La constitución de Sociedades Anónimas

Como se indicó anteriormente, las muestras de agotamiento del modelo neoliberal y el estallido socioeconómico de diciembre de 2001 provocaron la necesidad de buscar y avanzar hacia nuevas –aunque, en cierto modo, también viejas– respuestas para los desafíos a los que se enfrentaba el Estado Nacional y a la forma en que se interrelacionaba con la economía.

Por una parte, la administración kirchnerista avanzó sobre parte de las empresas privatizadas, "reestatizándolas" y pasando a controlar la provisión de los bienes y servicios que aquellas brindaban. Como destaca CARBAJALES (2011:1):

"dicha reaparición [del Estado] no aconteció desde las ópticas clásicas y por medio de los instrumentos tradicionales, sino a través de nuevos formatos empresariales y societarios, cada vez más cercanos al derecho común, y protagonizados por sociedades comerciales que, no obstante su perfil netamente privado, estaban constituidas por fuertes atributos públicos".

Como puede observarse en los casos señalados, la intervención estatal no procuró la adopción de las viejas formas societarias de la SEM, la SAPEM o la SE. Por el contrario, ya sea con la creación de nuevas sociedades y/o con la transferencia de los activos,

intencionadamente se eligió adoptar formas societarias propias del Derecho Privado. Nótese que, por ejemplo, con la creación de "Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima" (AySA) se indicó que la sociedad anónima resultaba ser "la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio" y se dispuso que aquella se rigiera por las disposiciones de la ley 19.550 (D.N.U. 304/2006).

En palabras de GEBHARDT y GERSCOVICH (2017), cuando el Estado Nacional participa en actividades industriales o mercantiles mediante sociedades comerciales, lo hace actuando en carácter de persona jurídica de Derecho Privado, con o sin participación de capital privado. En las formas clásicas y a diferencia de las sociedades "puramente privadas", sus actos pueden tener un doble marco regulatorio: –de Derecho Societario y de Administrativo–. Empero, estas nuevas sociedades anónimas bajo control estatal excluyen la aplicación de este último, subsumiéndolas exclusivamente en el régimen jurídico del Derecho Societario. CARBAJALES (2011) a este tipo de sociedades las denomina "despublificadas", por la exclusión que hacen del Derecho Administrativo. De allí que, por ejemplo, no les resulten aplicables las leyes de procedimiento administrativo o de contrataciones públicas. Por ejemplo, el D.N.U. 1238/2003 que creó "Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA" (LAFSA) estableció que "se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables los regímenes de la Ley […]19.549 y de Contrataciones del Estado Decreto N° 1023/2001 y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley 24.156".

A su vez, las sociedades expropiadas –como "Yacimientos Petrolíferos Fiscales"– no se tratan de Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, en tanto no se ha dispuesto la alteración del tipo societario mediante una decisión asamblearia que así lo disponga. Y ello, a pesar de que el Estado cuenta con las mayorías accionarias necesarias para así establecerlo.

Sin perjuicio de lo antedicho, la presencia del Estado en estas personas jurídicas privadas sí importa una subjetividad diferente. Como expresa el artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación, "[l]a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación". Estas sociedades poseen atributos de carácter público, sea en lo que se refiere a su forma de creación, la propiedad de su capital, su finalidad o al control al que están sometidas (CARBAJALES, 2011). A su vez, el Estado tiene las potestades para alterar las reglas del juego y modificar las regulaciones societarias cuando lo entienda conveniente y lo estime adecuado para alcanzar el fin público perseguido.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Giustiniani"[1] consideró que YPF, sociedad anónima bajo control accionario estatal, se encontraba sujeta al régimen de información pública por integrar el Sector Público Nacional y funcionar bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo. El Máximo Tribunal consideró que el Poder Ejecutivo de la Nación ejercía los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones y además resultaba poseedor del 51% de las mismas. Finalmente, el gerente general de la sociedad había sido designado por la Presidenta de la Nación y el Ministro de Economía formaba parte de su directorio.

Esta decisión, sin embargo, omite analizar que, por ejemplo, YPF sigue operando bajo el régimen de "sociedades anónimas abiertas" y de allí que continúe con su forma societaria, sujeta a las regulaciones de la bolsa de comercio local, pero no a los controles interno y externo del Sector Público Nacional (CARBAJALES, 2016). Estos regímenes híbridos, entonces, persiguen intereses públicos, pero lo hacen, paradojalmente, por vía de exclusión del sistema público. Se trata, como destaca la Corte Suprema en el fallo citado, de un particular fenómeno en materia de organización administrativa. Empero, el tribunal pretendió introducir dentro del Derecho Público a una figura cuyo estatuto específicamente lo excluye. Y aquí radica lo novedoso.

IV.B. La participación estatal minoritaria en Sociedades Anónimas

Sabido es que mediante la ley 26.425 se eliminó el régimen de capitalización previsto en la ley 24.241 y se dispuso su absorción y sustitución por el régimen de reparto. A consecuencia de ello, se creó el Sistema Integrado Previsional Argentino.

En lo que aquí interesa, las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones poseían acciones y títulos en numerosas sociedades de cotización bursátil, razón por la cual el Estado Nacional pasó a ser accionista minoritario en gran cantidad de empresas privadas, ejerciendo los derechos políticos, sociales y económicos correspondientes. Por ejemplo, a raíz de ello, el Estado Nacional se transformó en accionista del "Banco Francés", "Aluar", "Quickfood", "Molinos Río de la Plata" y el "Grupo Clarín", entre muchas otras.

Estas sociedades, a pesar de la presencia estatal, se siguen rigiendo por las disposiciones de la ley 19.550. Sin perjuicio de ello, el Estado Nacional ha usufructuado su potestad regulatoria para alterar, en cierto modo, las reglas del juego. Por ejemplo, mediante

[1] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Giustiani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora", 10/11/2015.

el decreto n° 1278/2012 que creó un reglamento especial para los representantes y directores designados por el Estado en las sociedades en cuestión. Para Vítolo, este decreto importa una reforma implícita de la ley 19.550 y crea un doble régimen en "cuanto otorga al Estado como accionista y a los directores por él designados, derechos y responsabilidades distintos de los de los accionistas y directores particulares" (GEBHARDT, 2016).

La norma, por ejemplo, prevé que los directores designados por el Estado Nacional son funcionarios públicos, contraviniendo lo previsto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades, que expresamente lo prohíbe. Por otra parte, les garantiza indemnidad, siempre que actúen en cumplimiento de las directivas estatales, modificando así el régimen de responsabilidades de la ley societaria (GEBHARDT, 2016).

V. Un ejemplo histórico: El caso del agua

El caso del servicio de agua potable y cloacas es uno, entre tantos, que nos permite analizar la intervención estatal en cada una de las etapas antedichas y las distintas formas societarias a través de la que aquella fue llevada adelante.

El germen de las que luego resultarían ser las Obras Sanitarias de la Nación se ubica en una comisión que se ocupó desde fines de 1867 de la realización de las obras de aprovisionamiento de agua potable y saneamiento en la ciudad de Buenos Aires, con motivo de las epidemias de cólera y fiebre amarilla que la asolaron en aquel entonces (REGALSKY y ROUGIER, 2015).

Posteriormente, en 1898, con la creación del Ministerio de Obras Públicas, se estableció la Dirección General de Obras de Salubridad y, finalmente, en 1912, las Obras Sanitarias de la Nación. De acuerdo a la ley 8.889, la entidad resultaba ser autónoma "pero el Poder Ejecutivo ejercer[ía] sobre ella la superintendencia necesaria para el debido contralor de su funcionamiento y podrá intervenirla en cualquier momento, cuando las exigencias del buen servicio lo hicieran indispensable". Asimismo, su directorio sería nombrado por el Poder Ejecutivo de la Nación, con acuerdo del Senado.

En los años siguientes, la estructura de Obras Sanitarias de la Nación sufrió modificaciones. Mediante la ley 13.577 se dispuso que la Administración General de Obras Sanitarias de la Nación (AGOSN) constituiría una institución dependiente del Ministerio de Obras Públicas dedicada al estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de las obras de provisión de agua y saneamiento urbano en la Capital Federal y ciudades y pueblos de la República y la exploración, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas. Asimismo, la norma preveía la posibilidad de que la AGOSN estableciera industrias para extraer o producir la materia prima o los materiales elaborados necesarios

para sus servicios, o bien participara en empresas de capital mixto, que persiguieran el mismo objeto. Poco a poco, comenzaba a delinearse su estructura en términos estrictamente societarios.

El próximo hito en la materia –con el que se cerraría la primera etapa de la empresa– ocurrió en el año 1973, en que se constituyó la "Empresa Obras Sanitarias de la Nación" y se la escindió de la Administración General de Obras Sanitarias de la Nación (ley 20.324). A tal fin, se indicó que "se procura[ba] dotar al organismo de los medios necesarios para desenvolverse sin muchas de las trabas formales que [entorpecían] su accionar, organizándolo en forma tal que pueda conjugar los principios de centralización normativa y descentralización operativa".

La segunda etapa comenzó con el decreto n° 258/1980, que descentralizó los servicios sanitarios, entregando a las provincias los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales. Luego, se acentuó con la privatización propiamente dicha, ordenada por el decreto n° 2074/1990, por el que se dispuso el llamado a licitación o concurso público nacional e internacional para la concesión de los servicios de distribución y comercialización prestados por Obras Sanitarias de la Nación y la consecuente operatividad de las plantas de producción y tratamiento para la atención de dichos servicios.

Como parte de su programa macroeconómico, el gobierno decidió dar en concesión todas las responsabilidades relacionadas con la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión del sistema. De acuerdo con ABDALA y SPILLER (1999), el deterioro del sistema de Obras Sanitarias era evidente, causaba cortes en verano en una proporción creciente, baja presión, fugas de agua pendientes de reparación, desagües cloacales tapados y contaminación en las napas freáticas. Asimismo, sus activos básicos presentaban una antigüedad mayor a los sesenta años y requerían de reemplazos.

A partir del 1° de mayo de 1993 y por 30 años se le adjudicó la concesión integral a "Aguas Argentinas Sociedad Anónima", propiedad de un consorcio internacional formado por capitales franceses y españoles (decreto n° 787/1993). Al respecto, los autores mencionados sostienen que la reforma del sector del agua y saneamiento es particularmente atractiva porque, además de ser una de las más grandes del mundo en su tipo, su reputación como caso exitoso fue luego desafiada ante las necesidades de renegociación contractual (ABDALA y SPILLER, 1999).

Finalmente, trece años después, mediante el decreto de necesidad y urgencia n° 304/2006, el presidente de la Nación dispuso la creación de la sociedad "Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima" (AySA), bajo el régimen de la ley 19.550 y con el objeto de

prestar el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales del área atendida por "Aguas Argentinas S.A.". El nuevo Estado Empresario se ponía en marcha.

Entre los fundamentos del decreto, se indicó que la forma societaria adoptada –la sociedad anónima– resultaba ser "la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio y lograr la adaptación necesaria frente a los cambios o contingencias del caso, garantizándose así la continuidad y regularidad de la prestación". El noventa por ciento del capital accionario de la empresa pertenecería al Estado Nacional, mientras que el diez por ciento restante a los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación, sujetos al régimen de propiedad participada.

Para más, cabe agregar que, a diferencia de otros regímenes en los que se aplica la normativa de empleo público, los empleados de la sociedad se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y los convenios colectivos de trabajo respectivos. Y, particularmente, se dispuso que AySA "se regirá por las normas y principios del Derecho Privado", por lo que no le serán aplicables la ley 19.549, el decreto n° 1023/2001, la ley 13.064 "ni en general, normas o principios de Derecho Administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias".

Como se observa, en el caso del agua y el saneamiento es posible identificar cada una de las cosmovisiones antes descriptas, así como las estructuras jurídicas que las revistieron. Ha existido, asimismo, un movimiento pendular de mayor a menor intervención estatal, hasta arribar, nuevamente, hacia un estadio controlado por el Estado Nacional, pero bajo un cariz novedoso.

VI. Interrogantes y conclusiones

Resultaría una verdad de Perogrullo concluir que el péndulo se ha inclinado nuevamente hacia el lado de la intervención y que el Estado Nacional ha vuelto a incrementar su intensidad sobre la economía. Es decir, los últimos quince años nos han demostrado que una afirmación del estilo resultaría ser una obviedad.

Lo que se ha procurado dejar en claro mediante el presente trabajo es que dicha intervención, a diferencia de la llevada adelante en el pasado, adquirió características distintas. La adopción de formas societarias propias del Derecho Privado –la sociedad anónima– introduce algunos cuestionamientos respecto del rol que le cabe al Derecho Administrativo y al Derecho Societario en las nuevas formas de gerenciamiento.

En términos generales, ¿estamos, como se dijo, ante una huida del Derecho Administrativo? ¿Los límites entre el Derecho Público y el Privado se han vuelto más difusos? Y, por otra parte, ¿estas nuevas sociedades forman parte de la administración centralizada o descentralizada? ¿Compiten en igualdad de condiciones con otras empresas del sector?

Esta última pregunta, a nuestro entender, es de las más importantes que corresponde efectuar en la materia. Por un lado, al hallarse involucrado el Estado, este cuenta con innumerables recursos para desbalancear la ecuación en su favor. Y esto debe evitarse si pretendemos proteger o estimular las inversiones extranjeras y garantizar la seguridad jurídica.

Pero, por otra parte, estas sociedades encontrarían ciertas desventajas para competir y, al respecto, el fallo "Giustiniani" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo pone de manifiesto. Mientras que en las transacciones comerciales el secreto constituye un valor en sí mismo, las obligaciones a las que aquellas se encuentran sometidas –en virtud de la participación estatal– pueden ir en desmedro de los fines que como sociedades comerciales les corresponde perseguir. Por ejemplo, el deber de dar a conocer un contrato comercial con otra empresa del rubro.

No se reniega de lo provechosa que, en ciertas ocasiones, podría llegar a ser la actividad empresarial estatal. Sin embargo, tampoco desconocemos lo perjudicial que puede ser levantar de manera irracional ciertas banderas. En definitiva, lo que creemos es que, si se considerase valioso que el Estado intervenga en la economía de un modo activo, pero, además, se pretendiera crear un capitalismo que no fuera de "amigos" ni "estatal", resultaría esencial el establecimiento de normas claras para lograr una actividad económica competitiva. De lo contrario, seguiremos sumergidos permanentemente en aquello que LLACH y GERCHUNOFF (2018) alguna vez denominaron ciclo de la ilusión y el desencanto.

Bibliografía

ABDALA, M. A. y SPILLER, P. T. (1999) *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Temas.

BALBÍN, C. (2007) *Curso de derecho administrativo.* 1° ed., Buenos Aires, La Ley.

BASUALDO, E. (2013) *Estudios de historia económica argentina*. 2° ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

BELINI, C. y ROUGIER, M. (2008) *El estado empresario en la industria argentina*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Manantial.

BELINI, C. y KOROL, J. C. (2012) *Historia económica de la Argentina en el siglo XX*. 1° ed, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

CAO, H. (coord.) (2007) *Introducción a la Administración Pública Argentina*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Biblos.

CAO, H.,REY, M. y LAGUADO DUCA, A. (2015) *El Estado en cuestión*. 2° ed., Buenos Aires, Prometeo Libros.

CARBAJALES, J. J. (2014) *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Astrea.

— — (2011) "Las SABIE ¿Una nueva modalidad de "empresa pública" por fuera de la organización administrativa del Estado?", *Revista La Ley*, cita online: AR/DOC/7483/2010.

— — (2016) "YPF y el acceso a la información pública. O el complejo fenómeno de las SA bajo injerencia estatal", *Revista La Ley*, cita online: AR/DOC/4483/2016.

CORTES CONDE, R.y DELLA PAOLERA, G. (dirs.) (2018) *Nueva historia económica de la Argentina*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Edhasa.

GARRONE, J. A. (2008) *Derecho Comercial*. Tomo I, 2° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GEBHARDT, M. (dir.) (2016) *Sociedades. Según las reformas de la ley 26.994*. 1°, ed., Buenos Aires, Editorial Astrea.

GEBHARDT, M. y GERSCOVICH, C. G. (2017) *Elementos de derecho comercial*. 2° ed., Buenos Aires, Editorial La Ley.

GERCHUNOFF, P. Y LLACH, L. (2018) *El ciclo de la ilusión y el desencanto*. 1° ed. Buenos Aires, Crítica.

MAYER, J. (2012) *Argentina en crisis. Política e instituciones 1983-2003*. 1° ed., Buenos Aires, Eudeba.

REGALSKY, A. M. y ROUGIER, M. (eds.) (2015) *Los derroteros del Estado Empresario en la Argentina. Siglo XX*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial EDUNTREF.

ROMERO, L. A., *Breve historia contemporánea de la Argentina*. 2° ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

SIGAL, S. y VERÓN, E. (2014) *Perón o muerte. Los fundamentos discursivos del fenómeno peronista*. 1° ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba.

LA QUIEBRA DEL CONSUMIDOR: REPENSANDO EL INSTITUTO JURÍDICO

Juan PAZOS*

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2019

Fecha de aprobación: 15 de noviembre de 2019

Resumen

El objetivo de este trabajo es repensar el instituto de la "quiebra del consumidor", tomando como punto de partida la falta de datos existentes para determinar si el sobreendeudamiento de estos sujetos es un hecho que afecta en forma recurrente a la sociedad argentina. En este artículo también se hace un análisis crítico sobre las normas del concurso y la quiebra como medios para abordar la insolvencia del consumidor de un modo eficiente.

Todo ello en un intento por comprender la conclusión alcanzada por la doctrina mayoritaria nacional, que entiende que el sobreendeudamiento del consumidor es una problemática significativa en la Argentina, a pesar de que nuestra sociedad se caracteriza más por la falta de acceso a bienes y servicios básicos que por el endeudamiento derivado del acceso a ellos.

Palabras clave

Quiebra del consumidor – concursos y quiebras – sobreendeudamiento – pequeño concurso – pequeña quiebra – concurso mínimo – datos estadísticos

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Empresarial. Especialista en Asesoramiento Jurídico de Empresas por la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho por la Facultad de Derecho *Maurer* de Indiana University. Actualmente se desempeña como asociado en el estudio jurídico Marval O'Farrell Mairal en el área de Concursos y Quiebras, y Contratos de Comercialización.

CONSUMER BANKRUPTCY: REVIEWING THE LEGAL INSTITUTE

Abstract

Through this article the author aims to analyze the scholars' opinions regarding consumer bankruptcy in Argentina and outline what he considers a methodological problem regarding the conclusions arrived around this legal institute, because of the lack of statistical information at the time of analyzing this phenomenon in the specific case of Argentina.

Keywords

Consumer – bankruptcy – consumer bankruptcy – Argentina – outstanding consumer debt– financial distress – credit – debt discharge

I. Introducción. La quiebra del consumidor en la legislación nacional. Importancia del tema.

Desde hace aproximadamente diez años se desarrolla en el ámbito local una doctrina –cada vez más instalada– que promulga la necesidad de modificar la legislación existente para crear un instituto especial, o modificar el vigente, con miras a dar una solución a la "creciente" insolvencia de personas humanas no comerciantes, dentro de un marco legal adecuado y eficiente.

Esta corriente tomó como punto de partida la problemática que conllevaría –tanto para los sujetos afectados como para los jueces al momento de resolver– el estado de cesación de pagos de aquellas personas humanas que no realizan actividad económica bajo la forma de empresa y que, generalmente, contraen deudas derivadas de relaciones de consumo (a quienes en adelante llamaré "consumidores"). Ello, en tanto nuestra legislación vigente –en especial en materia concursal– da un mismo tratamiento a las personas físicas (entre ellas al consumidor) que a las grandes empresas.

En efecto, la "quiebra del consumidor", o la posibilidad de que una persona humana no comerciante sea sujeto comprendido por la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (en adelante, la "LCQ") surgió en nuestro país en 1972 con la ley 19.551, que legisló por primera vez en un solo texto los concursos de los comerciantes y de los no comerciantes (o lo que se denominaba "concurso civil"). Con la ley 22.917, que reformó a la anterior, se eliminaron las distinciones, pasando a ser indiferente el carácter de comerciante del sujeto. Como se señaló,

el sistema actual, en términos generales, no prevé distintos regímenes aplicables a distintos tipos y/o de acuerdo con las características de los sujetos. Tanto personas humanas como personas jurídicas se encuentran sujetas al mismo régimen y procedimiento, con mínimas diferencias entre aquellos casos que la LCQ dio a llamar Pequeños Concursos y Quiebras, y todos los demás casos que no quedan comprendidos por dicha categoría (LCQ Art. 288) (ALONSO, 2014).

En efecto, la LCQ distingue como Pequeños Concursos y Quiebras a aquellos procesos en los cuales se presente, en forma indistinta, una de tres circunstancias, a saber: (i) que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos salarios mínimos, vitales y móviles; (ii) que el proceso no presente más de veinte acreedores quirografarios; y/o (iii) que el deudor no posea más de veinte trabajadores en relación de dependencia. Básicamente, la presentación en concurso o quiebra de cualquier persona humana no comerciante queda comprendida dentro de esta categoría.

En definitiva, la "Pequeña Quiebra" sigue siendo un proceso universal que busca la liquidación de los bienes del deudor para distribuir el producido entre sus acreedores. Las únicas diferencias con el régimen común son que (i) *no son necesarios ciertos dictámenes requeridos por la ley, ni la constitución de comité de acreedores,* y (ii) *el control del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico, siempre y cuando no se haya constituido un comité de acreedores* (art. 289 LCQ).

Es decir, el procedimiento, los funcionarios involucrados, los plazos y los efectos de la "Pequeña Quiebra" son los mismos que los que aplican a cualquier concurso. Así, la resolución que dispone la apertura del concurso implica para el consumidor la imposibilidad de realizar actos de disposición y de administración extraordinaria, y en caso de quiebra, se produce el desapoderamiento inmediato de sus bienes, ya sean los existentes a la fecha de la declaración de la quiebra como los que adquiriera hasta su rehabilitación. Además, la declaración de quiebra importa la pérdida de su legitimación procesal.

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia nacional es pacífica al considerar que la aplicación de este régimen común, tal y como se encuentra regulado, resulta inapropiada e inconveniente para remediar la situación bajo análisis.

II. La doctrina sobre quiebra del consumidor. Sus bases.

En la Argentina, el fenómeno de la insolvencia del consumidor se analiza, principalmente, en relación con dos cuestiones: la primera –y desde una perspectiva pro consumidor–,la existencia de un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda

clase de deudores; la segunda –más bien relacionada con una protección a los acreedores–, la posibilidad del sistema actual de que un consumidor sin activos se presente en quiebra voluntaria para (a través de la figura de la rehabilitación) liberarse de sus deudas anteriores y proteger de los acreedores concursales el nuevo patrimonio que se genere con posterioridad a la rehabilitación.

El artículo 236 de la LCQ establece que la inhabilitación del fallido cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra, pudiendo el juez decidir la reducción de este plazo a pedido de parte y previo dictamen del síndico.

La crítica de los autores se centra, principalmente, en que "[n]*uestra Ley 25.065 no prevé un trámite especial para los consumidores o personas físicas y la uniformidad que presenta al proveer un único sistema no favorece la solución preventiva de la insolvencia del consumidor ni la liquidación equilibrada para el cobro de los créditos* (…). [E]*sta deficiencia* (…) necesita de una urgente reforma del modelo *que atienda las necesidades actuales y proteja al consumidor sin dejar de tutelar los derechos de cobro de sus acreedores*" (destacado propio) (CHOMER, 2012B). Concluyendo que, aplicar el mismo procedimiento para todos, es condenar a algunos al fracaso (CHOMER, 2012A).

Comparten esta idea, al decir que la problemática planteada "*se avizora con todas sus fuerzas al advertir que la ley 24522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009), siendo que "*se han percibido las complicaciones de aplicar un régimen concebido para comerciantes a sujetos que no lo son*" (ALONSO, 2014).

Quienes han estudiado el tema advierten "*la* impropiedad de nuestra legislación*, que bien podría ser adecuada para empresas de cierto gran porte y patrimonio, más es claro que* no provee una solución acorde a las necesidades actuales del consumidor" (destacado propio) (CHOMER, 2012B y, en igual sentido, BARACAT, 2009). El problema parece radicar en la insuficiencia del sistema para responder al desafío que propone el tutelar a quienes han caído víctimas de una propensión al consumo desmesurada (TRUFFAT, 2009).

La doctrina nacional entiende que el actual esquema falimentario, al no distinguir la situación específica del consumidor, resulta ser una solución "inconsistente" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009). Al respecto TRUFFAT (2009) señala de modo contundente que "[L]*a concursalidad ha entrado en crisis al concurrir con la temática de la tutela del consumidor*".

Entonces, en tanto la legislación argentina carece de un régimen jurídico específico y diferenciado para el caso del "concurso mínimo" (en referencia a la situación del

consumidor), la doctrina concluye que se trata "*de una materia que a nuestro modo de ver requiere de la pronta atención del legislador, por cuanto no es posible dar idéntico tratamiento legal al estado de insolvencia de sujetos sin activo, o escaso, de bienes, con relación al que merece la cesación de pagos de una empresa*" (BARACAT, 2009).

LORENTE, quien compartiría opinión respecto a esta cuestión con TRUFFAT y BARREIRO (2008), considera que, por lo pronto, lo que la ley argentina necesita es empezar a distinguir de forma sustancial[1], entre "grandes" y "pequeños" concursos. Él no rechaza la idea de que el sistema que se le aplique a unos u otros sea el mismo, pero señala que lo que sí debería haber son distintas "puertas de acceso" al proceso concursal.

En este sentido, estos autores han venido insistiendo desde hace mucho tiempo en que es necesaria la regulación de lo que dieron a conocer como el "Concurso Mínimo"; es decir, un concurso con pocos acreedores y pocas "dificultades", al cual no tendría sentido alguno aplicarle todo el proceso riguroso de la LCQ, cuando en realidad se trataría de un puñado de acreedores y un deudor que no puede atender regularmente sus obligaciones (TRUFFAT, BARREIRO y LORENTE, 2008).

Lo anterior parecería consonante con la postura de MAFFIA (1996), quien señalaba que "[el pequeño concurso] *es un procedimiento especial, solo que sin procedimiento especial*". Respecto de los "pequeños concursos", "*la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009). Por ello, se concluye que, "*el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009).

Si bien no quedan dudas de la opinión pacífica de la doctrina nacional en cuanto a la inadecuada respuesta que brinda la aplicación de la LCQ a los concursos o quiebras de personas humanas no comerciantes, hay dos corrientes claramente distintas que motivan dicha opinión.

[1] Refiriéndose, en este sentido, a una distinción que supere la de la ley actual, que significó una mera clasificación semántica y, en cambio, que la discriminación signifique la aplicación de procedimientos y soluciones distintas a los diferentes tipos de concursos.

Por un lado, hay quienes consideran que el sistema actual no permite una vía ágil y práctica para los consumidores, y buscan instalar su necesidad para así poder consolidar el amparo constitucional a los consumidores (art. 42 C.N.). Y es que, en efecto, vale recordar que el texto del art. 42 citado expresa que "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos*" y que "*Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo,* (…) *al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos…*" resolviendo que "*La legislación establecerá* procedimientos eficaces *para la prevención y solución de conflictos*" (destacado propio) (art. 42 C.N.).

Por otro lado, se encuentran aquellos cuyo enfoque recae sobre la problemática que la LCQ ha generado en los otros actores involuntarios en esta historia: los acreedores. Como señala CHOMER (2012a), "*en las quiebras muchos acreedores abandonan la persecución de cobro, porque sienten que irremediablemente será en vano gastar sus esfuerzos en búsqueda de migajas pagaderas en tiempos bíblicos*", buscando señalar que la mayoría de las quiebras declaradas concluyen por falta de activos.

A esa situación generalizada se le suma la segunda cuestión sobre la que versa la mayoría de la doctrina y jurisprudencia respecto del tema bajo análisis, que es, "[e]*l empleo antifuncional de derechos procesales por acreedores y deudores en los procesos concursales rehabilitatorio y liquidativo*" (BARACAT, 2009), y las consiguientes consecuencias que esto puede generar en el mercado del crédito financiero formal.

En otras palabras, la doctrina refiere a la problemática que existe en la aplicación del sistema único que genera soluciones jurídicas que –en algunos casos y para algunos intérpretes–, tienen una respuesta "injusta" que admitiría "*el endeudamiento abusivo y una liberación patrimonial incausada*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009). Deudores que acuden "*livianamente a peticionar su quiebra para limpiar su pasivo*" (BARACAT, 2009)[2].

Según explican IZQUIERDO y JUNYENT BAS (2009), "*la rehabilitación articula la existencia de dos masas de bienes: una, que responde frente a los acreedores anteriores a la quiebra y que se conjuga con el art. 107 de la L.C. en cuanto comprende los bienes desapoderados; otra, la que se adquiera a partir de la rehabilitación que hace frente a las deudas posteriores. Esta compleja*

[2] "*En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero esta se produce automáticamente al año y permite la liberación de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009).

relación permite señalar que la rehabilitación constituye un modo de conclusión de los efectos de la quiebra y permite al fallido retomar la actividad, adquiriendo nuevos bienes y asumiendo nuevos compromisos".

De esta forma, el cese de la inhabilitación y la consiguiente rehabilitación, al dar lugar a la formación de dos patrimonios separados, se convierte en una limitación de la garantía de los acreedores (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009).

De tal modo, los autores sostienen que el sistema de rehabilitación receptado por nuestra ley, "*sigue el esquema anglosajón con su "orden de discharge", o "fresh start", liberatorio de las deudas incluidas en el concurso y consiguiente renacimiento de la aptitud patrimonial, cesando los efectos estipulados en el art. 238 de la L.C*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009).

En términos prácticos, lo que este sector de la doctrina busca remediar es la situación en la cual "*El deudor de mala fe que así procede, contrayendo deudas que ab initio sabe no va a poder pagar, lo hace en un breve lapso de uno o dos meses y por un monto que no guarda relación con sus ingresos, para después presentarse prontamente pidiendo su propia quiebra para purificarse por los efectos de la rehabilitación (arts. 234 y sigtes., LCQ)*" (BARACAT, 2009). Se sostiene que "[l]*a ley quiere darle al deudor insolvente la posibilidad de hallar solución jurisdiccional a su estado de cesación de pagos, pero no cabe duda que no quiso que este remedio –"quiebra"– pudiera ser utilizado maliciosamente para defraudar acreedores*" (BARACAT, 2009)[3].

En función de estos argumentos, cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que cabe rechazar los pedidos de quiebra voluntaria de "consumidores", atento a que implican un abuso del proceso, hacen gala de la "picardía criolla", bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 C.P.) (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009). Pero

[3] Al respecto, agrega ALONSO (2012) que "*Para este sujeto* [persona humana no comerciante]*, la quiebra no significa el fin de su actividad –no comercial-, aunque tenga un efecto económico significativo; por eso, tras la declaración de quiebra puede continuar su trabajo y flujo de ingresos, pero ver extinguida su deuda - producto del sobreendeudamiento- en un plazo breve de tempo. De ahí el atractivo de este pedido de quiebra directa*".

esta conclusión se encuentra más controvertida que los argumentos que se utilizan para fundarla.

No obstante, la mayoría de ellos concuerda que, "*si bien no podía retornarse al viejo sistema sancionatorio de la falencia, tampoco podía caerse en un garantismo excesivo favoreciendo a quien haya actuado como verdadero defraudador*" (JUNYENT BAS e IZQUIERDO, 2009).

De lo expuesto surge que hay consenso entre los doctrinarios en cuanto a que el sobreendeudamiento de la persona física es una problemática a resolver, y que el ordenamiento legal actual no otorga las herramientas necesarias o adecuadas para ello. Pero aquí surge el objeto del presente análisis: ¿Cuáles fueron las bases y fundamentos sobre los cuales se gestaron estas conclusiones y sus posibles soluciones?, ¿Cuáles son los datos?

III. Los datos –o falta de ellos– que se utilizan en Argentina para pensar el instituto.

De forma completamente acertada CHOMER señala que "*[d]ebería primero identificarse a quienes no les sirve el proceso actual y, luego, debatirse si a ellos podría aplicárseles un proceso especial y diseñarlo a la medida de tales necesidades*" (2012b), o lo que cotidianamente se puede traducir como: "no poner el carro delante del caballo".

El planteo plasmado en este artículo no busca contradecir o desacreditar las hipótesis o las posibles soluciones planteadas por la doctrina; simplemente es una crítica a que, a un año de cumplirse el sesquicentenario de la entrada en vigencia del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield –a la luz de una vela–, la legislación actual, doctrina y jurisprudencia parece seguir desarrollándose de la misma forma que en aquel entonces, a simple prueba y error, basada en la intuición y capacidad argumentativa del jurista. En la era de la información, no deberíamos aceptar que esa siga siendo la lógica legislativa.

En un contexto donde se habla cada vez más de *big data*, y de la utilización de datos masivos para optimizar todos los ámbitos de la vida humana, darles la espalda a estas herramientas desde un sector clave de la sociedad, como lo es el sistema de justicia y legislativo, solo puede deberse a una cuestión de extrema arrogancia o anacronismo.

Y si bien el valerse de estos instrumentos como elementos esenciales para sus estudios e investigaciones es una práctica que se está –lentamente– empezando a instalar entre los juristas argentinos, los académicos locales no tienen un camino allanado por el cual

transitar. Por el contrario, existen limitaciones palmarias y sustanciales para quienes intentan generar desarrollos científicos a partir de los datos.

Respecto de esto último, la dificultad existente en torno a la cuestión de datos en Argentina se puede desagregar en varias situaciones distintas, con problemas del tipo: (a) existencia de datos que no están disponibles al público, o no son de fácil acceso; (b) existencia de datos que, si bien fueron generados, no se sistematizan con fines estadísticos; y (c) datos que, pudiendo recabarse y sistematizarse, no se lo hace.

Esta doble problemática parecería evidenciarse claramente en la doctrina estudiada referida a la temática de este artículo, en tanto del estudio de las diversas publicaciones analizadas no se logran identificar análisis estadísticos, ni citas a ellos, que justifiquen las hipótesis y conclusiones de los autores.

Al respecto, cabe señalar las aclaraciones formuladas por algunos de estos autores en relación con la temática: "[s]*obre este dato* [N. del A., que la mayoría de las quiebras declaradas concluye por falta de activos] *desconozco si existen estadísticas, más no tengo dudas de que es certero, pues desde hace más de treinta años que llevo en la justicia nacional y en mis once años como Juez Comercial, no sólo he visto que la mayoría de las quiebras concluye por faltar activo, sino que podría también afirmar que así concluyen la casi totalidad de las quiebras de personas físicas*" (destacado propio) (CHOMER, 2012A).

Otro de los autores analizados señala claramente que: "*en ningún momento, ni las entidades financieras ni las autoridades dieron a conocer estadísticas sobre los niveles de endeudamiento o morosidad*", para luego agregar que "*la falta de información y datos estadísticos dejaban traslucir que este tema no está incorporado en la agenda pública y ni siquiera es tratado por la prensa masiva, solo es posible encontrar algunos datos en la prensa especializada de los bancos*" (destacado propio) (ANCHAVAL, 2010).

Por último, en el intento de evidenciar la problemática planteada en este capítulo, y su íntima relación con la hipótesis del trabajo aquí realizado, no resulta menor la utilización por parte de estos autores de datos provenientes de otros países a los fines de respaldar

generalizaciones que pueden ser esenciales para justificar las conclusiones a las que se arriba en el caso argentino[4].

IV. El problema con los datos que justifican la existencia del instituto

Como fundamento de las hipótesis y de las conclusiones de los autores analizados fue recurrente la mención (de forma "ligera") de los crecientes índices de pobreza a nivel nacional, la evolución de los hábitos de consumo, y a la –al parecer– exitosa acogida de este mecanismo en las jurisdicciones donde ya existe y se aplica.

Entonces, surge primariamente la siguiente pregunta: sin cuestionar la improcedencia del mecanismo concursal tradicional para tratar el estado de insolvencia y cesación de pagos de una persona humana no comerciante, ni tampoco las propuestas realizadas por los académicos: ¿cuáles son los datos disponibles para, primero, hacer un diagnóstico certero y completo de la situación actual y, segundo, en función de ese diagnóstico, comenzar a discutir de forma colectiva cuales serían las posibles soluciones a –de comprobarse su existencia– el problema en cuestión? Luego intentaremos introducir al debate actual nuevos planteos que surjan del análisis de esos datos, o de su ausencia.

En cuanto al acceso al crédito en Argentina, la mitad de la población adulta tiene algún tipo de crédito, entendiendo a éste en sentido amplio[5]. "*Entre diciembre de 2015 y marzo 2019, la cantidad de personas que utilizó instrumentos de crédito aumentó por encima del crecimiento natural de la población, llevando a que este indicador mejore en 4 puntos porcentuales* [a un total de 51% de la población adulta (residentes de 15 o más años que tienen al menos una financiación en el sistema financiero)]" (BCRA, 2019A: 29).

[4] A modo de ejemplo, ALONSO (2014) en su artículo "Las quiebras directas voluntarias de personas físicas no comerciantes" cita informes de organismos europeos e internacionales luego de referirse al "*avance cuantitativo del fenómeno de la insolvencia o el sobreendeudamiento de las personas físicas o, incluso, grupos familiares*".

[5] Considerando como tal a cualquier préstamo otorgado ya sea por bancos, compañías financieras y/o emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, así como a aquellos otros proveedores no financieros de crédito (PNFC) que reportan sus deudores, incluyendo también a los fines de este cálculo a deudores de fideicomisos financieros.

A marzo de 2019, de este 51% de personas físicas que se encontraban como poseedoras de algún tipo de crédito formal, aproximadamente el 60% se correspondían a *financiación a través de tarjetas de crédito bancarias*, (31,8% de la población adulta), siendo este el instrumento más utilizado, seguido por los préstamos personales (BCRA, 2019a).

En consecuencia, los datos no arrojan resultados que convaliden directamente el supuesto crecimiento del sobreendeudamiento, ni la existencia de este fenómeno como una problemática actual y generalizada en nuestro país.

De acuerdo con datos oficiales del BCRA (2019b: 6) "*el coeficiente de irregularidad de los préstamos a las familias disminuyó 0,2 p.p. (+0,1 p.p. i.a.) ubicándose en 4,2%. La mora de los créditos hipotecarios a los hogares continuó en valores acotados: 0,6% de la cartera para los denominados en UVA y 0,9% para el resto*" y "*A diciembre de un total de 104.043 financiaciones hipotecarias en UVA otorgadas a personas humanas en el sistema financiero* (…)*, 833 se encontraban en situación irregular*" (destacado propio).

Finalmente, "[e]*l saldo de financiamiento a las familias (en moneda nacional y extranjera) disminuyó 0,5% real en el mes (+3,2% nominal) y 17,4% real i.a., con una mayor caída relativa en las líneas prendarias y personales*" (destacado propio) (BCRA, 2019b: 6).

Sobre estos datos preliminares, es posible señalar que la mitad de la población adulta tiene acceso al crédito formal y el 30% de la población adulta tiene créditos otorgados mediante tarjetas de crédito (es decir el 60% de los deudores). La irregularidad en el pago de sus créditos de personas físicas no comerciantes en 2019 *disminuyó respecto de años anteriores*, siendo de un 4,2%, y el financiamiento bancario a las familias se redujo en un 17,4% real respecto del año 2018.

Paralelamente, según la Encuesta Nacional de Gastos de los Hogares realizada por el INDEC (2019a), también podemos deconstruir la composición del gasto de los consumidores argentinos. En promedio, el mayor gasto en los hogares se destina a alimentos y bebidas no alcohólicas (22,7% del gasto de consumo de los hogares a nivel nacional). El gasto de consumo en vivienda, agua, electricidad, gas y otros combustibles representó el 14,5% (aumentando este número al doble en casos de "hogares inquilinos"), y el gasto en transporte el 14,3%. El gasto en salud representó el 6,4%, siendo que, para aquellos hogares con cobertura prepaga de salud, este gasto ascendió a 11,4%, mientras que quienes solo tienen cobertura de salud pública representó el 3,5%.

Por supuesto que estos datos no permiten, por sí mismos, encontrar las soluciones a los problemas planteados, pero al menos pueden ser disparadores de replanteos elementales en relación con el instituto bajo análisis.

Y es que surge de éstos que la mitad de la población adulta se encuentra en la categoría de consumidores dentro del sistema financiero formal, pero que, al parecer, la morosidad de los préstamos a familias se encuentra por debajo del 5%. Como se dijo, estas cifras no son concluyentes, pero sugerirían que el escenario bajo análisis es más acotado de lo que se podría imaginar en función de la generalidad de los de artículos y publicaciones.

Asimismo, a los fines de sugerir soluciones eficientes podría ser útil desagregar la composición socio-económica de la porción morosa, para poder tener un mejor acercamiento a las hipótesis planteadas por algunos autores respecto al pedido voluntario de quiebra para lograr una rápida rehabilitación: ¿acaso esa hipótesis sería más lógica en un contexto de personas con niveles económicos medios o elevados, que buscan sacar provecho del instituto, como señalan los autores? ¿O los datos sugieren que se corresponden con personas de escasos recursos que se endeudan a los fines de solventar gastos básicos o de confort mínimo?

La desigualdad social en argentina permitiría pensar que los sectores económicamente más solventes, si se endeudan, tienen activos con los que responder a las obligaciones contraídas, mientras que los menos solventes muchas veces ni siquiera tienen acceso al mercado financiero formal.

El informe de INDEC (2019a) sugiere que el consumo medio en argentina consiste principalmente en alimentos y bebidas, y luego en vivienda y servicios. Es difícil imaginar una familia dentro de las sobre-endeudadas por consumo alimenticios básicos o por gastos de vivienda y servicios, ello en tanto –en términos generales– los acreedores de ese tipo de productos o servicios pueden suspender el acceso al crédito o a los bienes y servicios de forma rápida y temprana.

Es decir, en nuestro país, una familia con dificultades para acceder a cuestiones básicas como alimento y vivienda, probablemente experimente una reducción y/o pérdida de capacidad de consumo de esos bienes y/o servicios, antes que el surgimiento de una deuda de dimensiones que desestabilicen tanto al deudor como al acreedor.

Cuando pensamos en "la quiebra del consumidor" en legislaciones como la estadounidense, deberíamos considerar que allí el acceso al crédito hipotecario es significativamente mayor que en nuestro país y para un rango amplísimo de sectores, que el

acceso a la salud no es gratuito, que la educación superior no es ni pública ni gratuita, que los hábitos de transporte son distintos, etc.

En un país como Estados Unidos, las cuestiones mencionadas caracterizan los hábitos de consumo de la gran mayoría de su sociedad (a excepción del acceso a la educación superior). En nuestro país, en cambio, endeudarse por obligaciones similares a las indicadas solo es posible para un limitado y privilegiado sector de la sociedad: el acceso al crédito hipotecario, como ya vimos, es casi inexistente (0,7% de la población adulta), el gasto en salud para aquellas personas que –por elección o no– solo tienen cobertura pública es el 3,5% del consumo promedio de una familia, el transporte público es masivo y accesible, y la educación puede ser gratuita hasta el nivel universitario inclusive.

Con estos simples presupuestos basados en datos parecería más complicado sostener que un instituto como la quiebra del consumidor fuera a significar un alivio para la familia de clase media o baja, en tanto resultaría más factible que ésta pierda antes la posibilidad de seguir consumiendo y el acceso al crédito de lo que podría tardar en generar una deuda de características drásticas.

Si lo anterior fuere cierto, ¿tendría sentido cargar el sistema legislativo y judicial con reformas que permitan al sector financiero achicar ese 5% de morosidad entre los consumidores existentes en el mercado del crédito financiero? ¿O acaso no resultaría más eficiente hacer cargar con ese costo al propio acreedor, al momento de evaluar el otorgamiento del crédito y los riesgos dispuestos a asumir?

Siguiendo dentro del escenario de modificación de la legislación a los fines de proteger el crédito, ¿cómo sabemos que los porcentajes de morosidad actuales no están dentro de lo que el modelo de negocios del mercado financiero considera aceptable? ¿Qué tan caro o barato es el crédito en la argentina a valores reales y no a valores nominales? ¿De qué forma y en cuanto cambiaría el precio o acceso al crédito de tomarse las medidas sugeridas por los doctrinarios, ¿Qué impacto tendría eso en el mercado financiero respecto a los consumidores?

Pocas de estas cuestiones se pueden encontrar reflejadas entre los trabajos sobre esta temática, y dentro de este puñado son menos aún los casos donde éstas son abarcadas haciendo un análisis de impacto basado en datos.

Como se intentó señalar, son muchos los presupuestos sobre los que empezar a analizar el instituto, y son muchas y variadas las consecuencias que las diversas alternativas que se esgriman pueden generar en distintos sectores de la sociedad, pero la mayoría se

pueden predecir y acotar a partir del análisis de la información existente o recopilable, y en ese sentido entendemos que se debe reencausar el análisis de la necesidad y factibilidad de la "quiebra del consumidor".

V. Algunas reflexiones a modo de conclusión

Expuestos los pilares fundamentales en los que la doctrina basa (i) su crítica a la actual LCQ y (ii) la necesidad de evolucionar el sistema vigente; y habiendo explicado las razones por las cuales entendemos que los datos utilizados –o la ausencia de ellos– y sus conclusiones no son necesariamente trasladables al caso argentino, surgen las preguntas y reflexiones que este trabajo busca plantear: ¿es acaso el sobreendeudamiento –en los términos en que sería relevante para que el concurso o la quiebra resulten efectivas soluciones– una problemática actual y generalizada en la Argentina? En tal caso, ¿es la solución a ello crear un régimen nuevo, dentro de la legislación concursal, para encuadrar la insolvencia o sobreendeudamiento específicamente de personas humanas no comerciantes? ¿Están alineados los intereses académicos con la realidad social?

El híper consumismo es una realidad que requeriría creativos argumentos para ser relativizado, pero ello no lo convierte directa y necesariamente en una problemática jurídica generalizada en toda la sociedad argentina, traducida en el sobreendeudamiento, que requiera de una urgente solución.

No es la intención de este trabajo confirmar o refutar la existencia de tal problemática, menos aun tratándose de una cuestión tan dinámica e intrínseca al modelo económico y de desarrollo humano de la sociedad moderna. Lo que se rechaza es (i) la asociación automática (sin invocación de datos duros) entre el avance de este fenómeno social del sobreendeudamiento, con (ii) el diagnóstico de un sobreendeudamiento problemático y generalizado; y (iii) la necesidad de desarrollar un remedio basado en un sub-tipo (nuevo para nuestra legislación) de mecanismo concursal o liquidatorio, como lo sería el "concurso o la quiebra del consumidor", pero aún dentro de la lógica del proceso falencial actual.

Como fundamento para el dispendio intelectual y académico en torno a estas cuestiones, se mencionan los crecientes índices de pobreza (INDEC, 2019b), y la evolución de los hábitos de consumo en otras jurisdicciones.

Entonces, como hemos visto, la teoría del sobreendeudamiento, sus causas y efectos en los consumidores –que se desarrolla como introducción para los trabajos y opiniones que buscan proponer soluciones íntimamente relacionadas con el desarrollo de un mecanismo de "quiebra del consumidor"– son muy fieles representaciones de la realidad consumeril y

económica de sociedades como la de los Estados Unidos, pero parecen existir pocos datos y referencias que permitan concluir que también representan a la sociedad argentina.

El desarrollo y la reflexión teórica en vistas a proponer soluciones eficientes, no puede desentender la realidad fáctica de la sociedad argentina, y sus particulares hábitos y condicionamientos dentro del sistema de consumo.

No surgen de casi ninguno de los artículos analizados datos o fuentes que permitan entender cómo se llegó a la conclusión de que el sobreendeudamiento es una problemática significativa en la Argentina, siendo la nuestra una sociedad que se caracteriza más por la falta de acceso a bienes y servicios básicos (y bienes de confort) que por el endeudamiento derivado del acceso a ellos.

Este trabajo busca simplemente reinstalar la necesidad de utilizar datos estadísticos aplicables a la sociedad argentina para lograr soluciones productivas, a la vez que destacar la problemática que significa para la Argentina la falta de ellos, o la dificultad para los académicos de acceder a las fuentes públicas donde se encuentran. La obtención, utilización y análisis de estos datos debería ser un presupuesto necesario para que el trabajo académico que se realice, tanto respecto a la cuestión aquí analizada como a cualquier otra problemática social, sea eficiente. En conclusión, los datos no son condición suficiente, pero si necesaria para lograr progresos científicos eficientes, y cierta responsabilidad profesional recae sobre nosotros en empezar a actuar de acuerdo con esta lógica.

Bibliografía

ALONSO, D. F. (2014) "Las quiebras directas voluntarias de personas físicas no comerciantes", *La Ley online*, cita *online*: AR/DOC/501/2014.

ANCHAVAL, H. A. (2010) "El nuevo sujeto concursal", *Suplemento CyQ 2010 (diciembre)*, *La Ley online*, cita *online*: AR/DOC/7282/2010.

BARACAT, E. J. (2009) "Pequeñas quiebras y deudores de mala fe", *La Ley online*, cita *online*: AR/DOC/1445/2009.

BCRA (2019a), Informe de Inclusión Financiera 2019, consultado en [http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/iif0119.pdf] el 21/04/2020.

BCRA (2019b), Informe sobre Bancos Diciembre de 2019, consultado en [http://www.bcra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Informe-sobre-bancos-diciembre-19.asp] el 21/04/2020.

CHOMER H. O. (2012a) "Futuro del derecho concursal", *La Ley online*, cita *online:* AR/DOC/2500/2012.

— — (2012b) "La quiebra del consumidor y la presunción de fraude", *La Ley online*, cita *online:* AR/DOC/2439/2012.

INDEC (2019a), Encuesta Nacional de Gastos de los Hogares 2017-2018, consultado en [https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/engho_2017_2018_informe_gastos.pdf] el 21/04/2020.

— — (2019b), Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos. Primer semestre de 2019", consultado en [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_01_19422F5FC20A.pdf] el 21/04/2020.

JUNYENT BAS, F. e IZQUIERDO, S. (2009) "¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores", *Suplemento CyQ 2009 (octubre), La Ley online*, cita *online:* AR/DOC/3539/2009.

MAFFÍA, O. J. (1996) "Procedimiento especial (sólo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos", *ED* 125-1226.

TRUFFAT D. E. (2009) "Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores", *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, n° 260, enero/diciembre 2009, t. XXI, pp. 693-699.

TRUFFAT, D. E., BARREIRO, M. G. y LORENTE, J. A. (2008), "Otra vez sobre el concurso mínimo: "Cuando veas las barbas de tu vecino afeitar...", *Doctrina Societaria y Concursal,* Errepar, n° 246, mayo de 2008, t. XX, p. 373.

EL FINANCIAMIENTO ELECTRÓNICO: SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN

Alejandro Nicolás RAMÍREZ GUERRA*

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2019

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2019

Resumen

El presente trabajo desarrollará la importancia de las Fintech a través de todas las actividades que realizan, haciendo hincapié en la relevancia de la regulación, no como modo de obstaculización de dicha actividad sino como medio para brindarles seguridad jurídica y, así, lograr crecimiento en una industria que posee las cualidades necesarias para expandirse y optimizar la forma en la que manejamos el dinero. Por ello, comenzaré comentando cuál es el aspecto más interesante de estas empresas: el financiamiento de proyectos. Seguidamente, enunciaré problemas en los que estuvieron involucradas empresas tecnológicas, que –al analizarlos en profundidad– refuerzan la necesidad de regular la actividad tecnológica financiera. Luego, y esencialmente, explicaré el alcance de la Ley de Entidades Financieras y los conflictos que se suscitan entre las empresas Fintech y los bancos, a raíz de su aplicación. Finalmente, efectuaré una comparación legislativa acerca de cómo se solucionó o, al menos, se intenta solucionar este conflicto en diferentes países, y cómo se encuentra regulada actualmente en Argentina.

Palabras clave

Fintech – financiamiento electrónico – nuevas tecnologías – financiamiento de proyectos – Ley de Entidades Financieras – bancos – normativa comparada

* Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2019) con orientación en Derecho Económico y Empresarial. Actualmente se desempeña en el área de Asuntos Jurídicos y Regulatorios de Arauco Argentina S.A.

ELECTRONIC FINANCING: SOLUTIONS IN COMPARATIVE LAW AND THE NEED FOR ITS REGULATION

Abstract

This paper will explore the importance of *Fintech* companies through their activities with emphasis on regulations that do not hamper their activities, but provide legal certainty to develop the industry, and that involve the necessary qualities to grow and optimize the way we manage finances. Firstly, I will start by explaining the project funding aspect of *Fintech* companies. In addition, I will illustrate the problems brought about by the lack of regulation in this area with some examples of technology companies implicated in serious issues that bolster the neediness of a regulation in e-finance business. The final aim of the article is to propose an explanation of the scope that the law of finance entities has in Argentina and the disputes between Fintech and banks. Finally, the article explains some regulatory solutions implemented in different countries and Argentina's regulation currently in force.

Keywords

Fintech – electronic financing – new technologies – project financing – Financial Entities Law – banks – comparative law

I. Las Fintech

Las *Fintech* son parte de una industria que innovó y modificó la forma en que las personas se acercan al mundo financiero. A través de dichas plataformas se puede realizar tanto el pago virtual de bienes y servicios por medio de transferencias e, incluso, de diferentes monedas virtuales, como también adquirir nuevas formas de financiamiento (créditos) e invertir en diferentes emprendimientos.

Cada vez son más las personas que conocen estas plataformas, adquiriendo mayor importancia frente a las antiguas modalidades que brindan los diferentes bancos que ofrecen dichos servicios, pero bajo la práctica tradicional.

Esta situación viene acompañada de la crítica por parte de las entidades financieras acerca de la falta de regulación de las Fintech y de los altos estándares y requerimientos que las primeras tienen que cumplir para poder realizar actividades financieras, así como la adecuación a las diferentes actualizaciones en la normativa bancaria que realiza el Banco Central de la República Argentina.

II. Nuevas formas de financiar proyectos

Al comienzo, todo emprendimiento necesita de mucho esfuerzo, un plan organizado y dinero que, la mayoría de las veces, es muy difícil conseguir. Si bien hay personas que pueden costear dichos montos, también hay grandes ideas que no se desarrollan por la falta de recursos o conocimiento sobre las formas de financiación que se pueden alcanzar en el mercado. A continuación, desarrollaremos la diferencia entre las etapas de financiamiento.

El primer paso en la búsqueda de recursos siempre es apuntar a la familia, amigos y fundadores. Por ello, en base a sus siglas en inglés, se lo llama "F, F & F stage" (*Friends*, *family* and *founders*). Esta etapa está encuadrada dentro de lo que se conoce como *pre-seed round* ya que todavía no hay una salida del círculo de conocidos en búsqueda de recursos. Luego, se le da paso a lo que se conoce como *seed round*, el comienzo de la búsqueda de financiación por fuera del grupo más cercano.

Es importante diferenciar el *seed round* de las denominadas series A, series B, series C, series D, series E, etc. El primero se da en el estadío inicial de un emprendimiento, es decir, el dinero suele estar relacionado al soporte del mercado y al temprano desarrollo del producto. El producto suele ser garantizado al inversor mediante, por ejemplo, bonos convertibles, que son los elementos que harían del inversionista un accionista si se cumplieran ciertas condiciones.

Las demás etapas se empiezan a dar cuando se está en búsqueda de mayores montos de dinero. Para ello, se comienza por Series A, Series B, Series C, Series D, e IPO ("*Initial Public Offering*") que es la primera etapa en donde se ingresa en la oferta pública. En las etapas previas al ingreso a la oferta pública se buscan a los "inversores ángeles" y los "ventures capitalist"; los primeros invierten su propio dinero, en forma profesional, en estos emprendimientos; los segundos trabajan para empresas *venture* que recaudan dinero de terceras personas y se dedican a invertirlos en estos emprendimientos que, por su temprana edad, son riesgosos –y por ello también se los llama capital de riesgo–.

También existen las empresas *private equity*, denominadas así porque están interesadas en empresas privadas que no cotizan en bolsa (*private*) y en realizar inversiones de capital (*equity*). Algunas de estas empresas están interesadas en pequeñas compañías con grandes perspectivas de crecimiento y un prometido equipo de conducción. Otras, en cambio, están interesadas en empresas ya establecidas y con ingresos de dinero estables. Por otro lado, es común verlas interesadas, incluso, en empresas con dificultades económicas. Esto debido a que los fondos *private equities* intentarán adquirir todas las acciones, luego excluirlas de la oferta pública, modificar el cuerpo de dirección de la empresa y desarrollar su rendimiento para, finalmente, venderla o volver a introducirla en la oferta pública.

De esta forma, los fondos *private equities* realizarán inversiones y acompañarán el desarrollo de la empresa a través de consultorías y asesoramiento, rotaciones en los miembros de la dirección y, luego, prepararán la salida de estos fondos posteriormente a un periodo aproximado de cinco (5) a diez (10) años.

A veces, puede confundirse el *venture capital* con los fondos *private equity* por lo que es importante realizar una diferenciación entre ambos. El venture capital se utiliza en un primer periodo de crecimiento del emprendimiento o startup, en donde supone un gran riesgo inmiscuirse en la inversión y/o asesoramiento, y el segundo está relacionado a la compra de acciones por parte de los fondos *private equities* de empresas que ya están asentadas en el mercado o que tienen un mayor tiempo de maduración.

Asimismo, ambos se diferencian del capital "semilla" por ser éste significativamente menor en cantidades de dinero, y encontrarse en un estadio de financiación previo a las formas descriptas precedentemente.

III. El financiamiento aplicado a hechos concretos

Un ejemplo claro se da con Grid Exponential, la compañía *builder* de empresas que apoya la generación de *startups* de base científica tecnológica. Esta empresa posee un fondo de 10 millones de dólares para apoyar a la biotecnología. Gracias a este fondo se crearon empresas como Bitgenia, una plataforma bioinformática para transformar datos genómicos en información valiosa para mejorar la salud y la alimentación; y Stamm, modelo para la producción biotecnológica a baja escala que presentó la primera patente mundial para un biorreactor de flujo laminar de escala industrial.

Luego, también dentro del mismo fondo, se creó Beeflow dedicada a mejorar el rendimiento del cultivo con las abejas y reducir la disminución de su población mediante el

uso de las tecnologías vinculadas a la biología molecular, IoT (*internet of things*)[1], drones y botánica en general.

El fondo cuenta con apoyo de firmas líderes como Grupo Insud, Bioceres, Bagó, Gador y Vicentin, entre otros inversores.2

IV. Las burbujas tecnológicas

Las "burbujas" de las empresas tecnológicas aparecen por la enorme inversión que realizan al lanzar ofertas públicas iniciales que permiten a los inversionistas y empresarios sacar provecho de grandes fortunas mediante la venta de acciones de sus compañías.

Tenemos un antecedente en el año 2001 de la primera burbuja tecnológica, cuando el NASDAQ en torno a estas empresas cayó de 5 mil puntos a 2 mil3 y continuó en caída hasta los 1.114 mil puntos.

Tejedor, en su artículo "*Análisis comparativo entre la Burbuja Dotcom y la Burbuja 2.0 a través del papel del Venture capital en la nueva economia*" (2015), comenta las razones por la cual -no es posible equiparar ambas crisis por ser el crecimiento de las empresas actuales mucho más sólido. Sin embargo, existe cierta preocupación por la posibilidad de que se repita la historia.

Ahora bien, el rápido crecimiento de empresas como UBER (que ha recaudado 22 mil millones de dólares de los inversores) podría ser peligroso financieramente y, por otro lado, está revolucionando numerosos ámbitos que van desde el servicio de transporte de pasajeros

[1] IoT (internet of things) es la interconexión a través de Internet de dispositivos informáticos integrados en objetos cotidianos, esta situación les permite enviar y recibir datos. A través de IoT se conectan dispositivos a internet o a otros aparatos para realizar nuevas funciones, por ejemplo controlar elementos inteligentes de forma remota.

[2] Véase https://www.grupoinsud.com/llega-bioargentina-el-encuentro-de-vinculacion-entre-investigadores-emprendedores-y-empresas-lideres/

[3] Véase https://economipedia.com/definiciones/burbuja-de-las-punto-com.html

hasta el delivery de comida. Sin embargo, perdió 8.5 mil millones de dólares en 2019 y recién estiman que tendría mejoras en sus ingresos hacia finales de este año 2020.4

V. La crisis de las Puntocom

En todo el ámbito de las inversiones masivas se dan las crisis de las denominadas empresas "puntocom" o empresas de tecnología. Como se explicaba anteriormente, la primera y -hasta el momento- la única crisis fue la del periodo 1997-2001 en donde las bolsas de valores de mercados occidentales vieron un creciente aumento de su valor debido al avance de dichas empresas (Glatzl, 2016: 2).5 Luego, dentro del periodo 2000-2003, decayó su credibilidad, por lo que desaparecieron 4854 compañías de Internet, ya sea por haberse fusionado con otras o por quiebra. Esta situación derrumbó el mercado financiero y produjo lo que se llama la "crisis de las puntocom".6

En específico, el problema radicaba en que había demasiadas empresas con el mismo plan de negocios que intentaban monopolizar sus respectivos sectores pudiendo todas realizar las mismas actividades. Luego del crecimiento exponencial que muchas de ellas tuvieron en el NASDAQ,7 sólo algunas pudieron mantenerse en dicho nivel y la mayoría tuvo que fusionarse o desaparecer.

Podemos decir que la crisis se produjo por la falta de control de ingreso al mercado que poseían dichas empresas y que, entonces, un control cauto pero necesario podría haber significado una garantía mayor para las acciones que éstas cotizaban.

---

[4] Véase https://www.theverge.com/2020/2/6/21126965/uber-q4-earnings-report-net-loss-revenue-profit-2019

[5] Véase https://www.scss.tcd.ie/publications/theses/diss/2016/TCD-SCSS-DISSERTATION-2016-048.pdf

[6] Empresas que colapsaron como consecuencia de la crisis fueron: pets.com, webvan.com, etoys.com, Geocities, TheGlobe.com, Go.com, Flooz.com, drkoop.com, kozmo.com, garden.com, entre otras.

[7] Segunda Bolsa de Valores electrónica, más grande de Estados Unidos.

VI. El alcance de la Ley de Entidades Financieras 21.526

La Ley de Entidades Financieras 21.526 (en adelante, "LEF") contempla en el artículo 2, en principio, las organizaciones a las que se le aplicará la ley. Se incluye a i) bancos comerciales; ii) banco de inversión; iii) bancos hipotecarios; iv) compañías financieras; v) sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; vi) cajas de crédito. Dicha enumeración es meramente enunciativa quedando a discreción del Banco Central de la República Argentina ampliar la lista de los sujetos comprendidos siempre que lo aconseje el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia.

Otro aspecto importante es que para que la LEF se aplique tiene que existir intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

La intermediación, por contraposición a la mediación, es interposición. Es decir que intermedia la persona que se encuentra en el medio de un negocio formando parte de aquél, encontrándose ante un supuesto de asunción de riesgos (De La Parra, 2011). En efecto, compromete su patrimonio. Claramente dicha situación se puede observar en los bancos que agregan los créditos que otorgan a los activos de sus balances contables y los depósitos que reciben en sus pasivos.

Lo que se estipula en el artículo 3 de la LEF es, entonces, la posibilidad de agregar a su campo de aplicación, a discreción del Banco Central, a cualquier otra entidad que, sin perjuicio de no realizar intermediación financiera, su inclusión se justifique en el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia.

Las entidades que quedarían fuera del alcance de la LEF serían quienes a) solo captan recursos del mercado porque no realizan intermediación; b) solo colocan en el mercado recursos propios porque tampoco realizan intermediación; y c) quienes no tienen habitualidad, entendida como una forma continua de ejercer dicha actividad, y no esporádica (De La Parra, 2011). Se debe agregar como excluidos de dichos incisos a quienes realizan intermediación financiera, pero de manera privada, sin recurrir al ahorro público que es en lo que, efectivamente, se basa la regulación de estas entidades por poseer el erario público una protección constitucional.

VII. Conflicto entre bancos y Fintech. Soluciones legislativas en el derecho comparado.

Como podemos observar la LEF no pudo prever la regulación de las nuevas formas de servicios financieros conocidos como Fintech, y esta situación generó descontento en las

entidades sí reguladas, dado que estas últimas –de mínimo– necesitan una autorización para comenzar a operar brindada por el Banco Central, cuando las Fintech simplemente se "largan" al mercado.

En todo el mundo se han esbozado alternativas que van desde la desregularización de la banca con la introducción de códigos de ética (orientados a darle la posibilidad a las propias compañías de establecer una regulación interna y, en el mismo camino, eliminando los obstáculos que acentúan el conflicto entre las *Fintech* y las entidades financieras clásicas que sí están alcanzadas por las regulaciones estatales por parte de las empresas que realizan estas actividades), hasta la aplicabilidad de las mismas reglas para todas las personas jurídicas que realicen intermediación financiera.

Ejemplos de normativas pioneras en el mundo se dieron en el Estado de Nueva York, Estados Unidos. En este caso, dicha normativa –denominada "*bitlicense*"– establece que todas las monedas virtuales deben tener, para ser válidas, una aprobación del *New York Department of Financial Services (NYDFS)* para lo cual deben cumplimentar ciertos requisitos que se orientan a la confiabilidad de ésta.8 Sin embargo, esta normativa se encuentra bajo revisión por los altos requerimientos que presenta y seguramente se planteará una flexibilización de dichos requerimientos.

Otra normativa destacada es la "*Ley para regular las instituciones de tecnología financiera*" del Congreso de México9 que se caracteriza por permitir a las empresas Fintech y a las de *crowdfunding* funcionar de forma legal en el territorio de México con autorización previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Además, permite el uso de las criptomonedas bajo aprobación del Banco de México.

En Colombia, por su parte, se sancionaron dos normas relacionadas con la industria financiera por medios electrónicos. Una de ellas, sancionada el 15 de julio de 2010, el decreto

[8] Véase https://ciphertrace.com/new-york-bitlicense/

[9] Véase http://www.blackboxmx.com/fintech

2.555/201010 que trata, entre numerosos temas, los depósitos electrónicos. En el decreto mencionado se establece que los depósitos deben estar asociados a más de un mecanismo que permita a su titular –mediante documentos físicos o mensajes de datos–, extinguir una obligación dineraria, transferir fondos o hacer retiros de dinero. Lo interesante es que, al agregar a los mensajes de datos, se establece que la voluntad de los contratantes podrá ser probada mediante el intercambio obligatorio de datos virtuales necesarios para llegar a crear el vínculo jurídico objeto del potencial proceso judicial.

Luego, con fecha 21 de octubre de 2015 se sancionó la ley 17.357 que promueve el acceso financiero a servicios transaccionales electrónicos. En esta ley se establece una sólida regulación a las Fintech, incluso asignándoles la denominación de "*instituciones financieras*". Además, en el artículo 2 de la mencionada ley se introducen las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos ("*SEDPES*") a las cuales se les asigna un capital mínimo sometiéndolas a fiscalización estatal permanente. El ente encargado de la supervisión es la Superintendencia Financiera de Colombia.11

En Perú, el Congreso sancionó la ley 29.985 de dinero electrónico en el año 2013. En ella se establece el marco legal para la creación y supervisión de empresas emisoras de dinero electrónico y se crea un nuevo tipo societario, las Empresas Emisoras de Dinero Electrónico siendo el dinero electrónico un valor monetario representado por un crédito exigible que posee determinados caracteres: (i) debe ser almacenado en un soporte con medios ópticos; (ii) debe ser aceptado como medio de cancelación de deudas por terceras personas; (iii) debe ser emitido por un valor nominativo igual al de los fondos recibidos; (iv) debe ser convertible a dinero en efectivo; (v) no debe constituir depósito ni intereses. Por otro lado, esa regulación no permite los préstamos de dichos montos captados por estas empresas.12

---

10 Véase https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10085816/reAncha/1/c/0

11 Véase https://www.lexargentina.com/single-post/2018/06/30/El-status-jur%C3%ADdico-de-las-empresas-Fintech-y-el-desaf%C3%ADo-que-supone-su-regulaci%C3%B3n

12 Véase https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-las-caracteristicas-basicas-del-dinero-electr-ley-n-29985-890156-1/

Lo novedoso de ello es que las emisoras de dinero electrónico se encuentran obligadas a constituir fideicomisos por el monto emitido siendo los usuarios del dinero electrónico los beneficiarios del patrimonio de afectación de estos fideicomisos. De esta forma, se aplica una obligación de constituir reserva legal por los depósitos recibidos que suelen tener las entidades financieras. Asimismo, necesitan previa aprobación del Estado para iniciar sus actividades con dictamen previo del Banco Central de Reserva del Perú.

VIII. La legislación en el Reino Unido. Su particularidad.

En el Reino Unido la Financial Conduct Authority (FCA) es la entidad que regula a las Fintech. Bajo dicha autoridad se pudo observar mucho interés tendiente a mejorar las reglas aplicadas a los mercados en los que estas empresas tienen que desenvolverse. Por ello, se creó una comisión para evaluar el impacto que podían llegar a tener las criptomonedas y los DLTs (*distributed ledger technology*)[13] en el Reino Unido para considerar las más apropiadas políticas para su regulación.

En el informe de dicho comité ("*Taskforce*") se enumeraron los riesgos que englobaban estas nuevas prácticas financieras: (i) riesgos relacionados al crimen financiero, como el hecho de que las criptomonedas puedan ser usadas para actividades ilícitas o amenazas cibernéticas; (ii) riesgos hacia los consumidores, que podrían comprar productos que luego no se adecuen a lo que el comprador pretendió obtener de buena fe de dicha transacción, estar expuestos a alguna actividad fraudulenta, problemas o fallas técnicas para acceder a los servicios que proponen dichos mercados en razón de sus derechos; (iii) riesgos para la integridad del mercado, que pueden relacionarse con las pérdidas para los consumidores y los daños a la confianza en el mercado; (iv) potenciales implicancias para la estabilidad financiera, que pueden aparecer si el mercado crece y las criptomonedas expanden su ámbito de actuación siendo más aceptadas y conocidas por los usuarios.14

[13] La tecnología de contabilidad distribuida es una base de datos que gestionan varios participantes, en diferentes sitios y, por lo tanto, no tiene una administración central disminuyendo los fraudes y la manipulación y aumentando procesos de transparencia en por ejemplo intercambios digitales.

[14] Véase https://es.cointelegraph.com/news/britain-introduces-crypto-task-force-to-foster-fintech-innovation

El mencionado trabajo de investigación por parte del Comité Taskforce fue el primer paso para la creación de normativa que no tiene como finalidad establecer obstáculos para la creación de las Fintech, sino otorgar a los nuevos proyectos digitales la posibilidad de ampararse bajo un marco jurídico más seguro y con reglas claras que incentivan el desarrollo de las empresas en el sector financiero digital.

Además, se notó por parte del gobierno británico –a través de la FCA– un esfuerzo por la armonización de normas, regulaciones y la reducción del coste de cumplimiento normativo a través del desarrollo de reglas legibles por máquinas. En tal camino es que la FCA suscribió el *Memorandum of Understanding* con el Financial Reporting Council (FCR), y anunció el inicio de esquemas piloto de regulación de soluciones de asesores digitales para ayudar a las Fintech a cumplir con la regulación.

A su vez, se han realizado proyectos para crear plataformas compartidas en los que el gobierno y la industria *Fintech* colaboran juntos para eliminar las barreras de ingreso que poseen las *startups* financieras. Dicha colaboración comprende, entre otras, el desarrollo de la infraestructura necesaria durante la primera etapa.

En muchas oportunidades las *Fintech* y los bancos entablan proyectos en común para aprovechar las ventajas que pueden obtener de los sistemas que cada entidad tiene en el mercado. Esto se ve reflejado en, por ejemplo, la realización de un diseño de estándares de industria para facilitar la colaboración entre empresas *Fintech* y bancos tradicionales.

IX. Sandbox regulatorio

Los *sandbox*[15] regulatorios que, entre otros países, ya se aplican en Gran Bretaña, Holanda, Hong Kong y Singapur, son campos de pruebas para nuevos modelos de negocios que aún no están protegidos por una regulación vigente, supervisados por las autoridades regulatorias.

El objetivo de los *sandbox* regulatorios es adecuar el cumplimiento de las estrictas regulaciones financieras al crecimiento de las Fintech teniendo en cuenta sus ritmos de

[15] Véase https://www.unsgsa.org/files/1915/3141/8033/Sandbox.pdf

adaptación. Esto ayuda a no impedir el desarrollo de estas empresas y, a la vez, acompañar a los consumidores en todo el proceso de cambios en la regulación.

La palabra *sandbox* refiere a una "caja de arena" y su significado se extiende a un ambiente controlado en donde los usuarios prueben los servicios que provean las empresas tecnológicas involucradas con servicios financieros sin correr el riesgo propio que puede acarrear la falta de regulación.

Un ejemplo de ello se puede observar en Suiza, donde las Fintech que realizan las actividades que normalmente estarían sujetas a requerimientos de licencias específicas, lo hacen sin necesidad de obtener dichas licencias. La contracara es la aplicación de restricciones en la cantidad y el plazo de retención de fondos que poseen.16

X. La situación normativa en Argentina

En Argentina, hasta el momento, no existe una ley específica que regule la actividad de las Fintech. Debido a esto, no se pueden resolver muchos de los reclamos de los bancos respecto del detrimento en la competencia que pueden ocasionar las altas barreras de ingreso e inversión. Estas barreras responden a los montos necesarios para adaptarse a las normativas de autorización, que impone la actividad financiera en el desarrollo común de sus operaciones o de las personas entendidas acá como consumidores, que pueden llegar a tener inconvenientes relacionados con las actividades de las Fintech (como los depósitos que realizan, las hipotéticas demoras en la acreditación de pagos o los créditos que solicitan).

Dicha situación no sólo conlleva un problema de pérdida de competitividad para las entidades financieras que están reguladas bajo el Banco Central, sino que también refleja una falta de seguridad jurídica para muchas *startups* argentinas que se encuentran liderando el mapa mundial en las actividades de financiamiento a través de plataformas digitales.

16 Véase https://www.icex.es/icex/es/Navegacion-zona-contacto/revista-el-exportador/mercados/REP2019831214.html

IX. A. El Banco Central frente a las Fintech

En la actualidad existe un plan del Banco Central para comenzar a regular las actividades de las *Fintech* que se centra, principalmente, en dos pilares:

1) Restringir ciertas operaciones usadas por algunas de las empresas para eludir el pago de impuestos sobre el crédito y débito bancario.

2) Cuidar a los ahorristas limitando las transacciones que las Fintech realizan con los montos invertidos en dichas plataformas.

En tal sentido es que el 9 de enero de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Comunicación "A" 6859/2020.

A través de dicha regulación, el Banco Central dispuso que los fondos de los clientes acreditados en cuentas de pago ofrecidas por Proveedores de Servicio de Pago (PSP)[17] deberán encontrarse, en todo momento, disponibles por un monto al menos equivalente al que fue acreditado en cuenta. Esto, para que dichos montos estén disponibles al momento de ser requeridos por el cliente.

Además, ante la solicitud expresa del cliente, los saldos acreditados podrán ser transferidos para aplicarse a la realización de operaciones con "fondos comunes de pago" en el país, debiéndose debitar la cuenta de pago. En este último caso, se requerirá que los saldos invertidos sean informados de manera separada del resto.

En caso de realizarse transacciones relacionadas con pago de proveedores, pago de sueldos, o similares que tengan un curso de salida periódico y corriente se debe utilizar una

[17] Personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplen al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos, tal como ofrecer cuentas de pago –cuentas de libre disponibilidad ofrecidas por un PSP a sus clientes para ordenar y/o recibir pagos.

cuenta a la vista "operativa" distinta a la cuenta en donde se encuentren depositados los fondos de los clientes.

Finalmente, la comunicación dispone que se sancionará a los Proveedores de Servicio de Pago, miembros de sus órganos de gobierno, administración y fiscalización, por incumplimientos a la presente comunicación con las sanciones previstas en los artículos 41 y 42 de la LEF y concordantes.

Si bien la reglamentación es un paso hacia la regulación de dichas compañías, todavía no existe una ley específica que regule toda la actividad que las Fintech pueden desarrollar en el mercado.

IX.B. Regulación del comercio electrónico. Aplicación subsidiaria a las contrataciones con empresas Fintech

La etapa precontractual, que se define en los artículos 990 a 993 del Código Civil y Comercial de la Nación (Tratativas contractuales), es de vital importancia en los contratos electrónicos. En dichos artículos se hace mención a la libertad de negociación y al deber de buena fe contractual.

Asimismo, el deber de confidencialidad cobra especial importancia no pudiendo ser divulgados los datos sensibles que se recaben en dicha etapa de negociación.

Desde el comienzo de la relación comercial encontramos un desequilibrio en las partes. Dicho desequilibrio tiene que estar contemplado desde el inicio de las tratativas. En tal sentido, las empresas Fintech tienen el deber de informar al cliente de todas las operaciones que puede realizar, y aconsejar al cliente de acuerdo a lo que éste está buscando.

Respecto del deber de información debe tenerse en consideración lo que establece la ley 24.240 de Defensa del Consumidor en el artículo 4: información cierta, clara y detallada, además, debe brindarse desde el comienzo de las tratativas contractuales debido a que el proveedor conoce de su posición dominante durante toda la relación comercial.

La obligación de asesorar no está relacionada con orientar al consumidor a obtener un resultado, un bien o servicio, sino a informar cuál es aquel servicio que más se ajusta a sus necesidades (por ejemplo, en el caso de los *brokers* online se puede observar como primero realizan una encuesta al usuario para encuadrarlo en un perfil financiero y, luego, en razón de

los resultados, aconsejan al usuario en donde realizar inversiones teniendo en cuenta lo que ese perfil de inversor busca obtener). Luego, el riesgo de las operaciones que se realicen –salvo, dolo o fraude en el asesoramiento– son a costa del inversor.

Respecto de la contratación electrónica, la Ley de Defensa del Consumidor también establece un plazo de diez (10) días a favor del consumidor para retractarse de la compra contando desde la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato (lo último que ocurra). Se debe informar, siempre, de dicho plazo a favor del usuario recalcando el deber de información18 (artículo 4, Ley de Defensa del Consumidor) que recae sobre los proveedores.

Finalmente, es importante mencionar la ley 25.506 del año 2001 que otorgó reconocimiento al empleo de la firma electrónica19, digital20 y su eficacia jurídica. La firma digital, para ser tal, debe cumplir con la existencia de un certificado digital, expedido por una autoridad certificante, que vincule los datos de verificación de la firma con su titular.

XI. Conclusión.

Como principio general, el Derecho debe adecuarse a los cambios que se producen en la sociedad y no dichos cambios al Derecho. De ahí el carácter dinámico de la abogacía. Por ello, es necesaria la implementación de una normativa que no sólo proteja a los usuarios de los servicios financieros vía plataformas virtuales, sino que, también, estimule la creación

[18] Dicha información tiene que ser gratuita, cierta, clara y detallada en todo lo relacionado a las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de comercialización.

[19] Conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital, por ejemplo, la clave para ingresar al cajero automático que cada uno posee respecto de su banco.

[20] Según el art. 2 de la ley 25506 será el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. Dicha firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultánea permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

de una nueva industria y facilite el acceso al crédito para desarrollar los proyectos que por falta de recursos quedan estancados.

Pudimos observar que la mejor forma de crear ambientes tendientes a esa regulación es a través de los *sandbox* regulatorios que ya se aplican en otros países. Éste parece ser el mejor punto de partida.

Por otro lado, prohibir las Fintech o aplicarles los mismos requisitos que a las entidades financieras en el ingreso al mercado conservaría las altas barreras de ingreso que poseen en ese rubro. Por ende, la aplicación de una regulación acorde al nivel de negocios sería un avance en favor de la defensa de la competencia y de una mayor libertad de mercado.

Del mismo modo, incluir regulaciones a dicho mercado facilitará la protección de los usuarios que accedan a esos servicios, así como intentará evitar estados de crisis como las sucedidas en el pasado, y la quiebra de muchos negocios que en un comienzo pueden parecer prometedores y propicios para la inversión, pero que en realidad son "burbujas" que confunden a los mismos socios e integrantes.

Finalmente, es importante recalcar que la falta de regulación en esta área no es sólo de Argentina si no que puede vislumbrarse en otros países independientemente de la ubicación geográfica o económica que posean. Sin embargo, entendemos que es la oportunidad para avanzar sobre esta normativa, que puede ser objeto de réplica y adecuación en otros países.

No obstante, hay que tener en cuenta que la simple regulación es el primer paso, que no concluye hasta que se logra la efectiva aplicación de las normas con ayuda de los tribunales y de las entidades estatales encargadas de la supervisión del cumplimiento. No sería correcto simplemente sancionar una normativa para culminar la discusión legislativa de los problemas en la agenda y después no dotarla de aplicación ni actualización, como muchas veces sucede, por ejemplo, en el ámbito de la defensa de la competencia.

Bibliografía

BAÑUELOS CASTRO, L. M. (2018) "Las regulaciones Fintech del Reino Unido. La estrategia de inclusión financiera para México" *InterNaciones*, Año 5, número 14, mayo-septiembre 2018.

CHOMCZYK, A. (2017) "Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria fintech" *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías,* número 1, pp. 51-76.

DE LA PARRA, J. (2011) "La intermediación financiera y los límites a la competencia del Banco Central", *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa,* año II, edición N° 5, pp. 227-240.

FABIER DUBOIS, E. M. (2016) "Manual de Derecho Comercial" La Ley-Thomson Reuters, pp. 560-561 y pp. 756-764.

GLATZL, B. (2016) "The Next Tech Bubble – Lessons from the Dot-com Crisis for Today´s Investors, School of Computer Science and Statistics, University of Dublin", consultado en [https://www.scss.tcd.ie/publications/theses/diss/2016/TCD-SCSS-DISSERTATION-2016-048.pdf], el 20/2/2020.

MORA, S. y PALAZZI, P. (2019) "Fintech: Aspectos legales", *Colección Derecho y Tecnología,* Tomo I, pp. 67-77 y pp. 121-136.

ROMERO, J. I. (2004) "La actividad bancaria", *Lexis Nexis.* N° 0021/000270 ó 0021/000292.

TEJEDOR, F. J. (2015) "Análisis comparativo entre la Burbuja Dotcom y la Burbuja 2.0 a través del papel del Venture capital en la nueva economía", consultado en [https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/4259], el 20/2/2020.

EL MÉTODO R.O.P.A.
LA MATERNIDAD COMPARTIDA PARA PAREJAS DE MUJERES EN TIEMPOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Fiorella BIANCHI* *y Maximiliano* NITTO**

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2019

Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2019

Resumen

En el presente artículo se analizará la técnica de reproducción humana asistida denominada "método R.O.P.A.". Se comenzará por brindar una definición de dicha técnica, se explicarán los casos en los que puede ser utilizada y se analizarán los derechos sexuales y reproductivos en los que encuentra su fundamento. Posteriormente, se examinarán los tratados internacionales de Derechos Humanos, la normativa nacional y los derechos del colectivo

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) con orientación en Derecho Privado. Graduada con Diploma de Honor. Diplomada y maestranda en Bioética por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Integrante del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro titular del Comité de Bioética Clínica del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez y del Comité de Ética en Investigación de la Fundación Sanatorio Güemes. Contacto: fiorella.bianchi.c@gmail.com

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) con orientación en Derecho Privado. Magíster con título de honor en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO). Coordinador institucional del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Contacto: maximilianonitto@gmail.com

LGTBI. Finalmente, se comentará una reciente sentencia del fuero Civil y Comercial Federal dictada en el marco de un amparo de salud.

Palabras clave

Método R.O.P.A. – técnicas de reproducción humana asistida – maternidad compartida – Derecho de la salud – derechos sexuales y reproductivos – LGTBI – pareja de mujeres – igualdad ante la ley – tutela antidiscriminatoria – matrimonio igualitario –amparos de salud - judicialización – obras sociales – empresas de medicina prepaga.

THE R.O.P.A. METHOD. SHARED MOTHERHOOD FOR WOMEN'S COUPLES IN TIMES OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Abstract

The present paper analyzes a human assisted reproduction technique named the "R.O.P.A. method". We will begin by providing a definition of this specific technique, the cases in which it can be used, and the analysis of the sexual and reproductive rights related to its legal grounds. Subsequently, we will examine International Human Rights Treaties, national regulations and the LGTBI rights. Finally, we will comment a recent ruling issued by the Federal Civil and Commercial Court in this regard.

Keywords

The R.O.P.A. method - assisted human reproduction techniques - shared motherhood - health rights - sexual and reproductive rights - LGTBI - women's couples - equality before the law - anti-discrimination guardianship - egalitarian marriage - judicial procedure - state healthcare - unions healthcare - private healthcare companies.

I. Introducción

I.A. Definiciones y consideraciones preliminares

Algunos años atrás habíamos advertido que la Argentina debía traer claridad sobre la postura adoptada frente a la técnica de reproducción humana asistida denominada "gestación por sustitución" (NITTO y BIANCHI; 2017). Allí reflexionábamos acerca de las dificultades que tienen las mujeres imposibilitadas de gestar, los hombres solteros y las parejas de hombres para ejercer su derecho a formar una familia de origen biológico sin la posibilidad de recurrir a una mujer gestante.

En esta oportunidad, analizaremos los derechos que les asisten a las parejas de mujeres para concretar un proyecto de parentalidad con material biológico propio.

El método R.O.P.A., por sus siglas "Recepción de Ovocitos de la Pareja", es una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad que le permite a una pareja compuesta por mujeres llevar adelante una maternidad compartida, con la participación activa de ambas. Este método posibilita que una de las integrantes de la pareja sea la madre genética –es decir, la que aportará los óvulos– y la otra, la madre gestante –quien llevará adelante el embarazo–.

Dicho método adquiere especial relevancia en parejas de mujeres en las que una de ellas –por su edad o por condiciones de salud– no cuenta con óvulos fértiles y la otra sí, permitiendo que no sea necesario acudir a un donante de gametos femeninos. No obstante ello, este método también puede ser aplicado en parejas de mujeres que no se encuentran en esta condición pero que desean llevar a cabo una maternidad compartida.

El método R.O.P.A. es similar a una fecundación in vitro convencional; requiere la estimulación ovárica de la mujer que aporta sus ovocitos y una vez que se han extraído los óvulos, se realiza la inseminación con semen de un donante anónimo, formando un embrión que luego será transferido dentro de la cavidad uterina. Sin embargo, la diferencia con una fecundación in vitro convencional radica en que, en lugar de implantarse el embrión en la mujer que aportó los óvulos, será su pareja femenina quien lo recibirá y gestará. De esta manera, las dos mujeres pueden participar activamente del embarazo.

I.B. Derecho a la salud, derechos sexuales y reproductivos

La Organización Mundial de la Salud (la "OMS") ha definido a la salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o*

enfermedades".[1] Tanto en el ámbito nacional como internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad,[2] de forma tal que este bienestar físico, mental y social constituye un derecho fundamental del ser humano.

La Constitución Nacional reconoce el derecho a la salud en su artículo 42, estableciendo que: "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (…) a la protección de su salud*". La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha sostenido que el derecho a la salud constituye un presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas.[3] Podemos decir, entonces, que emerge una suerte de trinomio indisoluble entre el derecho a la salud, el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Adicionalmente, de forma adyacente a los derechos mencionados, debemos tener en consideración a los derechos sexuales y reproductivos, entre los cuales se encuentra el derecho a la planificación familiar.[4] Así, en el plano internacional, la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo[5] constituyó un punto de inflexión histórico en el avance de los

[1] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), en vigor desde el 7 de abril de 1948. Dicha definición no ha sido modificada desde 1948.

[2] Coincidiendo con LAMM (2017), la dignidad es la "fuente", el fundamento, el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos.

[3] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho", 24/10/2000; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley N° 16.986", 01/06/2000.

[4] La Organización Mundial de la Salud define a la planificación familiar como "*un modo de pensar y vivir adoptado voluntariamente por individuos y parejas, que se basa en conocimientos, actitudes y decisiones tomadas con sentido de responsabilidad, con el objeto de promover la salud y el bienestar de la familia y contribuir así en forma eficaz al desarrollo del país*".

[5] Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, llevada a cabo en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

derechos sexuales y reproductivos de las personas. Retomando la definición de "salud" brindada por la OMS, el Programa de Acción de dicha Conferencia define a la salud reproductiva como "*un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos*".[6] Allí se explica que "*la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia*".[7]

Por su parte, la reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 75 inciso 22 a la norma suprema, reconociéndose –a través de los tratados internacionales de Derechos Humanos– el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva como dos derechos humanos, distintos entre sí, pero que a su vez no pueden ser inescindibles.

De esta forma, la regla de supremacía constitucional y convencional establecida en los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional fue el primer eslabón en el reconocimiento del derecho a gozar de una sexualidad libre, sin coacción, discriminación ni violencia alguna, a elegir entre tener o no hijos/as, cuándo y cómo hacerlo. Cabe resaltar que tanto el derecho a la salud sexual como los derechos reproductivos son una parte fundamental del derecho a la salud, siendo –además– inescindibles de otros derechos humanos, tales como el derecho a la dignidad.

La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo, evitando y resolviendo los obstáculos que los individuos o las parejas pudieran tener para llevar a cabo su proyecto autorreferencial de vida. Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para llevar a cabo un proyecto de familia, y de optar por recurrir a métodos de fertilización asistida ante la imposibilidad de lograr un embarazo. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de esos derechos incluyen el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

---

[6] Informe de la Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, llevada a cabo en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf].

[7] Informe de la Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, op. cit.

II. Marco normativo. Tratados internacionales de Derechos Humanos y normativa nacional

II.A. Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Como fuera explicado en el apartado anterior, al ser los derechos sexuales y reproductivos parte del bloque de derechos sociales que consagra la Constitución Nacional, el Estado argentino tiene la obligación internacional (artículo 31, Constitución Nacional; artículo 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y, artículo 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) de:

a. Garantizar el derecho a la planificación familiar receptado en el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En especial, el Estado debe allanar el camino para que –como en estos casos– las parejas de mujeres puedan conocer sus derechos y ejercer la maternidad de la forma que crean más conveniente, optando por el método de fertilidad que mejor se adecúe a sus necesidades. De dicha convención surge, también, la importancia de la maternidad como función social (artículo 5 inc. b) y el rol del Estado en la adopción de medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular, promover condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, otorgándoles los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (artículo 16).

b. Respetar los derechos de las personas en igualdad de condiciones. Así, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos). En este último sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el precedente "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", de fecha 25/11/2012, de la siguiente manera: "*… el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (...) este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad (…) la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos...*".

c. Garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (artículo 14 inc. "b" del protocolo de San Salvador y artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

d. Reconocer que toda mujer tiene derecho al goce, ejercicio y protección de todos los derechos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y, f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley (artículo 4, apartados a, b, c, e y f de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará").

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17 establece que la protección a la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, en consecuencia, debe ser preservada por la sociedad y por el Estado.

En consonancia con ello, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre menciona en su artículo VI que toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. Concordantemente, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

Así, podemos afirmar que el derecho a constituir una familia debe considerarse y aplicarse a la luz del quinto párrafo de la Observación General Nro. 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que prevé: *"El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias…"*.

II. B. Normativa nacional

Ahora bien, en cuanto a la normativa nacional, en el año 2002 se sancionó la ley 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable con el propósito de que, entre otras cuestiones, la población alcance el nivel más elevado posible de salud sexual y procreación responsable, permitiendo la adopción de decisiones libres de discriminación, coacción y violencia.

En forma concordante con lo allí establecido, en el año 2013, en nuestro país se sancionó la ley 26.862 referida a los tratamientos de reproducción humana asistida (los "TRHA"), con el objetivo principal de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida a toda persona mayor de edad que habite el suelo argentino. De acuerdo con dicha ley, debe entenderse por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Sumado a ello, la citada ley 26.862 expresamente prevé en su artículo 8 que los diversos prestatarios de servicios de salud –sector público, obras sociales, empresas de medicina prepaga, entre otras– *"... incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".*

Tal como se puede apreciar, la Ley de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida fue sancionada con una mirada amplia y contemplativa de los derechos de los individuos, sin realizar ningún tipo de distinción o discriminación relacionada con el género, la orientación sexual o el estado civil de la persona o pareja.[8]

En el mismo año se sancionó el decreto 953/2013, reglamentario de la ley 26.862, cuyo artículo 2 definió que: "*Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en*

[8] Esto último, en consonancia con lo establecido en la ley 26.618 del año 2010, que consagró el matrimonio civil e igualitario entre personas del mismo sexo. Este aspecto será retomado y profundizado en el apartado 4 del presente artículo.

el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos".

Ahora bien, el método R.O.P.A. es una técnica de reproducción asistida de alta complejidad, debido a que el óvulo de la mujer aportante será unido con los gametos masculinos de un donante por fuera del aparato reproductor femenino para, una vez fecundado el óvulo, ser transferido a la otra integrante de la pareja.

Sentado lo anterior podemos verificar cómo la normativa,[9] si bien no hace expresa alusión al método R.O.P.A., prevé la posibilidad de que una técnica así pueda ser utilizada. Ello debido a que el decreto reglamentario menciona: i) por un lado, que las técnicas de fertilización asistida de alta complejidad, tales como la fertilización in vitro, quedan comprendidas dentro de la cobertura integral y obligatoria; ii) por el otro, que dichas técnicas pueden realizarse con gametos del cónyuge, de la pareja conviviente o de un donante; y (iii) finalmente, que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que excluyan individuos por su orientación sexual o estado civil.

Con la sanción de dicha normativa, nuestro país ha consagrado el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho humano, cuyo principal fundamento radica en los derechos de toda persona a su dignidad, libertad e igualdad. De esta manera, podríamos decir que se ha saldado una deuda que Argentina mantenía con sus habitantes respecto de sus derechos sexuales y reproductivos, principalmente con todas aquellas personas que por motivos económicos, de género u orientación sexual se veían impedidos y obstaculizados en concretar su proyecto de parentalidad.

[9] Tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario.

III. Los derechos de las personas LGTBI. Principios de igualdad y no discriminación

Desde hace algunos años el colectivo LGTBI[10] ha comenzado a vivenciar un avance positivo en el reconocimiento de sus derechos en general y, en particular, de sus derechos relacionados con la salud. Pese a ello, y si bien ha existido un gran progreso, aún queda mucho camino por recorrer.

Tal como hemos desarrollado en el apartado anterior, Argentina es un país que ha avanzado positivamente en la ampliación y reconocimiento de los derechos de las personas que integran este colectivo históricamente relegado y marginado. Sin embargo, en materia de derechos sexuales y reproductivos aún existen algunos obstáculos que debemos resolver para lograr que nuestro país garantice los derechos de todos sus habitantes en igualdad de condiciones y oportunidades.

De acuerdo con DÍAZ LAFUENTE (2016), son tres las causas de persecución y marginación de esta comunidad. La primera es la organización social patriarcal. La gran mayoría de las personas adultas crecimos y hemos sido educadas en sociedades donde se imponían estereotipos de género y una conducta guiada por patrones culturales y sociales con un claro predominio del varón por sobre la mujer. En segunda instancia, la configuración jerárquica y binaria del género, y finalmente el patrón heteronormativo de las relaciones afectivo-sexuales.

Todo ello ha confluido, seguramente, para que aún sea un desafío y una cuenta pendiente lograr que los tomadores de decisiones –entre ellos los gerenciadores y financiadores de la salud– reconozcan los derechos en igualdad de condiciones sin distinción de género y sexualidad (hombres, mujeres, parejas heterosexuales, parejas homosexuales, etc).

Esto último surge de manifiesto cuando las parejas de hombres o mujeres desean ejercer los derechos –especialmente el derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos– que las leyes les reconocen y se encuentran con tomadores de decisiones que

[10] Sigla que se utiliza para denominar al colectivo "lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales".

aplican una interpretación restrictiva de lo previsto en la norma, generando –en definitiva– una discriminación implícita por razones de género, sexo, orientación sexual y/o estado civil.

Sobre este último aspecto haremos alusión seguidamente cuando, al comentar el fallo "R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud" analicemos la interpretación parcial y restrictiva que la obra social y la prepaga han hecho de los derechos que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 les otorgan a toda persona mayor de edad que habite el suelo argentino.

Como se ha mencionado anteriormente, nuestro país posee algunas leyes de avanzada y ha sido pionera en la región latinoamericana en cuanto al reconocimiento y equiparación de derechos para la comunidad LGTBI. Sin embargo, aún resta que la sociedad en su conjunto acepte, reconozca y garantice que los derechos receptados en la normativa se hagan efectivos. Se trata de un cambio social de aceptación hacia lo diverso y de lo diferente respecto de lo históricamente aceptado.

La igualdad es un derecho y un principio que debe regir en toda sociedad, pues lo contrario implicaría formar parte de una comunidad regida bajo parámetros impuestos por un grupo determinado que detenta el poder de manera ocasional o habitual. En dicho sentido, nuestra norma fundamental es clara y marca el camino a seguir. El principio de igualdad y no discriminación surge de dicho cuerpo normativo y se refleja especialmente en los artículos 16, 75 inc. 19, 22 y 23. Así, el artículo 16 indica que: "*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley…*".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas oportunidades[11] acerca del alcance del artículo 16 de la Constitución Nacional, estableciendo que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias. Se entiende, entonces, que la orientación sexual no es causal para justificar la restricción a un derecho, máxime cuando, como en el caso, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida comprende el derecho a formar una familia, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho de la salud, a la identidad, a la diversidad, a la dignidad, entre otros.

[11] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Criminal c/ Olivar, Guillermo", 01/05/1875.

El artículo 75 inc. 19 de la citada norma reza: "*Proveer lo conducente al desarrollo humano… Sancionar leyes de organización… que aseguren… la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna…*". Adicionalmente, los incisos 22 y 23 del mencionado artículo 75, por un lado incorporan los tratados internacionales de Derechos Humanos y, por el otro, establecen la obligación de "*… Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad…*".

Como hemos expuesto anteriormente, el principio de igualdad y no discriminación tiene –a su vez– basamento en los tratados internacionales de Derechos Humanos, con especial relevancia en: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

IV. Fallo "R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud"[12]

IV.A. Hechos

El caso comentado encuentra origen en la demanda de amparo promovida por R. P., N. E., y su pareja, contra la Obra Social de Árbitros Deportivos de la República Argentina y

[12] Sentencia de Primera Instancia: Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 9, Secretaría 18, "R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud", 21/11/2019. Sentencia firme de Cámara: Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, "R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud", 14/02/2020.

Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica, con el objeto de obtener la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida denominado "método R.O.P.A.".

Allí, la accionante relató que se encontraba en pareja desde hacía cinco años con una persona de su mismo sexo, y que ambas tenían intenciones de formar una familia. Sin embargo, se encontraban impedidas de lograr este deseo puesto que, por su edad, una de ellas ya no contaba con óvulos fértiles. No obstante ello, explicó que su pareja S., F. N. sí estaba en condiciones de aportarlos y que podía ser realizado a través del método R.O.P.A.

A raíz de lo dicho, la médica recomendó dicho tratamiento, que consiste en la fecundación de uno de los óvulos obtenidos de una de las mujeres con espermatozoides provenientes de una muestra de semen de un donante para, finalmente, transferir el embrión resultante al útero de la mujer de la pareja que no aportó óvulos.

Luego de interponer numerosos reclamos ante la obra social y la prepaga –habiendo obtenido en todos ellos respuesta negativa expresa de las demandadas– y agotada toda vía administrativa, las accionantes debieron recurrir a la acción de amparo.

IV.B. Argumentos de las accionadas

Por su parte, los argumentos centrales de las accionadas para fundamentar la negativa a cubrir el método R.O.P.A. fueron:

a. Que las usuarias, al momento de ingresar a la prepaga, firmaron un contrato privado en el que se establecieron numerosos límites a la cobertura, entre ellos, los relativos a las técnicas de reproducción asistida. Adicionalmente, explicaron que brindan la cobertura establecida en el Programa Médico Obligatorio (el "PMO"), pero que las prestaciones exigidas por la parte actora están excluidas de dicho ámbito.

b. Que la donación de óvulos debía provenir exclusivamente de un banco de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimiento de Salud (el "ReFES") dependiente del Ministerio de Salud –y, por lo tanto, no podía ser "donado" por una de las integrantes de la pareja–.

Obsérvese que, de esta manera, las demandadas aplicaban una interpretación literal, restrictiva y parcial de un artículo del decreto reglamentario 953/2013 –que no guarda relación con la letra y el espíritu vertido en dicha norma ni en la ley 26.862– estableciendo la exigencia irrisoria e irracional de tener que recurrir a una donación anónima aun teniendo los gametos disponibles dentro de la propia pareja.

Cabe destacar, nuevamente, que de acuerdo con el artículo 8 de la ley 26.862 la cobertura integral de las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. De allí surge de manifiesto que la donación de gametos es la última ratio, es decir, a la que se debe recurrir cuando en la pareja no hay gametos fértiles o de buen material genético.

Ahora bien, respecto al argumento brindado por las demandadas, resta analizar que la orientación sexual no debería ser un impedimento para que un matrimonio compuesto por dos mujeres pueda cumplir su deseo de llevar adelante activamente un embarazo y un proyecto de familia. El método R.O.P.A. no puede ser considerado como una "donación de gametos" sino como un tratamiento en el cual un miembro de la pareja está compartiendo sus gametos con el otro, al igual que ocurre en un matrimonio heterosexual en el que el hombre comparte su esperma con su mujer. Hacer una diferenciación en este caso implica un acto discriminatorio contrario a la igualdad establecida en la ley 26.618[13] y en el Código Civil y Comercial de la Nación que en el artículo 402 establece: *"Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".*

En coincidencia con ello, es de especial aplicación el artículo 42 de la ley 26.618 que expresamente indica: *"Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo".*

[13] Comúnmente denominada como "Ley de Matrimonio Igualitario"

IV.C. Fundamentos de la sentencia

Finalmente, con fecha 21 de noviembre de 2019, el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 9, Secretaría 18, hizo lugar a la acción de amparo promovida por las actoras.[14] Para decidir en ese sentido, la jueza consideró:

Que tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario 956/2013 garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, de alta y baja complejidad, incluyan o no la donación de gametos, con el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida y que la autoridad de aplicación, al establecer criterios y modalidades de cobertura, no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Que la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud define el alcance de los tratamientos de alta complejidad referidos en el artículo 8, párrafo tercero del Anexo I al decreto reglamentario 956/2013 e incluye, las técnicas con ovocitos donados, la estimulación ovárica de la donante y la aspiración ovocitaria bajo control ecográfico, así como la estimulación endometrial receptora.

Que, por ese motivo, "*es dable concluir que si la cobertura de la estimulación ovárica y de la aspiración de ovocitos, así como de la estimulación endometrial de la receptora está contemplada en el caso de tratamientos con óvulos donados, no resulta razonable que no lo esté cuando los óvulos pertenecen a un integrante de la pareja que realiza conjuntamente el tratamiento de fertilización (cfr. CNCCFed. Sala I, causa 1574/19 del 28.05.19)*".[15]

Finalmente, para hacer lugar a la acción, consideró que los términos del contrato con la empresa de medicina prepaga, que excluye todo lo relativo a la infertilidad y fecundación

[14] Pronunciamiento luego confirmado por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, con fecha 14/02/2020.

[15] Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 9, Secretaría 18, "R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud", 21/11/2019.

asistida, no puede constituir un obstáculo para acceder a las técnicas de reproducción asistida tal como han sido previstas por las normas que regulan la materia.

V. Conclusión

A lo largo del presente artículo hemos analizado los avances que nuestro país ha llevado adelante promoviendo la ampliación de derechos, generando espacios de inclusión y aceptando las diferencias y la diversidad. No obstante, y si bien la normativa analizada es un gran punto de partida, aún queda mucho camino por recorrer.

El método R.O.P.A., en definitiva, no es más que una alternativa dentro de las diversas técnicas de reproducción humana asistida que las parejas de mujeres pueden utilizar para concretar su proyecto de parentalidad. Sin embargo, el desconocimiento y la falta de contemplación de este colectivo por parte de la sociedad, en más de una ocasión, termina traduciéndose en la vulneración de sus derechos fundamentales.

De allí nuestra necesidad de reflexionar acerca de esta temática y analizar cómo la redacción y la interpretación de los textos legales –especialmente en relación a determinados colectivos de personas– genera, o profundiza, una situación de vulnerabilidad a causa del género, la orientación sexual, el estado civil o la capacidad económica.

Así, debemos tomar conciencia de que los destinatarios de las normas –en el caso que comentamos, los financiadores del sistema de salud– no deben realizar una interpretación restringida y limitada cuando, en verdad, el legislador no tuvo esa intención. Por el contrario, tener en miras a una sociedad en constante evolución implica que todos podamos comprender que no debe existir discriminación en el goce y ejercicio de los derechos. A menos, claro está, que exista expresa limitación por parte del legislador y, de ser así, deberá estar debidamente fundada y justificada en valores supremos que sean coincidentes con los que emanan de nuestra norma fundamental y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

En este último sentido, es necesario recordar que subsiste cierto nivel de violencia institucional contra la comunidad LGTBI en la Argentina. Es responsabilidad de todos promover su erradicación. Acerca de este asunto, el experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o

identidad de género del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[16] ha recomendado a los Estados que promulguen leyes contra la discriminación que: i) expresamente incluyan entre los motivos prohibidos a la orientación sexual y la identidad de género, y ii) formulen políticas y programas específicos para poner fin a la espiral de discriminación y exclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y de género no conforme, entre otros.

Debemos destacar que cuando hablamos de violencia institucional no sólo nos referimos a la que emana de los organismos o dependencias públicas del Estado, sino que incluimos, también, a las empresas o instituciones privadas que, en ejercicio de su actividad y por diversos motivos, realizan interpretaciones erróneas y restrictivas de las normas, obstaculizando el goce y ejercicio de los derechos que le asisten a las personas que –de algún modo– se encuentran vinculados a ellas.

En especial, y como ha sucedido en el fallo que comentamos anteriormente, las obras sociales y empresas de medicina prepaga –como prestadoras de un servicio público esencial, como lo es la salud– deben abstenerse de anteponer intereses propios, criterios restrictivos basados en el desconocimiento de la igualdad de sus beneficiarios o usuarios, o motivaciones económicas, pues ello implicaría una práctica violatoria de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular.

Bibliografía

BACCINO G., BUENAVENTURA COROLEU L., y otros (2014) *Reproducción Humana Asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*. Valencia, Tirant lo Blanch.

DIAZ LAFUENTE, J. (2016) *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género.* Madrid, Concrego de los Diputados, p.30 y ss.

[16] Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. 14/05/2019, A/HRC/41/45.

FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. Y PEYRÓ GARIBO A., P.(Coords) (2016) *El futuro de los Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch.

LAMM, E., (2017) "La dignidad humana", Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, consultado en [http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana] el 2/03/2020.

NITTO, M. y BIANCHI F., (2017) "Gestación por sustitución: las graves implicancias de la ausencia de regulación de una práctica instaurada en la realidad argentina", *En Letra Civil y Comercial*, año 2, número 3, pp. 75-94.

PORTILLA, M., FRANCISCO, J., y otros (2019) *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI.* Valencia, Tirant lo Blanch.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MODA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

*Brenda SALAS**

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2019

Fecha de aprobación: 20 de diciembre de 2019

Resumen

La "moda es un sector altamente demandante y competitivo que se encuentra en constante movimiento". Cada estación recibe la llegada de nuevos diseños y tendencias, y también trae noticias respecto de aquellas prendas de vestir que se convierten en obsoletas. Es así que su concepción, producción y distribución esconde múltiples interrogantes, entre ellos, su régimen de protección jurídica. En esa orientación este artículo analizará cómo la propiedad intelectual protege a los diseños de moda a la luz del derecho comparado.

Palabras clave

Moda – propiedad intelectual – diseño – patentes – marcas – derechos de autor

LEGAL PROTECTION OF FASHION UNDER INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Abstract

Fashion is a highly demanding and competitive sector in constant motion. Every season arrival brings new designs and tendencies as well as obsolete clothing. Therefore, fashion conception, production and distribution hide multiple questions in regards of its legal

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. PhD en Derecho Privado de la Universidad Paris II Panthéon-Assas, Máster en Derecho Privado de la Universidad Paris II, Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Tesis Doctoral laureada y calificada suma cum laude. Autora de numerosos escritos y publicaciones en la materia. Consultora en temas de propiedad intelectual y de derecho privado.

protection regime. This article will analyze fashion design protection under comparative law perspective.

Keywords

Fashion – intellectual property – design – patents – trademarks – copyright.

I. Introducción

La "moda es un sector altamente demandante y competitivo que se encuentra en constante movimiento". Cada estación recibe la llegada de nuevos diseños y tendencias, y también trae noticias respecto de aquellas prendas de vestir que se convierten en obsoletas. Es así que su concepción, producción y distribución esconden múltiples interrogantes.

Pensemos, por ejemplo, en la siguiente situación hipotética: el titular de una marca europea quiere los diseños de un diseñador colombiano, pero para fabricar la prenda recurre a un fabricante que se encuentra en Bangladesh. Posteriormente, recurre a un distribuidor estadounidense para difundirla en este mercado. Este último decide exponerla en un desfile de moda que será fotografiado por numerosos sujetos, quienes posteriormente alojarán las imágenes en redes sociales como Instagram y Facebook (LARRIE y ASTIC, 2018).

Pues bien, este ejemplo permite ilustrar el panorama actual en el que se desenvuelve la industria de la moda. Es un asunto que involucra a todo el régimen jurídico y evoca diferentes cuestionamientos. Para el propósito de este artículo se abordará a la moda y su vínculo con la propiedad intelectual, pues es claro que la moda es un acto de creación intelectual protegido por esta disciplina (SALAS, 2019). Finalmente se expondrán unas conclusiones.

II. La moda como objeto de protección

El régimen de protección jurídica de la moda a la luz de la propiedad intelectual evoca un análisis particular pues no puede examinarse de la misma manera que otras industrias creativas como la audiovisual, la música, el software, entre otros. Su naturaleza efímera, sus

cortos períodos de vida y la creatividad reflejada en ella exigen un estudio específico (SALAS, 2019).

La moda se compone de bienes dirigidos al comercio internacional cuya característica es la de ser inmateriales protegidos por la propiedad intelectual. Justamente el artículo 25 del Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el comercio (ADPIC) así lo señala al establecer:

> "2. Cada Miembro se asegurará de que las prescripciones que hayan de cumplirse para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles —particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación— no dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Los Miembros tendrán libertad para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor".

De la norma en cita se destaca que los países miembros de la Organización Mundial de Comercio son libres de escoger el régimen de protección jurídica para las creaciones de la moda. En ese sentido, pueden optar por la protección mediante los dibujos o modelos industriales, o a través de los derechos de autor. No obstante, el estudio de la moda no puede limitarse a estas dos ramas de la propiedad intelectual, ya que es transversal a otras categorías como las marcas y las patentes.

Así pues, el vínculo que presenta la moda con la propiedad intelectual exige un análisis detallado en cuanto al objeto de protección. Por ello se examinará a la luz del derecho comparado su relación con los derechos de autor (A) y con la propiedad industrial (B).

II.A. La moda y el Derecho de Autor

El Derecho de Autor ha sido definido como aquella disciplina normativa que protege al autor con su obra y de esta con la sociedad (RENGIFO GARCÍA, 1997). El objeto de protección es la obra entendida como aquella creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser reproducida o divulgada de cualquier forma o medio (Decisión Andina 351 de 1993).

Para que la moda sea protegida por esta disciplina es necesario identificar si las creaciones vertidas en una prenda de vestir tienen el estatus de obra. En esa orientación, el *copyright* estadounidense (1) y el régimen de la Unión Europea (2) presentan respuestas en direcciones opuestas.

i. La moda en el *copyright* estadounidense

Inicialmente, en Estados Unidos existía un rechazo generalizado a la protección de las prendas de vestir *per se* mediante el *copyright* por cuanto estas se consideran funcionales. A lo anterior se suma la presencia de vacíos jurídicos en el Copyright Act que dificultan la posible aplicación de este régimen de protección para las creaciones de la industria de la moda.

En efecto, la sección 102 de esta norma consagra lo siguiente:

> "[2D] and [3D] works of fine, graphic, and applied art, photographs, prints and art reproductions, maps, globes, charts, diagrams, models, and technical drawings, including architectural plans. Such works shall include works of artistic craftsmanship insofar as their form but not their mechanical or utilitarian aspects are concerned." … "[S]hall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article."

La norma señala que una creación bidimensional o tridimensional de arte aplicado puede ser protegida bajo la categoría de obras gráficas, pictográficas o de escultura siempre que sus aspectos mecánicos y utilitarios no estén involucrados. Se protegerá en la medida en que los aspectos de diseño incorporados puedan ser identificados de manera separada y existan de manera independiente de los aspectos utilitarios del artículo.

En términos sencillos, para que la prenda de vestir pueda ser protegida, los aspectos funcionales deben ser separados del diseño de la prenda y deben existir de manera independiente a ella. Desde la perspectiva teórica parece sencillo, pero en el plano práctico surgen distintos interrogantes pues ¿Cómo debe realizarse esa separación? ¿La separabilidad debe ser física o conceptual?

Este tipo de cuestionamientos hizo necesario un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en efecto, en el asunto "Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc." esclareció el test para identificar en qué eventos el diseño de una pieza funcional como una prenda de vestir puede ser protegida por el *copyright*.

El litigio versó sobre los diseños de unos uniformes de porristas que oponían a dos productores de estos bienes: Star Athletica y Varsity Brands.

Design 299B
Registration No. VA 1-319-226

Design 299A
Registration No. VA 1-319-228

[1]

Star Athletica creó y ofreció en el mercado los uniformes a bajo costo compuestos de rayas, zigzags o estampados similares a los de Varsity Brands. Este último demanda a Star Athletica por infracción al *copyright*, respecto del cual el demandado se opone señalando que los diseños no son objeto de protección por cuanto su propósito utilitario es evidente, debido a que este diseño es el que le permite servir de uniformes para porristas.

Como se mencionó anteriormente, para que los trajes de porristas pudiesen ser protegidos era necesario que los aspectos de diseño pudiesen existir de manera independiente y ser identificados de manera separada de los elementos utilitarios que incorporan. Pues bien, la separabilidad nuevamente evocó cuestionamientos conduciendo a que la Corte Suprema de Justicia estadounidense se pronunciará al respecto y estableciera los criterios que deben observar las Cortes de grados inferiores.

Así el nuevo test establece lo siguiente: "un elemento que se encuentra incorporado en el diseño de un artículo útil es susceptible de ser protegido por el *copyright* sólo si el aspecto (1) puede ser percibido como una obra de arte de dos o tres dimensiones separada del artículo útil y (2) podría ser calificada como obra de escultura, gráfica o pictórica —sea en

[1] Consultado en [https://www.thefashionlaw.com/learn/varsity-brands-et-al-v-star-athletica] el 29/03/2020.

sí mismo o fijado en un medio tangible de expresión— si puede ser imaginado de manera separada del artículo útil en el cual es incorporado".[2]

Aplicado este test al caso particular comportaría la siguiente reflexión: ¿El estampado del uniforme puede ser considerado una obra de arte de dos dimensiones? Si la respuesta es afirmativa pasamos al segundo cuestionamiento: ¿Al imaginarla de manera separada del uniforme puede considerarse como una obra gráfica o pictórica? En el evento en que esta pregunta sea respondida de manera positiva, la solución del caso será que la creación de la moda será objeto de protección como obra gráfica, pictográfica o de escultura.

En otras palabras "no importa que si al remover los elementos decorativos el objeto se convierte en algo inútil."[3] Es decir, ya no resulta de interés si el uniforme de porristas sin los estampados no sirve para tal fin. La única cuestión que interesa es si el aspecto protegido puede existir de manera independiente.

Aparentemente, con este test la Suprema Corte dio cabida a la protección de creaciones de moda por el *copyright,* aunque, no resolvió todos los inconvenientes que su aplicación engendra pues tal tribunal asumió que "los diseños eran originales y lo suficientemente creativos para ser protegidos". Entonces los nuevos cuestionamientos giran en torno de la definición de originalidad.

A la luz del *copyright* estadounidense la originalidad ha sido entendida como la expresión de la huella personal del autor acompañada de cierto grado de creatividad.[4] Este concepto ha sido aplicado por la US Copyright Office al pronunciarse respecto de la protección de los tenis de Adidas denominadas Yeezy Boost 350 Versión 1 y Versión 2 por el *copyright*.

Inicialmente, esta autoridad era reacia a considerarlas originales pues se trataba simplemente de varias formas dispuestas en estampados o patrones comunes en esquemas

[2] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, "Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.", 22/05/2017.

[3] Op. cit.

[4] Al respecto puede consultarse TORREMANS (2007), p.5 y ss.

simples de colores. Después de evaluar varias reconsideraciones presentadas por Adidas, siguiendo el precedente expuesto en el caso "Feist Publications v. Rural Telephone Service Co", consideró que el diseño del zapato contenía suficiente grado de originalidad y expresión creativa reflejada en una creación de dos o tres dimensiones.[5]

Indicó que el trabajo es original si se analiza como un todo, es decir, los elementos individualmente considerados, los aspectos comunes como líneas, bandas o diseños de espiral por sí solos no son objeto de protección. En suma, la oficina estadounidense concluyó que la obra contenía suficiente grado de originalidad y autoría creativa.[6]

A la luz de estas consideraciones, parece sencillo obtener la protección jurídica del *copyright* en Estados Unidos. El régimen parece aplicarse sin mayores complicaciones para las creaciones bidimensionales, esto es los estampados, dibujos o diseños. Sin embargo, persiste la dificultad para los modelos tridimensionales en los que no siempre será fácil desligar el aspecto funcional del estético. A lo anterior se suma el análisis de originalidad que parece aplicarse a la creación intelectual percibida como un todo. En esa orientación, Estados Unidos se encuentra dando pequeños pasos en la aplicación de este requisito. En esa orientación, resulta pertinente estudiar las enseñanzas que presentó la Unión Europea sobre el particular.

ii. La moda en el Derecho de Autor europeo

El régimen jurídico del Derecho de Autor en la Unión Europea se encuentra compuesto por diferentes directivas que lo regulan, particularmente, en lo referente al Derecho de Autor en la sociedad de la información y de creaciones específicas como el *software* (Directiva 2001/29/EC). No obstante, en lo que concierne a la industria de la moda, las disposiciones legislativas guardan silencio. Frente a dicho vacío resulta necesario estudiar

[5] Corte Suprema de Estados Unidos, "Feist Publications v. Rural Telephone Service Co", 27/03/1991. Consultado en [https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/yeezy-boost.pdf] el 29/03/2020.

[6] Ídem.

la normatividad interna de los países miembros. En esa orientación, llama la atención el caso francés que ha establecido en su *Code de la Propieté Intellectuelle* que las creaciones de la industria de la moda serán protegidas como "obras del espíritu" (art. L112-2).

Pareciera que los Estados miembros son libres de proteger las creaciones de moda por el Derecho de Autor. Pese a ello, el reciente pronunciamiento del Tribunal General de Unión Europea permite observar otra dirección. Los hechos del litigio son los siguientes: G-Star invoca la protección del Derecho de Autor a tres prendas de vestir:[7]

Cofemel es su competidor, en consecuencia, reproduce dichas prendas en las suyas sacándolas posteriormente al mercado. G-Star se dirigió a la jurisdicción con el propósito de oponerse a dicha actuación. En esa orientación, solicitó a la jurisdicción portuguesa de primera instancia que ordene a Cofemel detener los actos de violación a los derechos de

[7] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tercera Sala, "Cofemel v. G-Star". 12/09/2019.

autor, así como los actos de competencia desleal e indemnizar los daños y perjuicios que sufrió. Indicó que ciertos modelos de jeans, camisetas y sacos producidos por Cofemel eran análogos a sus dos modelos. Sostuvo que estos últimos modelos de vestidos constituían creaciones intelectuales originales que deben ser calificadas de obras que se benefician de una protección a título del Derecho de Autor.

La demandada se opuso indicando que dichos modelos no podían ser calificados de obras beneficiarias del Derecho de Autor. Debido a las divergencias en la interpretación, la Corte Suprema de Portugal decide presentar una solicitud de interpretación prejudicial. En consecuencia, le pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el modelo de una prenda de vestir puede ser objeto de protección a la luz de la Directiva 2001/29/EC sobre Derechos de Autor.

Para dar respuesta al interrogante, el Tribunal de Justicia centra su análisis en el concepto de obra y los elementos que la integran. Así esclarece, por ejemplo, que el efecto estético que produce un modelo es el resultado de la sensación de belleza que cada persona experimenta. En consecuencia, la naturaleza subjetiva no permite en sí misma caracterizar la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad. Es decir, no permite identificar la personalidad del autor lo cual es necesario para satisfacer la exigencia de originalidad. Por eso concluye señalando por la negativa que el Derecho de Autor reconozca dicha protección.[8]

Ahora, en Colombia la legislación que protege al derecho de autor está compuesta por la Decisión Andina 351 de 1993 y la ley 23 de 1982, así como sus correspondientes reformas. Llama la atención la norma comunitaria, esto es, la Decisión Andina 351 que regula a las obras de arte aplicado, que son definidas como "aquella creación con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil ya sea una obra de artesanía o producida a escala industrial".

[8] Ídem.

Pareciera que esta es una categoría útil a la industria de la moda. A pesar de ello, la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia (DNDA) en un concepto del año 2016 señaló que las prendas de vestir no cumplen con la definición prevista en la Decisión Andina 351 respecto de la obra de arte aplicado. Al aplicar el principio en virtud del cual el Derecho de Autor no protege las ideas sino la forma como estas se expresan (Decisión Andina 351 de 1993, art. 7) indicó que, al existir un único medio de expresar la idea en el campo de la moda, el derecho de autor no puede ser reconocido por cuanto comportaría un obstáculo para los demás competidores en el mercado.[9]

En suma, el derecho comparado permite observar que las prendas de vestir como tales solamente gozan de protección en Estado Unidos bajo el *copyright* cuando sean originales. El debate se enfoca en el concepto de "originalidad". Los pronunciamientos jurisprudenciales, aunque actualmente son escasos, en un futuro cercano aumentarán. De manera contraria, las prendas de vestir *per se* no son amparadas en los países de tradición romano-germánica como la Unión Europea y Colombia por cuanto no satisfacen la categoría de "obra" y de "obra de arte aplicado", respectivamente. Estas reflexiones conducen a analizar otras alternativas de protección para las creaciones de la industria de la moda a la luz de la propiedad industrial.

II. B. Moda y Propiedad Industrial

Tradicionalmente, la propiedad industrial se clasifica en dos disciplinas a saber, las nuevas creaciones y los signos distintivos de carácter mercantil (POLLAUD-DULLIAN, 2011). Mientras que las nuevas creaciones tienen como finalidad amparar a las innovaciones de carácter técnico y estético los signos distintivos protegen en sentido amplio la relación existente entre la clientela y el empresario (POLLAUD-DULLIAN, 2011). La moda se caracteriza por ser transversal a estas disciplinas jurídicas, en esa orientación resulta necesario estudiar su vínculo con los signos distintivos (1) y las nuevas creaciones (2).

[9] Ver DNDA Concepto Rad. 1 - 2016 – 18762.

i. La moda y los signos distintivos

Los signos distintivos se componen de una serie de elementos útiles para la industria de la moda. Dentro de la familia de los signos distintivos se destacan las indicaciones geográficas, el nombre comercial, entre otros. No obstante, el signo al que con frecuencia recurre la industria de la moda es al de las marcas. Entendidas como "un signo que permite diferenciar los productos o servicios de una empresa de los de otra"[10] desempeñan un rol muy importante en la industria de la moda pues permiten identificar al diseñador, a la casa de alta costura, o al creador de moda rápida. (SALAS, 2017).

La marca usualmente se conforma de una sola palabra (Chanel), de un número (501), o de un dibujo (cocodrilo). Sin embargo, la industria de la moda quiere extender su monopolio a aspectos particulares que se integran a la prenda de vestir o al accesorio.

En el campo de la moda despiertan interés las marcas no tradicionales, a saber, las marcas de posición (i), las de color (ii), las tridimensionales (iii) y las de textura (iv).

1) Marcas de posición

La posición específica de un signo en una determinada posición con las mismas características puede ser beneficiaria del registro marcario como marca de posición (CASTRO, 2012). Anteriormente esta clase de signos se analizaba bajo la figura de la marca figurativa, es decir, de aquella compuesta por un trazo y un concepto. Actualmente, se consideran una categoría específica de signos distintivos.

[10] Ver Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, consultado en [https://www.wipo.int/trademarks/es/] 29/03/2020.

La industria de la moda parecía favorecerse de esta clase de signos, pero el Tribunal General de la Unión Europea muestra otra orientación a propósito de la solicitud de la marca Adidas compuesta por tres bandas:[11]

En virtud de la solicitud de nulidad de la marca compuesta por tres bandas verticales paralelas de titularidad de la marca Adidas, el Tribunal General de la Unión Europea recordó que las marcas de posición o de "patrón" son aquellas que se componen exclusivamente de una serie de elementos que se repiten regularmente. Indicó que la representación gráfica del signo, así como su descripción debe conducir a analizarla como una marca de posición de manera directa. Adicionalmente, precisó que aquellos signos que gozan de extrema simpleza corren el riesgo de no poseer fuerza distintiva como sucedió en el presente asunto.[12] Así pues, los diseñadores que pretenden proteger sus signos como marcas de posición deben recurrir a elementos arbitrarios que se repitan regularmente para considerarse como signos de posición.

[11] Tribunal General de la Unión Europea, "Adidas AG Vs. EUIPO Shoe Branding Europe", 19/06/2019.

[12] Ídem.

2) Marcas de color

El color o una combinación de colores puede ser objeto de registro marcario, la moda no escapa a esta consideración. Empero, es necesario señalar que se discute si el color goza de suficiente fuerza distintiva desde la perspectiva marcaria. Lo anterior, debido a que los colores transmiten emociones como pasión, felicidad y entusiasmo, y por ello despierta el cuestionamiento de si tienen la aptitud para distinguir al producto y al empresario.

Resulta claro que las marcas de color están jugando un papel fundamental en el mundo de la moda. Tal es así que, el color Blue Hue o el Pantone 1837, signo distintivo de la casa de lujo Tiffanys para la joyería reveló su importancia al ser adquirida por una cifra de 16,2 billones de dólares.[13]

En lo que concierne a la moda, el caso Louboutin en Estados Unidos fue claro al precisar que las marcas de color son válidas siempre que despierten en el consumidor un *secondary meaning*. De la misma manera, en la Unión Europea el Tribunal de Justicia estableció que la marca de color delimitada por una suela de zapato no se analiza como una marca de forma sino de color, manteniendo la protección de este aspecto para el diseñador francés en el espacio económico europeo.[14]

[13] Consultado en [https://www.nytimes.com/2019/11/25/business/lvmh-tiffany-deal.html] el 29/03/2020.

[14] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "Christian Louboutin, Christian Louboutin SASV. Van Haren Schoenen BV", 12/06/2018.

En Colombia, la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia[15] en el Proceso 01-AI-2017 confirmó la concesión del registro de la marca de color rosado Pantone 183C para distinguir gaseosas, concluyendo que el análisis de distintividad se centra en el color y no sobre la forma o la silueta que lo incorpora. Reitera que la prohibición que contempla la norma es conceder protección a los siete colores fundamentales del arco iris para evitar el reconocimiento de ventajas competitivas desmesuradas a ciertos competidores en el mercado.

Así pues, la industria de la moda puede verse favorecida por el reconocimiento de marcas de color pues ésta trasciende la función decorativa para permitir distinguir al empresario o diseñador de moda que lo quiera registrar siempre que el color tenga la aptitud de ser identificado.

[15] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "Proceso 01-AI-2017", 01/12/2017.

3) Marcas tridimensionales o de forma

Se entiende por marcas de forma o tridimensionales aquellas cuyos signos que se componen de las tres dimensiones del espacio, alto, ancho y profundo que genera un volumen.[16] La industria de la moda suele recurrir a esta clase de signos, pero para que una marca 3D sea objeto de registro, esta debe tener aptitud para distinguir el producto. En esa orientación el signo compuesto por las tres dimensiones no debe representar la forma usual del producto, ni tampoco debe estar dictado por consideraciones técnicas. Estos elementos son comunes a las legislaciones del derecho comparado, a saber, en Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia.

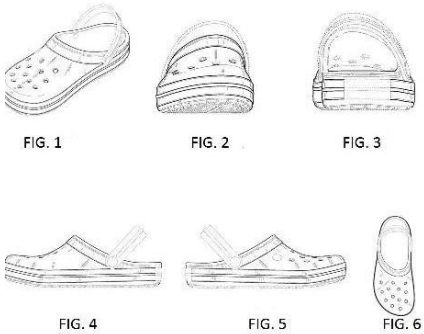
La industria de la moda ha recurrido a esta clase de signos con el propósito de proteger sus formas. El paradigma lo representa la cartera "Birking Bag" de la casa de alta costura Hermes.[17]

En Colombia, las marcas tridimensionales fueron objeto de discusión en el campo de la moda a propósito del litigio existente entre los zuecos de titularidad de Crocs y la sociedad Evacol. Crocs es titular de la marca tridimensional compuesta de la siguiente forma:[18]

[16] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "Proceso 384-IP-2017", 14/06/2018.

[17] Consultado en [https://www.iptrademarkattorney.com/trade-dress-handbag-attorney-trademark-purse-hermes-birkin-bag-emperia/] el 29/03/2020.

[18] Consultado en [https://www.sic.gov.co/Superindustria-prohibe-a-EVACOL-S.A.S-comercializacion-de-tres-referencias-de-zapatos-tipo-zueco-registrados-como-marca-tridimensional-por-CROCS-INC] el 29/03/2020.



Evacol es una sociedad colombiana que vende calzado, entre ellos unos zuecos muy similares a los de Crocs. Esta última demandó los actos de infracción a su derecho marcario ante la Superintendencia de Industria y Comercio. La autoridad administrativa en cumplimiento de funciones jurisdiccionales resolvió que sí había infracción marcaria a los derechos de titularidad de Crocs ordenando la prohibición de la venta y comercialización de los zapatos infractores.[19]

Aunque el caso está siendo objeto de discusión ante la jurisdicción ordinaria, esto es el Tribunal Superior del Distrito Judicial, no puede desconocerse que las marcas tridimensionales tienen un impacto considerable en el mundo de la moda.

4) Marcas de textura

Las texturas también son de interés para la industria de la moda. Texturas únicas son desarrolladas para utilizarse en las creaciones de la moda, especialmente por las casas de alta costura. A título de ejemplo, Christian Dior en el pasado *fashion week* de París despertó nuevamente interrogantes respecto de la protección jurídica de las texturas. Así, el

[19] Ídem.

cuestionamiento es el de considerar si las texturas pueden ser protegidas por el Derecho de Marcas.

Al observar el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas puede distinguirse que extiende la protección a signos no convencionales como las texturas.[20] La Unión Europea y Estados Unidos forman parte de este tratado admitiendo en consecuencia esta clase de signos en sus legislaciones internas para la industria de la moda.

A la luz del derecho colombiano, esta categoría de signos ha sido reconocida jurídicamente. Siguiendo tal orden de ideas, el Tribunal Andino de Justicia admitió su protección indicando que en las marcas táctiles o de textura: "es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por ejemplo, por tratarse de una textura particular y reconocible. Para ser susceptible de protección por registro de marcas, dicha textura debe servir para informar acerca del origen empresarial del producto que se pretende distinguir. Una textura determinada podrá ser protegida como signo distintivo si resulta arbitraria y particular en relación con el producto que distingue; criterio que comprende la no funcionalidad, o si ha adquirido distintividad mediante el uso constante en el mercado."[21]

En suma, las creaciones de la industria de la moda pueden beneficiarse de signos distintivos no tradicionales como las marcas de posición, de color, tridimensionales y de textura. La condición para beneficiarse del amparo jurídico es que tengan suficiente fuerza distintiva, esto significa que la marca debe tener la aptitud para distinguir el origen empresarial y el producto.

Con todo, la moda se caracteriza por ser innovadora por excelencia, conduciendo a analizar el régimen de protección jurídica a la luz de las nuevas creaciones.

---

[20] Consultado en [https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=30] el 29/03/2020.

[21] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "Proceso 242-IP-2015", 24/08/2020.

ii. La moda y las nuevas creaciones

Sabemos que las nuevas creaciones se componen de las patentes y de los diseños industriales que tienen por finalidad amparar a las innovaciones técnicas y estéticas, respectivamente. La moda puede beneficiarse de este tipo de protección siempre que satisfagan los requisitos que cada clase de derecho consagra. En ese sentido, resulta necesario estudiar la manera en que las patentes (i) y los diseños industriales (ii) pueden tutelar esta clase de creaciones.

a) La moda y las patentes

Las patentes tutelan las innovaciones de carácter técnico que se manifiestan en invenciones. Los criterios para beneficiarse de esta clase de derecho son que las invenciones sean novedosas, tengan nivel inventivo y aplicación industrial.[22] La industria de la moda puede recurrir a este derecho de propiedad intelectual por cuanto los tecnicismos para producir un textil o una prenda cada día aumentan. La invención del *polyester*, el desarrollo del *nylon*, el *dacrón* o el *tergal* constituyen claros ejemplos de invenciones protegidas por las patentes.[23]

Actualmente, los vestidos están integrando tecnologías que anteriormente eran extrañas a la industria de la moda como la nanotecnología, la cosmetotecnología, los *wearables technologies* e incluso la robótica. A título de ilustración la famosa camisa "Oricalco" desarrollada por la Agencia Espacial italiana cuyas mangas se reducen de manera automática con el contacto del calor representa una manifestación de la innovación aplicada a la moda.[24]

[22] Ver Acuerdo de los ADPIC, art. 27.

[23] Consultado en [http://fibrologia.blogspot.com/2013/04/poliester_8.html] el 29/03/2020.

[24] Consultado en [https://www.gzinnovation.eu/material/7/shape-memory-materials] el 29/03/2020.

Desde la perspectiva jurídica, actualmente se está discutiendo en Estados Unidos el litigio entre Skech-Air Jumpin' Dots y Mega Shoes. Nike acusa a Sckechers de haber reproducido la tecnología patentada consistente en la composición de vejigas con fluidos y pluralidad de almohadillas de espumas que hacen que el zapato sea más confortable.[25]

En la Unión Europea las patentes también son atractivas para la industria de la moda. Justamente, se encuentra en estudio una solicitud para un pantalón inteligente que contiene iones de cobre que permiten calefacción antibacterial.[26] El hecho de agregar iones de cobre en las fibras, así como rocas volcánicas hace que el pantalón tenga efectos antibacteriales mientras que genera calor simultáneamente. Así, el pantalón puede resistir el frio con la ventaja de que la textura es ligera, la resistencia es alta y su uso conveniente.

En Colombia la base de datos de la Superintendencia de Industria y Comercio permite observar qué productos y procedimientos relacionados con diferentes tecnologías aplicadas

[25] Consultado en [https://footwearnews.com/2019/business/legal-news/nike-skechers-patent-trademark-lawsuits-1202865280/] el 29/03/2020.

[26] Ver "*Copper ion antibacterial heating intelligent trousers*" en [https://www.epo.org] consultado el 29/03/2020.

a textiles o prendas de vestir pueden ser objeto de protección siempre que satisfagan los requisitos de patentabilidad.[27]

Ahora bien, la integración de la tecnología a la industria de la moda despierta interrogantes en cuanto al mecanismo de protección. En efecto, al conjugar lo estético y lo funcional, las creaciones de la moda también son aptas para ser protegidas por los dibujos y modelos industriales.

b) La moda y los diseños industriales

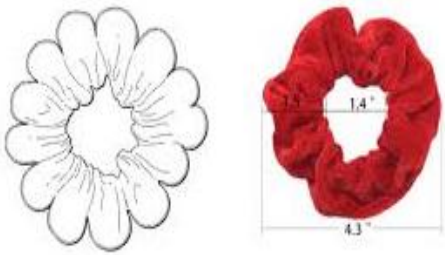
Los dibujos o modelos industriales, las patentes de diseño (*design patent*) o el diseño industrial tienen por objeto proteger la apariencia novedosa del producto que resulta de la combinación de líneas, colores, texturas, etc.

Múltiples ejemplos sirven para ilustrar cuándo una creación de moda puede beneficiarse de este mecanismo. Así, en Estados Unidos se está discutiendo este mecanismo de protección para las bandas, gomas para el cabello o "*scrunchies*".[28] La discusión de la protección por este mecanismo surge con ocasión de una solicitud que presentó Amazon a Seven Style para no comercializar productos que desconocen la propiedad intelectual de Wibn LLC, es decir, de su patente de diseño:[29]

[27] Consultado en [https://www.sic.gov.co] el 29/03/2020.

[28] Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California, "*Shandong Honghui Food Machinery Co., Ltd dba Seven Style, a China Limited Company, v. Wouldn't It Be Nice LLC*".

[29] Consultado en [https://www.thefashionlaw.com/scrunchies-are-at-the-center-of-a-new-design-patent-infringement-lawsuit/] el 29/03/2020.



En lo que concierne al escenario europeo, debe advertirse que dos figuras protegen a las piezas de moda: los dibujos o modelos comunitarios y los dibujos o modelos nacionales. Los dibujos o modelos comunitarios pueden adoptar dos modalidades, es decir, pueden ser registrados y no registrados (SALAS, 2019). Ambos instrumentos son aptos para protegerlas, mas en estricto sentido llaman la atención los dibujos o modelos comunitarios no registrados (en adelante, DMCNR) que nacieron precisamente para amparar las piezas de moda.

Actualmente, se está discutiendo en el seno de la Unión Europea un litigio que involucra a los DMCNR con ocasión de la solicitud de su reconocimiento por parte de Beverly Hills Teddy Bear Company (en adelante BHTB) respecto de su producto denominado "*Squeezamals*" y del acto de infracción realizado por PMS International Group al comercializar juguetes de peluche similares.[30]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá la oportunidad de pronunciarse respecto de los requisitos que deben cumplir los DMCNR para beneficiase de la protección, esto es la novedad, y del alcance de las divulgaciones que la destruyen.

Aunque el asunto aún no se encuentre resuelto es de gran importancia para la industria de la moda por cuanto permitirá esclarecer en qué eventos la divulgación de los

[30] Ver Tribunal de Empresa de Propiedad Intelectua (IPEC), "Beverly Hills Teddy Bear Company v. PMS International Group plc", 17/09/2019.

DMCNR puede comportar el nacimiento de un derecho y en qué lugar debe ocurrir, así mismo permitirá identificar en qué casos tal divulgación puede ser destructora de estos requisitos.

En Colombia los diseños industriales han permitido proteger las creaciones de la moda como el *sportwear*. Así, por ejemplo, se han protegido modelos de pantalón, de camisetas, entre otros.[31]

En suma, las patentes y los diseños son instrumentos útiles que permiten proteger a las creaciones provenientes de la industria de la moda. No obstante, evocan una serie de cuestionamientos, en efecto, ¿Cómo escoger uno u otro derecho?

La respuesta a este interrogante no es sencilla pues las respuestas que ofrece el derecho comparado se rigen por consideraciones diversas, empero coinciden en afirmar que si las formas están dictadas por consideraciones técnicas de manera exclusiva, o la estructura de reivindicación permite colegir que el diseño es principalmente funcional, el mecanismo de protección será la patente y no el diseño (SALAS, 2019). Con todo, resulta necesario señalar que la respuesta no es categórica y la funcionalidad al ser una cuestión de hecho requiere un análisis particular, es decir, caso por caso.

III. Conclusiones

Las creaciones provenientes de la industria de la moda pueden encontrar en la propiedad intelectual un instrumento de protección. Para beneficiarse requerirán satisfacer las exigencias previstas en cada derecho. En esa orientación, la propiedad intelectual le otorgará un valor agregado que se traducirá en el reconocimiento de un derecho que el diseñador puede explotar directa o indirectamente. De tal manera, representará un estímulo que permitirá promover la innovación y la creación de nuevos diseños de moda con el fin de fomentar el progreso de una nación.

[31] Consultado en [https:// www.sic.gov.co] el 29/03/2020.

Sin embargo, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, la moda enfrenta nuevos desafíos, entre ellos la apropiación cultural, la moda sostenible y la inteligencia artificial.

La apropiación cultural enfrenta serias discusiones de orden político y jurídico complejo. A lo anterior se suma el hecho de que la discusión en el seno de la OMPI no ha finalizado y que las legislaciones internas han establecido normas particulares respecto de las expresiones culturales tradicionales ya sea para protegerlas, o para restringir el monopolio de protección.[32] Su utilización comporta una afectación cuando los diseñadores de moda las incorporan en sus creaciones sin la correspondiente autorización de la comunidad étnica o indígena titular de las mismas. La dificultad entonces es la de considerar ¿Qué sucede si una prenda de vestir incorpora una expresión cultural tradicional? ¿Constituye apropiación indebida? ¿Se considera un acto de co-creación? ¿Cómo compensar a la comunidad indígena titular de dichas expresiones?

Otro reto de igual complejidad es la "moda sostenible" o "*sustainable fashion*". Los diseñadores de moda actualmente son conscientes de que la producción de la moda no debe entrañar un daño al planeta ni a las personas que producen moda.[33]

Finalmente, la transformación digital, es decir, las tecnologías que fusionan lo biológico, lo físico y lo digital, impacta en la industria de la moda.[34]

El *blockchain*, la inteligencia artificial, la realidad aumentada, y el internet de las cosas (IdC) pueden analizarse desde una doble perspectiva, a saber, una oportunidad al servicio de la moda o una amenaza al esfuerzo creativo del diseñador. Si se estudia en términos de "oportunidad" puede identificarse que las empresas de moda están utilizando cada vez más

[32] Consultado en [https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html] el 29/03/2020.

[33] Consultado en [https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/04/article_0006.html] el 29/03/2020.

[34] Consultado en [https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/07/16/the-fashion-industry-is-getting-more-intelligent-with-ai/#56493a233c74] el 29/03/2020.

la inteligencia artificial y el *machine learning* para maximizar la experiencia de compras de los usuarios, al mejorar los procesos de compra mediante la analítica de datos. El uso de *chatbots* y de asistentes de voz se está convirtiendo en un factor común en grandes plataformas tecnológicas.[35] Ahora, si se analiza como una amenaza el cuestionamiento es si la máquina puede remplazar al diseñador en el proceso creativo de hacer moda y cómo la propiedad intelectual protegería a estas creaciones.

Estos cuestionamientos conducen a reflexionar sobre el régimen de protección actual, a su turno, representan una invitación para que las distintas legislaciones presenten una regulación jurídica particular para esta clase de creaciones intelectuales. En esa orientación el régimen *sui generis* de protección deberá compatibilizar su naturaleza dinámica y efímera con el fin de promover las empresas de moda existentes y de generar nuevas que contribuyan a crear riqueza y empleo en una nación.

Bibliografía

CASTRO, J. (2012), "Las marcas no tradicionales", Revista La Propiedad Inmaterial, N° 16 (nov. 2012), pp. 297-325.

LARRIEU, J. y ASTIC, V. (2018), "Le vêtement en droit de la propriété intellectuelle. Le vêtement se frotte à la propriété intellectuelle", en POUSSON, A. (dir.) *Le vêtement saisi par le droit*. Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, pp. 119-137.

POLLAUD-DULLIA, F. (2011), *La propriété industrielle*. París, Economica.

RENGIFO GARCÍA, E. (1997), *La propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

[35] Consultado en [https://jasoren.com/burberry-victorias-secret-tommy-hilfiger-how-major-fashion-retailers-experiment-with-chatbots/] el 29/03/2020.

SALAS, B. (2017), "La moda y los productos de lujo en los mercados online: una mirada desde la perspectiva del derecho marcario", *Revista La Propiedad Inmaterial.* N° 24 (dic. 2017), pp. 167-191.

— — (2019), *La moda y la propiedad intelectual*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

TORREMANS, P. (2007), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*. Londres, Edward Elgar.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, "Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.", 22/05/2017.

— — "Feist Publications v. Rural Telephone Service Co", 27/03/1991

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California, "Shandong Honghui Food Machinery Co., Ltd dba Seven Style, a China Limited Company, v. Wouldn't It Be Nice LLC".

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "Proceso 01-AI-2017384-IP-2017", 01/12/2017.

— — "Proceso 384-IP-2017", 14/06/2018.

— — "Proceso 242-IP-2015", 24/08/2020.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tercera Sala, "Cofemel v. GSTAR", 12/09/2019.

Tribunal General de la Unión Europea, "Adidas AG Vs. EUIPO Shoe Branding Europe", 19/06/2019.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

La Revista EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de trabajos de diversos tipos, con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista.

El material remitido deberá ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas para cada tipo textual.

Pautas generales para la presentación de artículos

Los artículos podrán ser enviados por cualquier miembro de la comunidad académica, en cualquier tiempo. Su publicación será considerada para el número inmediato posterior de la Revista o bien para la edición subsiguiente, de acuerdo a la fecha de cierre de cada convocatoria semestral y a los plazos editoriales de cada edición.

Pautas sustanciales

La premisa fundamental de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL consiste en promover el debate académico acerca de materias actuales de interés general, enmarcadas en dichas ramas del Derecho. Las pautas sustanciales para la presentación de artículos son las siguientes:

a. **Carácter inédito del texto**. No debe estar publicado, al momento de su envío y mientras dure el procedimiento de evaluación, total o parcialmente, en soporte físico ni digital alguno, incluyendo, sin limitación: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas y/o digitales, suplementos web, *blogs* y sitios de Internet en general.

b. **Actualidad, originalidad, relevancia y pertinencia temática**. Se pretende el análisis original de temáticas relevantes y actuales, y si bien se alienta el enfoque interdisciplinario, el trabajo debe estar enmarcado dentro del Derecho Civil o del Derecho Comercial.

c. **Sistematicidad y rigor académico**. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. A su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

Pautas formales

Los artículos deben remitirse en soporte digital únicamente, por correo electrónico a la casilla editorial@enletracyc.com. Dentro de las 48 horas hábiles se contestará con un acuse de recibo. Asimismo, deben estar redactados en español o en inglés, en Microsoft Word 2003 o posterior, fuente "Times New Roman", tamaño 12 puntos, interlineado de 1,15.

Recibido el original, se procederá a evaluar su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo al procedimiento establecido en la sección Procedimiento de Evaluación. En todo caso, se podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

La extensión aproximada del trabajo, incluyendo citas en el cuerpo del texto, notas al pie de página y bibliografía, debe ser de 5.000 a 10.000 palabras.

Cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto que el/los autor/es deseara/n incluir en su trabajo, será publicado en una nota al pie del título del artículo.

A continuación del título, el/los autor/es deberá/n consignar su nombre completo y, en nota al pie de éste, los siguientes datos: título/s de grado y posgrado obtenidos; cargos en docencia e/o investigación, si los tuviere; y universidad a la que pertenece. Podrá adicionarse a la información anterior, una breve reseña de hasta 200 palabras con otros antecedentes curriculares.

A continuación del título del artículo, debe incluirse un breve resumen del trabajo (100 a 200 palabras aproximadamente) como así las voces o palabras clave (entre 3 y 10 aproximadamente).

Las notas al pie de página, que deben redactarse en fuente "Times New Roman", en tamaño 10 puntos e interlineado simple, se incluirán en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Se solicita su utilización exclusivamente para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios.

Para las referencias bibliográficas, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL utiliza un sistema de estilo anglosajón. Así, corresponde omitir la referencia en nota al pie y consignar únicamente el apellido del autor (en versales) y el año de la publicación entre paréntesis en el cuerpo mismo del texto.

Ejemplos:

... [idea referida] (RIVERA, 1995).
Según RIVERA (1995), [idea referida]

Si la cita fuera una reproducción textual, deberá indicarse entre comillas y señalar además el/los número/s de página correspondiente/s.

Ejemplos:

... [texto citado entre comillas] (RIVERA, 1995: 55-6).
Según RIVERA (1995: 55-6), [texto citado entre comillas]
Según RIVERA (1995), [texto citado entre comillas] (pp. 55-6)

En ambos casos, de citarse más de una obra del mismo autor y del mismo año, se consignará sucesivamente una letra del alfabeto detrás del año: p. ej. RIVERA (1995a), RIVERA (1995b), RIVERA (1995c), etc.; o (RIVERA, 1995a: 55-6), (RIVERA, 1995b: 225-9), (RIVERA, 1995c: 3), etc.

Sin perjuicio de su mención en el cuerpo del texto, en las partes que corresponda, las referencias bibliográficas deben consignarse completas al final del artículo, de la siguiente manera:

a. Libros. Apellido (en versales), inicial del primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial.

De existir director/es, coordinador/es, compilador/es o editor/es que figuren en primer lugar en la obra, debe aclarárselo con la abreviatura correspondiente.

Si hubiese cuatro o más coautores, codirectores, etcétera, en pie de igualdad, puede consignarse el apellido y la inicial del/de los nombre/s del que aparezca primero, seguido de la fórmula "y otros" o "*et al.*". Se ruega no consignar "AA.VV.", "VV.AA." o similares, excepto que la obra sea plenamente colectiva, sin que figure en primer lugar un coautor, director, coordinador, etcétera.

Ejemplo: AREÁN, B. (2003) *Derechos Reales*. Buenos Aires, Hammurabi.

Ejemplo: CALVO COSTA, C. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio.* Buenos Aires, La Ley.

b. Capítulos de libros. Apellido del autor del capítulo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del capítulo (entre comillas), "en", apellido del primer autor, director, coordinador, editor o compilador del libro (en versales), inicial de su primer nombre, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el capítulo completo del libro en la obra.

Ejemplo: CIRUZZI, M. *et al.* (2014) "Estudio descriptivo de la opinión de miembros de la Justicia Nacional en lo Penal y Civil (Familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría", en AIZENBERG, M. (dir.) *Estudios acerca del Derecho de la Salud*. Buenos Aires, La Ley – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 321-372.

c. Artículos publicados en revistas. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en itálicas), número/año/volumen/tomo de la revista, ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el artículo completo en la revista.

Ejemplo: SCOTTI, L. (2014) "La 'maternidad subrogada' en la legislación y jurisprudencia argentinas", *Revista En Letra*, año 1, n° 1, pp. 47-78.

d. Artículos publicados en Internet. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, título del artículo (entre comillas), "consultado en", dirección del vínculo entre corchetes, "el", fecha de consulta.

Ejemplo: DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015) "¿Cuándo un sitio de Internet es un servicio de comunicación audiovisual? Reflexiones de Derecho europeo y español", consultado en [http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.ar/2015/11/cuando-un-sitio-de-internet-es-un.html] el 30/12/2015.

De corresponder, la dirección del vínculo entre corchetes y la fecha de consulta pueden reemplazarse por la "cita online" que ofrezca el medio de publicación.

Ejemplo: HERNÁNDEZ, L. (2014) "El asentimiento conyugal en el régimen actual y en la reforma proyectada", *La Ley*, cita online: AR/DOC/1434/2014.

Pautas generales para la presentación de réplicas y dúplicas

Con el objeto de realizar la premisa fundamental de promover el debate académico acerca de temas actuales y de interés en las ramas del Derecho que promueve la revista, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL publicará réplicas de cualquier miembro de la comunidad académica a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista.

La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata subsiguiente. Con la publicación de esta última se agotará el diálogo entre las obras en cuestión.

Las pautas sustanciales y formales para la remisión de réplicas y dúplicas son las mismas que para el envío de artículos, con el único agregado de que el objeto de la réplica debe inscribirse en la temática tratada por el artículo antecedente; y el de la dúplica, en la de aquél y en los aspectos abordados en la réplica.

Pautas generales para la presentación de investigaciones

El objetivo de la sección "Investigaciones" es el de fortalecer la construcción colectiva del conocimiento y establecer un espacio específico para la difusión de propuestas, avances y/o principales resultados de investigaciones académicas individuales o grupales.

En consecuencia, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL considerará para su publicación en esta sección de la Revista aquellos trabajos de investigadores (estudiantes o graduados) que se ajusten a las pautas sustanciales y formales para la remisión de artículos, y que además: (i) se basen en resultados de una investigación individual o colectiva (p. ej. informes de avance o final de becarios de investigación y/o de grupos de investigación); (ii) dicha labor de investigación haya sido acreditada (y en su caso, financiada) por una entidad académica o científica relevante (universidades públicas o privadas, centros de estudios u ONGs ampliamente reconocidos, el CONICET, etc.).

Acerca de la presentación de Columnas ELCyC y textos para otras secciones

Algunas de las ediciones de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL podrán comenzar con "Columnas EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL": se trata de trabajos de opinión calificada, más breves que los

artículos y reservados a autores de marcada trayectoria académica y/o al abordaje de temas que el Consejo Editorial tenga especial interés en tratar en cada edición. Del mismo modo, el cuerpo de editores podrá disponer, en una o más ediciones, la publicación de material en secciones diversas a las contempladas precedentemente.

En cualquier caso, la publicación de "Columnas" y la de textos que conformen otras secciones de la Revista procederán exclusivamente por invitación, o previa aprobación liminar, del Consejo Editorial. Quienes estuvieran interesados en participar de un número subsiguiente de En Letra Civil y Comercial a través de la publicación de una "Columna" o de otro tipo textual podrán contactarse al efecto a direccion@enletracyc.com, con carácter previo a la remisión del material.

Las pautas sustanciales y materiales para el envío de este tipo de trabajos serán indicadas a los autores en cada caso concreto.

Cesión de derechos de autor y asunción de responsabilidad

El envío de material a En Letra Civil y Comercial con fines a su publicación en la Revista supone: (i) el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es; (ii) la declaración formal de que dicho material es inédito (carácter que debe existir no solo al momento del envío sino también durante el procedimiento de evaluación y posterior publicación), original y de su autoría; (iii) la cesión irrevocable al Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales de los derechos de autor sobre el artículo y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del trabajo académico pudiera causar a En Letra Civil y Comercial, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de comunicar la aprobación del trabajo y previo a su publicación, se requerirá de cada autor el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

Procedimiento de evaluación

Recibido el material en soporte digital, el Consejo Editorial realizará un dictamen preliminar del texto recibido con base en su adecuación a las pautas de publicación de En Letra Civil y Comercial. De no ser favorable, requerirá a su autor el ajuste del trabajo en cuestión, con carácter previo a la continuación del procedimiento de evaluación.

Superada esta etapa, el material será sometido a un proceso de referato en el que intervendrán 2 (dos) árbitros externos al Consejo Editorial. Los evaluadores serán miembros del Comité Evaluador Externo, u otros integrantes de la comunidad académica

versados en la materia objeto del texto, a quienes el Consejo Editorial convoque como árbitros *ad hoc*. A su vez, el referato se basa en una modalidad de doble ciego, el cual preserva el anonimato del autor frente a los evaluadores, y viceversa. A tal efecto, con anterioridad a su remisión a los árbitros, el Consejo Editorial removerá del cuerpo del trabajo aquellos datos personales que pudieran permitir a los evaluadores conocer la identidad del autor; y al remitir los dictámenes individuales al autor, se eliminarán de aquéllos los datos personales de los evaluadores.

Cada evaluador emitirá un dictamen sobre los aspectos sustanciales de la obra, recomendando la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su aprobación a la realización de modificaciones por el autor. En cualquier supuesto, los dictámenes individuales emitidos por cada árbitro serán remitidos al autor.

La notificación al autor acerca de la aprobación o rechazo de la publicación de su artículo, o bien la sujeción de aquélla a la realización de determinadas modificaciones, tendrá lugar dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días corridos a partir del acuse de recibo del original. Los autores recibirán una copia de cada dictamen emitido por los evaluadores, y un detalle de las modificaciones y/o correcciones formales y/o sustanciales que se requieran para su publicación, en caso de corresponder.

EN LETRA

DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL