

La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual*

Por Alejandro Drucaroff Aguiar

Simón Drucaroff, *in memoriam*

1. Introducción

Participar en el homenaje a un jurista de la dimensión del profesor Alegria es un verdadero honor que, en paralelo, impone una fuerte exigencia: la de colaborar con un aporte digno de tan trascendente acto.

La conocida y amplísima obra del homenajeado se caracteriza –entre otras virtudes– por una constante innovación, por la concepción del ordenamiento jurídico como algo esencialmente dinámico y en permanente transformación.

En ese contexto, ha contribuido a individualizar los valores fundantes de la vida social; aquellos que, aunque influidos por las circunstancias cambiantes de la historia, las costumbres y la evolución de la sociedad, pueden considerarse superiores por su generalidad y permanencia. Puso especial énfasis en la relación entre la justicia y el derecho y el consenso universal en torno a los derechos del hombre, consagrados en los tratados internacionales y en nuestra Constitución.

Su visión del derecho comercial (o de los negocios) destaca que no es ajeno al humanismo, entendido como doctrina fundada en el respeto de la dignidad de la persona. Arriba a esa conclusión analizando la evolución histórica de la rama y del derecho en general.

Postula como necesaria la unidad del derecho privado, mencionando los importantes y numerosos institutos comunes que respaldan la propuesta unificadora y reflejan los avances registrados. Entre ellos, cita la recepción de las teorías del abuso del derecho y la lesión, la ley de protección del consumidor, los límites y extensión de la autonomía de la voluntad, la generalización del principio de buena fe, la teoría de la imprevisión, las leyes sobre concurrencia y posición dominante, las de transparencia y tutela del inversor, la protección de la intimidad y de los datos personales en la llamada “sociedad de la información” y la preservación y sustentabilidad del medio ambiente, entre muchas otras.

De la misma manera, hace referencia a instituciones incorporadas al acervo jurídico: la teoría de los contratos de adhesión, la de las cláusulas predispuestas del contrato, los contratos preliminares y las tratativas precontractuales, la teoría de la conservación del contrato y los alcances de la responsabilidad civil, incluso de la responsabilidad objetiva. Orientados a la reparación del daño pero, fundamentalmente, a la inducción de su prevención y la obligación tácita de seguridad, todos hacen referencia a la equidad.

* **Bibliografía recomendada.** Extraído de *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al doctor Héctor Alegria*, t. I, p. 100.

Trasladando tales conceptos al campo económico, nos dice Alegria que en la realidad actual, así como no hay economía sin mercado, tampoco hay mercado sin reglas. Tales reglas deben ser necesariamente jurídicas e inspiradas en el valor justicia y, desde esa perspectiva, introduce el tratamiento del análisis económico del derecho.

Dentro de ese marco –que, aun delineado a trazos muy gruesos, propone, en las palabras de Alegria, la búsqueda permanente de un “resultado valioso en su conjunto para responder el anhelo de dignidad humana y justicia”– procuraremos explorar una temática que entendemos de vital trascendencia para que el derecho se oriente a la satisfacción de tales valores esenciales.

Nos referimos a la responsabilidad; de manera específica, a la denominada “responsabilidad agravada” que, en nuestro orden normativo, sintetiza el art. 902 del Cód. Civil y desarrollan –en lo que hace a sus implicancias– otras disposiciones concordantes.

Hemos considerado de interés analizar los alcances actuales y las consecuencias de esa mayor responsabilidad, impuesta de modo proporcional al mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

Nos proponemos indagar acerca de la relación existente entre la realidad económica y social de nuestros días, la posición que cada persona ocupa en la sociedad –en sus múltiples aspectos– y el condicionamiento que de ello deriva, en orden a dilucidar los alcances y consecuencias de una obligación mayor a la reclamada al común de la gente.

Encauzamos, naturalmente, nuestra mirada al ámbito del derecho comercial y sus diversas áreas e instituciones, donde resaltan los notorios aportes del distinguido maestro a quien va dirigido el homenaje.

2. La realidad y el derecho

Desde una mirada vinculada a lo jurídico, la compleja sociedad que ingresa en la segunda década del siglo XXI aparece signada por fuertes contradicciones que generan, de manera permanente, tensiones y conflictos.

Señalaremos rápidamente algunas de ellas, con la convicción de que “*la justicia no puede ser indiferente a las vidas que las personas pueden realmente vivir*”¹.

Consideramos que este análisis es estrictamente necesario para poder luego abordar, teniendo en cuenta los datos emergentes de la realidad, la búsqueda de respuestas satisfactorias en torno a la temática de estudio elegida.

¹ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Santillana, 2010, p. 50. Sen, premio Nobel de Economía, y uno de los pensadores más influyentes de nuestra era, centra su propuesta –en clara contraposición a la teoría de Rawls– en “*la importancia de las vidas, experiencias y realizaciones humanas*” que “*no pueden ser suplantadas por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes*”. Prioriza atender a la realidad, promoviendo “*el mejoramiento de las libertades y el bienestar de las personas que viven hoy y no estarán mañana*” (p. 111). Posterga la búsqueda de la perfección trascendental –que no pertenece a este mundo– y propone reducir las múltiples injusticias claramente remediabiles que caracterizan el mundo.

a. La globalización

El fenómeno de la globalización –más allá de los juicios de valor que merezca– se ha impuesto en la práctica de modo tal que no puede prescindirse de él. En muchos aspectos y, especialmente, en lo que hace a la actividad económica, el planeta resulta un espacio único para su desarrollo, que soslaya y supera los límites territoriales de los Estados.

Ese dato concreto de la realidad no tiene como contrapartida una respuesta adecuada en el derecho. Los poderes estatales son claramente limitados y crecientemente impotentes para imponer reglas a fuerzas globalizadas y a modalidades operativas que escapan al contralor local. No hay un geoderecho² que ampare a la humanidad ni tribunales internacionales capaces de aplicarlo³.

La falta e imposibilidad de control se conjugan con la consolidación de espacios –físicos o virtuales– sustraídos a las reglas de convivencia teóricamente aceptadas por la gran mayoría de los Estados y consagradas en los tratados internacionales y constituciones locales⁴.

La gravedad del problema ha sido reconocida por los jefes de los Estados más importantes del planeta, como consecuencia de la reciente y gravísima crisis financiera internacional⁵. Sus efectos persisten y se renuevan ante la falta de medidas efectivas de control y el poder que ejercen los capitales especulativos⁶.

² Alterini, Atilio A., *¿Hacia un geoderecho?*, LL, 2005-E-1258, aporta una interesante introducción a la cuestión, concluyendo que “El propósito de ‘afianzar la justicia’ que expresa el Preámbulo de la Constitución nacional argentina, en el mundo globalizado no lo pueden cumplir los Estados individualmente, y debe ser un empeño común de la humanidad”.

³ Singer, Peter, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003, p. 213, corona su análisis de la cuestión desde el ángulo de la ética afirmando que “el siglo XXI se enfrenta a la tarea de desarrollar una forma de gobierno adecuada para un mundo único. Es un enorme desafío moral e intelectual, pero no podemos rechazar aceptarlo. El futuro del mundo depende de cómo lo afrontemos”.

⁴ Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas*, Paidós, 2005, p. 87, señala como uno de los hechos centrales de la globalización “la anulación de la distinción entre legal e ilegal, que sólo puede trazar una ley duradera y aplicable... No existe en vigor ley global alguna capaz de permitir la diferenciación entre actividades criminales al estilo mafioso y actividad comercial normal... Nada de cuanto pueda pasar por ley global puede utilizarse en un tribunal de justicia y sólo en casos excepcionales podrá hacerse cumplir... la aplicación del derecho internacional se halla a merced de aquellos que tienen el poder de hacerlo cumplir”. Asimismo resaltó repetidamente la imposibilidad de lograr “soluciones locales para problemas generados globalmente” que deben procurarse sobre la base de un esfuerzo conjunto de los países: “el objetivo actual consiste en crear y dar arraigo a unas instituciones... que puedan rivalizar con las dimensiones y el poderío de las fuerzas económicas ya arraigadas a nivel global y someterlas a escrutinio político y a supervisión ética” (*La sociedad sitiada*, FCE, 2002, p. 26). Si no logramos hacerlo, “todos los beneficios que disfrutaban los grandes y los poderosos en situación de desorden global (encontrando ofensivo y resistiendo por esta misma razón cualquier intento de crear instituciones planetarias de control democrático, de ley y de justicia) se seguirán obteniendo a un coste enorme para la calidad de vida y la dignidad de un número inmenso de seres humanos, y se echará más leña al fuego de la inseguridad y la fragilidad, ya formidables, del mundo que todos habitamos” (*Identidad*, Losada, 2005, p. 189).

⁵ La declaración final de la cumbre del G-20 realizada en abril de 2009 en Londres dice en lo pertinente: “2. Nos enfrentamos al mayor reto moderno de la economía mundial; una crisis... que afecta las vidas de mujeres, hombres y niños en todos los países, y que todos los países han de unirse para poder resolver. Una crisis global requiere una solución global. 3. Partimos de la creencia en que la prosperidad es indivisible; que el crecimiento, para ser sostenido, ha de ser compartido, y que

Desde la doctrina jurídica se han señalado igualmente de manera reiterada los alcances del fenómeno⁷ y sus efectos devastadores para los grupos sociales más desfavorecidos⁸.

Así por ejemplo, al amparo de los *paraísos fiscales* –curiosa denominación que cataloga con tan generoso mote a pequeños territorios consagrados a la violación de la ley– circula un tercio de los dineros del mundo, buena parte de los cuales tiene su origen –y se *blanquean* allí, incorporándose al circuito regular– en las peores lacras del mundo moderno: la corrupción pública y privada, la evasión fiscal, el tráfico de armas y drogas o el terrorismo⁹.

Si la base de la convivencia social organizada es la contribución de sus miembros al mantenimiento de los servicios comunes y a la realización de los derechos individuales, catalogar de paraíso al lugar donde –entre otras cosas repudiables– es posible evadir esa obligación básica, se presenta como un contrasentido inaceptable.

nuestro plan global de recuperación debe tener en mente las necesidades y empleos de familias que trabajan duro, no sólo en los países desarrollados, sino también en los mercados emergentes y en los países más pobres del mundo; y que debe reflejar los intereses no sólo de la población actual, sino también de futuras generaciones. Creemos que el único fundamento seguro de una globalización sostenible y una prosperidad creciente para todos es una economía mundial abierta basada en principios de mercado, regulación efectiva e instituciones globales fuertes”.

⁶ Rizzi, Andrea, *El Estado impotente*, diario “El País”, 5/7/10, señala la creciente inadecuación de los poderes nacionales para gestionar los problemas globales y cita a David Held, politólogo de la London School of Economics quien expresa: “Esa brecha entre problemas globales y medios que han permanecido locales se amplía a ritmo vertiginoso y es potencialmente peligrosa”. www.elpais.com/articulo/sociedad/Estado/impotente/elpepiscoc/20100705elpepiscoc_1/Tes?print=1.

⁷ Entre muchos otros, Farina, Juan M., *Derecho comercial y globalización*, LL, 10/6/10, quien define como “La clase superior global ...al conjunto de personajes encumbrados económicamente por ser titulares y directivos o asesores de empresas que de un modo u otro dominan o influyen en los negocios y las finanzas internacionales”. A través de las corporaciones e instituciones financieras transnacionales que dirigen tienen una influencia global, superior al poder de los líderes políticos nacionales. Las 250 compañías más grandes del mundo tuvieron en 2007 ventas equivalentes a casi un tercio del PBI global, cifra que superó el PBI de Estados Unidos o de la Unión Europea.

⁸ La afinada pluma de Luigi Ferrajoli señalaba hace años: “En ausencia de una esfera pública mundial, el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor” (*Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*, LL, 2005-F-1199).

⁹ Estimaciones fundadas estiman que el 45% de esa gigantesca suma es consecuencia de la evasión fiscal, el 40% proviene del crimen organizado, el tráfico de armas y las actividades terroristas en sentido amplio y el 15% restante del enriquecimiento ilícito y la corrupción del sector público. Véanse los datos que brinda la fiscal de la Cámara Nacional en lo Comercial en su demanda de inconstitucionalidad de la ley 2875 de la CABA, proceso en trámite ante el Juzg. Nac. en lo Comercial n° 15, exp. E29 96636/9. En igual sentido, Justo, Marcelo, *El espía que escapó de los paraísos fiscales*, reportaje en BBC Mundo, entrevista a John Cristensen, director de Tax Justice International, ONG que lucha contra la evasión impositiva global y especialista en el tema. Cristensen pone como rasgo saliente de esos sitios “el nivel de hermetismo, secreto e inmunidad” que permite “ocultar todo tipo de actividades ilegítimas, desde dinero del narcotráfico hasta compañías fantasmas y transacciones con precios trucados”. Sus beneficiarios son “las grandes fortunas individuales, las multinacionales, las entidades financieras y el dinero de origen ilegítimo, sea del narcotráfico, el terrorismo o la corrupción”. Afirma que “según un cálculo del Fondo Monetario Internacional la suma total de activos y deudas en paraísos fiscales es de alrededor de 18 billones de dólares, aproximadamente una tercera parte del producto interno bruto global”; la pérdida fiscal sólo por los tributos evadidos por las mayores fortunas se estima en unos 255.000 millones de dólares anuales.

En lo instrumental, las sociedades *offshore*, creadas en esas jurisdicciones donde –por lo general– no actúan o tienen prohibido actuar, conforman verdaderas herramientas para el ilícito¹⁰. Mediante ellas se vehiculizan los dineros de procedencia inconfesable hacia el globo, al amparo de regímenes que habilitan el ocultamiento de los verdaderos titulares de su capital y sustraen –a éstos y a los entes societarios– de todo contralor eficaz.

La asunción de la dimensión del problema a nivel mundial se expresa también en las declaraciones del G-20. El último punto de la declaración final de la cumbre de Londres –abril de 2009– asumió al respecto un compromiso expreso¹¹.

Lamentablemente la cuestión no se retomó en las cumbres siguientes y ni siquiera fue mencionada en la última de ellas. Atenderla es sin duda prioritario y decisivo, para lo cual es preciso alcanzar un acuerdo regulatorio con vigencia global.

En nuestro país sucesivas resoluciones de la Inspección General de Justicia han puesto importantes límites a la actuación de los referidos entes, a lo que se añaden algunos importantes pronunciamientos jurisdiccionales¹². No obstante persiste una situación de franca irregularidad en la cual conviven diferentes regímenes de control y registración de las sociedades, por la falta de una normativa única aplicable a nivel nacional.

Al mismo tiempo, varios miles de los inmuebles más valiosos de la Argentina figuran registrados a nombre de sociedades *offshore* cuyos verdaderos titulares son ciudadanos argentinos que recurren a ellas por diversos motivos, mayoritariamente contrarios a la ley¹³.

¹⁰ Desarrollamos el análisis del tema en *Sociedades offshore, herramientas para el ilícito*, “Revista Foro de Derecho Mercantil”, n° 12, 2006 y *Supresión de las sociedades radicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación*, ponencia, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007, libro de ponencias, t. IV, p. 387.

¹¹ El último de los puntos acordados que menciona la declaración dice: “Adoptar medidas contra jurisdicciones no cooperativas, incluyendo paraísos fiscales. Estamos dispuestos a decidir sanciones que protejan nuestras finanzas públicas y sistemas financieros. La era del secreto bancario ha terminado. Señalamos que la OCDE ha publicado hoy una lista de países que el Global Forum considera contrarios a los estándares internacionales para el intercambio de información fiscal”.

¹² Entre otras son destacables las RG n° 7/03, 8/03, 12/03, 22/04 y 2/05. Entre muchos precedentes referidos a la actuación de sociedades *offshore* y, en particular, a los límites del denominado “acto aislado”, que suele ser invocado como recurso para su empleo contra el espíritu legal, citamos: CSJN, 24/2/09, “Compañía General de Negocios SAIFE s/pedido de quiebra”, con nota de Mihonovich, Ricardo L.; también Vítolo, Daniel R. destaca el fallo como un importante avance que “establece un freno a las actuaciones de las sociedades offshore, cuando las personas utilizan esta forma societaria para ampararse en la ley extranjera, eludiendo así los controles de la ley nacional”, LL, 23/3/09, p. 6; CNCom, Sala E, 7/10/08, “Representaciones de Telecomunicaciones SA s/concurso preventivo”, LL, 7/5/09, p. 6; íd., Sala B, 4/5/07, “Inspección General de Justicia c/Frinet SA, LL, 2007-F-223; íd., Sala A, 18/4/06, “Boskoop SA s/quiebra s/incidente de apelación”, LL, 2006-D-369; íd., Sala B, 27/12/02, “Great Brands Inc. s/concurso preventivo”, LL, 2003-C-789. Tratamos estas cuestiones en *El acto aislado: supuesto excepcional de interpretación restringida*, LL, 7/5/09, p. 6 y en trabajos conjuntos con Drucaroff, Simón, *Abuso de los actos aislados*, LL, 2007-F-223 y *Declaración de quiebra en la Argentina de una sociedad offshore*, DSCE, n° 228, nov. 2006.

¹³ Según datos brindados por Ricardo Nissen durante su gestión al frente de la IGJ. Ver *Necesarias aclaraciones sobre la labor de la Inspección General de Justicia y la resolución general IGJ n° 8/2003*, LL, 29/12/04, p. 1; *A propósito de ciertas críticas a la labor de la Inspección General de Justicia*, LL, 7/4/05, p. 1 y Nissen, Ricardo - Rossi, Hugo, *Efectos de la inclusión de una “sociedad extranjera” en las hipótesis previstas por el art. 124 de la ley 19.550*, LL, 2010-A-1047.

b. Teoría y práctica de los derechos de las personas

La evolución habida en materia de derechos individuales ha sido notable y debe ser particularmente remarcada con relación a las últimas décadas, a poco que tracemos una perspectiva histórica recurriendo a algunos ejemplos emblemáticos.

La esclavitud fue legal durante casi toda la historia de la humanidad, si consideramos que ésta comprende aproximadamente diez mil años.

El derecho de toda la población a la participación en las decisiones políticas mediante el voto se ha ido extendiendo gradualmente en la mayoría de los países pero es también un dato consolidado recién en el siglo XX, aun cuando mucho camino queda por recorrer. Antes, en los lugares en que existía, estaba limitado por motivos de sexo, raciales o económicos, entre otros.

Lo mismo puede decirse de la igualdad de derechos de la mujer –lejana aún de su plenitud–, la mitad del género humano, relegada y sometida a la decisión de padres y esposos hasta hace escasos años.

Si alguien pretendiera actualmente defender esas iniquidades –como tantas otras que sería extenso referir– no sólo nos parecería absurdo y primitivo sino que, incluso, podría considerárselo incurso en conductas sancionadas como discriminatorias. Pocos años atrás las normas vigentes consagraban eso que en la actualidad –y por fortuna– resulta indeseable y agravante para la dignidad humana.

De modo paralelo, la teoría jurídica y la jurisprudencia han acompañado el desarrollo de los derechos. A los de primera generación (vinculados con la vida, la libertad, la igualdad ante la ley y los derechos políticos) se añadieron los de segunda (sociales, económicos y culturales, incluyendo la salud, el trabajo, la educación, la vivienda y la seguridad social) y los de tercera (referidos a la solidaridad, en particular el derecho a vivir en paz y en un medio ambiente sano). Se abrió igualmente el debate sobre una cuarta generación de derechos humanos, aspecto que nos limitamos a mencionar como una prueba más de los constantes avances en la materia.

En las siempre profundas palabras de Morello, “*el ensanchamiento del elenco –y contenidos– de los derechos fundamentales y de sus garantías, la efectividad en concreto de ellos*” ha sido la hazaña histórica más significativa de la humanidad en los últimos años¹⁴.

El progreso jurídico no se limitó a la expansión y afirmación de los derechos individuales. Como bien lo resume Alegria en uno de los trabajos antes citados, las normas han ido receptando la realidad y dejando de lado hipótesis reñidas con ésta, acentuando al mismo tiempo la exigencia de un comportamiento de las personas –en sus vínculos interpersonales– basado en el respeto profundo por el otro y por las reglas de convivencia social.

¹⁴ Morello, Augusto M., *Los abogados y el relanzamiento de la Argentina*, JA, 2008-III-850. Ciu-ro Caldani, Miguel Á., sostiene que “*la nueva era muestra enormes cambios económicos, científicos, técnicos y morales que tienen su más alta expresión en las posibilidades de la genética humana, pero también se presenta en el avance, no sin grandes tensiones, de los derechos del hombre, incluyendo el sentido específico de los derechos humanos*” (*Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo*, LL, 2011-A-841).

La elevación de la buena fe a principio rector del ordenamiento jurídico y su complemento natural, la prohibición del abuso de derecho, han modificado de modo sustancial el encuadre de las relaciones de los seres humanos en las últimas décadas. Lo refleja claramente la jurisprudencia, al valorarla como pauta decisiva para la resolución de los conflictos.

Es obligada aquí la mención a la reforma del Código Civil que hace más de cuarenta años, introdujo formalmente esos estándares de conducta a la letra legal. El concepto de la autonomía de la voluntad, valor supremo en la doctrina decimonónica, se adecuó a una visión moderna que *aggiornó* las reglas contractuales a pautas más justas y comprensivas de las diferencias reales que existen, inevitablemente, entre los que contratan.

El reconocimiento jurídico de los derechos en creciente expansión y la asunción paulatina de los mismos como valores actuales de la sociedad tropieza sin embargo, como también es sabido, con una praxis en la cual su goce efectivo está fuertemente afectado.

Un porcentaje muy significativo de los seres humanos no logra acceder realmente –en nuestro país y en el mundo– a lo que la ley otorga ni tiene a su alcance los medios para reclamarlo.

Más allá del esfuerzo realizado por los tribunales en tal sentido –y en particular, en nuestro ámbito, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵–, lo cierto es que el acceso a la justicia para los amplios sectores postergados de la sociedad es otra asignatura pendiente¹⁶.

Algunas cifras –basadas en estadísticas del Banco Mundial– dan cuenta de la magnitud de la exclusión a la que nos estamos refiriendo.

En 1990 aproximadamente la mitad de la población mundial –unos 2.700 millones de personas– vivía bajo el umbral de la pobreza, fijado por el mencionado organismo en un ingreso de hasta dos dólares por día. Actualmente, las previsiones posteriores a la crisis mundial reciente estiman que para el año 2015 habrá en esas condiciones alrededor de 2.000 millones de personas. En la pobreza extrema había, en 1990, 1.800 millones de seres; se supone que para el año 2015 esa cifra podrá ser algo inferior a 1.000 millones.

Vista la misma realidad desde otros parámetros, 1.200 millones no tienen acceso a agua limpia y casi dos millones mueren anualmente por esa causa, entre los

¹⁵ Sería muy extenso enumerar pronunciamientos del alto tribunal al respecto. Remitimos al análisis aportado por Tettamanti, Andrea, *Los derechos sociales en la agenda institucional de la Corte Suprema de Justicia*, SupLL Extraordinario Constitucional 75° aniversario, 2010, p. 127.

¹⁶ Lorenzetti, Ricardo, *Políticas de Estado para el Poder Judicial*, LLActualidad, 30/8/07. El presidente de la CSJN suele destacar la necesidad de promover y garantizar el acceso a la justicia. En el trabajo citado donde postula una justicia para todos, señala: “*La justicia es percibida como un servicio al cual pueden acceder sólo determinados sectores. Según la percepción de la gente, existen grandes excluidos: menores, mujeres golpeadas, ancianos, sectores postergados de villas de emergencia y asentamientos, otras minorías desprotegidas, etc.; grandes favorecidos: políticos y empresarios poderosos a los que no se juzga; impunidad ante la falta de identificación y persecución de los responsables de delitos*”. La Corte ha creado una Comisión Nacional de Acceso a la Justicia concretamente dedicada al tema.

cuales se cuentan, diariamente, 4.900 niños. La falta de sistemas de saneamiento afecta a 2.600 millones de personas que no cuentan siquiera con un inodoro¹⁷.

Las privaciones de un muy significativo porcentaje de la población del planeta son de tal entidad que la ONU estimó, en el 2009, que más de 1.000 millones padecen hambre y que unos 3.000 millones están desnutridos¹⁸. Las metas del milenio, un magnífico objetivo solidario gestado por las Naciones Unidas, corren serio riesgo. De todos modos –y a los fines de este trabajo– su cumplimiento no modificaría en absoluto nuestras conclusiones.

Por otra parte, impresiona saber que con una mínima parte de lo gastado por la humanidad en armamento –por dar sólo un ejemplo pequeño– esas graves falencias se resolverían fácilmente¹⁹.

En nuestro país, aun con una importante reducción de la pobreza en los últimos años –especialmente si se parte de los niveles críticos y dramáticos posteriores a la crisis de 2001/2002–, la privación del acceso a lo que la Corte ha considerado presupuestos mínimos para la dignidad de la persona sigue afectando a altos porcentajes de la sociedad.

Tomando un dato significativo, los ingresos per cápita a valores del tercer trimestre de 2010, concluimos que el 80% de los argentinos que trabajan ganan sueldos mensuales de \$ 2.000 o menos, con el agravante de que el 50% de menores ingresos no supera los \$ 1.100. En el otro extremo, quienes alcanzan ingresos superiores a \$ 6.000 son apenas el 10% del total²⁰.

Es evidente que, a más de innumerables otros datos de público conocimiento, los brevemente resumidos recalcan la imposibilidad de un goce efectivo de sus derechos por millones de personas, tanto en la Argentina como en el mundo.

Eso ocurre a pesar del notable desarrollo científico y tecnológico, que superó en décadas recientes cualquier pronóstico optimista y permite contar con recursos suficientes para abastecer las necesidades de todos los seres humanos.

Las tensiones y conflictos a los que nos referíamos al comienzo de este capítulo son diariamente perceptibles. Desde el campo jurídico es forzoso valorar la incidencia de la apuntada contradicción, derivada de un reconocimiento de derechos –que actualmente se asumen como el mínimo al cual debe acceder cada persona para tener una vida digna y para cuya satisfacción existen recursos materiales adecuados– y una praxis muy lejana a esa teoría prometida.

La distancia abismal entre lo prometido por las reglas teóricas y las condiciones de vida reales genera reclamos que vienen *in crescendo* en los años recientes. A la

¹⁷ Sen, Amartya - Kliksberg, Bernardo, *Primero la gente*, Bilbao, Deusto, 2007, p. 7.

¹⁸ Diario “Clarín”, 17/9/09, *Para la ONU, casi la mitad de la población mundial está desnutrida*, los datos fueron proporcionados por la directora del Programa Mundial de Alimentos (PMA), Josette Sheeran, en Londres, y el relator especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación, Olivier de Schutter, www.clarin.com/diario/2009/09/17/um/m-02000275.htm.

¹⁹ “Con sólo el presupuesto actual mundial de 5 días, el déficit de agua y saneamiento podría reducirse a la mitad” (Sen - Kliksberg, *Primero la gente*). En la misma línea, Hans Gert Poettering –entonces presidente del Parlamento Europeo– sostuvo: “Nunca comprenderé que haya 700.000 millones de dólares de los contribuyentes disponibles para salvar al sistema financiero y no para luchar contra el hambre en el mundo” (Clarín, 29/9/08, p. 21).

²⁰ Datos del INDEC, www.indec.mecon.ar/principal.asp?id_tema=1395.

falta de una respuesta adecuada desde el poder estatal, se suman las ya señaladas dificultades para obtener soluciones –en los tiempos y las formas que las necesidades reclaman– en sede judicial²¹.

No podemos dejar de relacionar este tenso contraste con el descrédito de la diligencia y el planteo de reivindicaciones legítimas con modalidades que dejan de lado las vías legales y buscan la satisfacción inmediata –o al menos la visibilidad de la protesta– por vías de hecho, sin importar los derechos de los demás y, a veces, tampoco el patrimonio público o privado.

Ante ello, los reclamos de cumplimiento de la ley –que crecen entre los distintos sectores sociales afectados– no clarifican por sí mismos la situación. En efecto, para cumplir con las normas no es suficiente garantizar la seguridad personal, el orden en los espacios públicos o la libertad de circulación –cuya importancia y necesidad nadie podría sensatamente discutir–; es preciso al mismo tiempo que la organización social desarrolle un plan para que todos sus integrantes accedan a los derechos que las normas les confieren²².

En igual dirección, la ausencia de seguridad jurídica –concebida como certeza de la vigencia efectiva de las normas y de su estabilidad– comienza con la privación de millones de personas, impedidas ya no de prever inversiones con la tranquilidad de contar con reglas de juego estables, sino de proyectar sus vidas sin tener que concentrarse en la cotidiana urgencia de sobrevivir²³.

Existe consenso en vincular la noción de seguridad jurídica con la previsibilidad, el saber a qué atenerse, el poder predecir con cierta razonabilidad “*las soluciones derivables de un sistema jurídico para las diversas situaciones y conflictos de intereses que se suscitan en el desenvolvimiento de las relaciones sociales*”²⁴.

²¹ A las dificultades derivadas de la escasez de medios para promover y sostener acciones judiciales, se añaden los graves incumplimientos por los funcionarios de turno, incluso ante precisas sentencias judiciales que mandan resolver situaciones de grosera vulneración de las garantías constitucionales. La muy conocida causa “Mendoza”, donde la Corte Suprema debió establecer un plan concreto, serio y fundado, para el tan postergado saneamiento del Riachuelo, es una muestra emblemática. No obstante la eficaz actuación judicial y las severas sanciones impuestas a título personal a los funcionarios responsables, millones de personas siguen padeciendo un entorno ambiental que agravia su salud y las más elementales condiciones de vida.

²² Guibourg, Ricardo A., *Ley y conflicto*, LL, 2010-F-1293, destaca que la solución de conflictos no puede ponderarse por encima del cumplimiento de la ley ni ser practicada sin el sólido respaldo de un sistema jurídico claro y eficaz. El derecho y el Estado nacieron para sustituir la ley de la selva fundada en la violencia y la función de gobierno consiste en trazar y proteger un modelo específico de convivencia. De lo contrario, se deja a los ciudadanos librados a las relaciones informales de poder.

²³ Stiglitz, Joseph E., *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, Alfaguara, Taurus, 2010, p. 331 y ss., se refiere a la seguridad como componente importante del bienestar social, analizando su fuerte deterioro en Estados Unidos de América a resultas de la crisis financiera internacional. Con relación a los temas básicos que todas las sociedades deben enfrentar, se pregunta porqué los derechos económicos de las empresas deberían ser más importantes que los derechos económicos básicos de los individuos, como el acceso a la salud, la vivienda y la educación o el derecho a un mínimo nivel de seguridad.

²⁴ Monti, José L., *Banca y seguridad jurídica*, en Kabas de Martorell, María E. (dir.), “Tratado de derecho bancario”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 77. Asimismo, cita la definición de seguridad jurídica dada por el Papa Pío XII en 1942: “*derecho inalienable del hombre, consistente en una esfera concreta de derecho protegida contra todo ataque arbitrario, lo que supone una libertad sin riesgo, basada en la confianza en el orden jurídico existente en dos sentidos: previsibilidad de las conductas*”

A partir de dicha noción general, suele invocarse la seguridad jurídica en respaldo de reglas claras para la adopción de decisiones empresariales o para promover inversiones, vale decir, para dar apropiada tutela al derecho de propiedad.

No dudamos que esa certidumbre es condición necesaria para facilitar y propiciar las actividades económicas con fines lícitos, que implican, además, contribuciones deseables y útiles para el desarrollo económico y el interés general.

No obstante, creemos que en muchos casos se restringe la aplicación del concepto a los negocios o, a lo sumo, a la protección –cuya legitimidad no está en debate– de quienes cuentan con bienes valiosos, sin comprender su trascendencia para la vigencia efectiva de los derechos de todas las personas, principalmente de aquellos que conforman el nivel básico indispensable para una vida digna²⁵.

Con esa limitada mira, se desvincula a la seguridad jurídica del bien común, con el efecto práctico –querido o no– de dejarla reservada para sectores privilegiados de la sociedad que, como hemos visto, son además decididamente minoritarios.

El riesgo de una pérdida fuerte de legitimidad del Estado de derecho –y hasta de la anomia– asoman como fantasmas que se dibujan cada día con más fuerza, amenazando el sistema jurídico.

c. La desigualdad y sus consecuencias

El crecimiento geométrico de la desigualdad es otro dato que debe considerarse, en especial por cuanto –a nuestro criterio– tiene indudable incidencia en las posibilidades de obrar con conocimiento de las cosas y las consecuencias que de ello derivan en orden a la responsabilidad de cada persona.

Es notable el modo en que se han afirmado las enormes diferencias de recursos económicos –y, consecuentemente, de poder en todos los órdenes de la vida social–, a resultas de una apropiación de la riqueza cada vez más concentrada.

Las cifras no dejan de asombrar aun a quienes conocen su magnitud. Aunque las mencionamos en trabajos anteriores, las repetimos pues hablan por sí solas.

Según datos compilados por Naciones Unidas, el 10% de la población adulta del planeta posee el 85% de la riqueza global, mientras que el 40% más pobre alcanza apenas el 1% del mismo total.

Dentro del citado 10% más rico, la concentración se acentúa; el 1% de los seres humanos es dueño del 40% de todo lo que consideramos riqueza en el mundo²⁶.

propias y ajenas, así como de sus efectos, y protección frente a la arbitrariedad y las violaciones de ese orden jurídico”.

²⁵ Lorenzetti, Ricardo, en su discurso de la inauguración del año judicial 2010, sostuvo que “el juez debe defender la seguridad jurídica. Pero no sólo en el sentido comercial de la palabra, en tanto previsibilidad de las reglas económicas, sino entendida como el imperio de la ley y de los derechos”, www.cij.gov.ar/nota-3424-Lorenzetti-convoco-a-pensar-en-un-nuevo-diseno-institucional-para-el-pais.html. Por nuestra parte, desarrollamos la relevancia de la seguridad jurídica y su indivisible vinculación con la justicia y el bien común en *Seguridad jurídica, justicia y bien común*, LL, 19/2/10, p. 1 y en *Seguridad jurídica e interés general*, en “Sociedades ante la IGJ”, Bs. As., La Ley, 2005.

²⁶ Estudio publicado el 5/12/06 por el Instituto Mundial para la Investigación de Desarrollo Económico de la Universidad de las Naciones Unidas (World Institute for Development Economics of

Otro dato sorprendente se refiere al número de personas que posee más de un millón de dólares en activos de inversión. Sólo diez millones de personas —el 0,16% de la población del orbe— alcanzan ese nivel de riqueza según el último informe anual de Merrill Lynch²⁷.

En cambio, son unas cien mil las que poseen más de treinta millones de la misma moneda —el 0,00154%—. Ese pequeñísimo grupo tiene activos que equivalen a la quinta parte de la riqueza mundial²⁸. De todos modos, aun entre quienes lo componen, las diferencias son asombrosas. En efecto, hay sólo mil personas en todo el planeta con fortunas superiores a los mil millones de dólares²⁹.

En términos generales, puede decirse que la situación en Argentina es similar, ya que sus estadísticas dan un resultado un poco más desfavorable que el promedio global al que nos veníamos refiriendo³⁰.

Graficando los alcances de la desigualdad en nuestro país, podemos recurrir al denominado “desfile de enanos y gigantes”, idea del economista holandés Jan Pen. Consiste en hacer desfilar a un representante por cada hogar en orden creciente de acuerdo al ingreso per cápita familiar: primero pasan los más pobres de todos y al final los más ricos³¹.

Se considera un tiempo de 10 horas para el desfile y se asigna la estatura media de 1,73 metros a una familia tipo (padre, madre, hija e hijo) que tenga el ingreso medio (\$ 4.210 totales por mes de acuerdo al INDEC). La estatura del resto de los participantes se ajusta en relación a tal altura media para representar adecuadamente su nivel de ingresos.

the United Nations University, UNU-WIDER), www.wider.unu.edu. Desarrollamos con mayor extensión y datos estas cuestiones en *La responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año X, n° 12, p. 3 y *La responsabilidad en el derecho bancario*, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 238, sep./oct. 2009, p. 348.

²⁷ La información de 2009 (dada a conocer en junio de 2010) indica que la cifra se incrementó en un 17,1% frente a 2008 —principalmente por el aumento del valor de los títulos en las bolsas— pero sigue siendo inferior a la de 2007. La riqueza de los más acaudalados del mundo subió un 18,9% hasta los 39 billones de dólares. “*Mientras que en 2008 se experimentó un declive económico sin precedentes, en 2009 ya se avistan signos de recuperación y algunas áreas del mundo han regresado a los niveles de 2007*”, según el director de Merrill Lynch Management del Reino Unido e Irlanda, Nick Tucker. La mayor concentración de población rica se da en Estados Unidos, Japón y Alemania, donde viven el 53,5% de los individuos con más de un millón de dólares en activos de inversión (www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1277527).

²⁸ Según datos del informe de septiembre de 2008 del Boston Consulting Group (www.bcg.com).

²⁹ Lista de la Revista Forbes (www.forbes.com/business/billionaires). La cifra era de 1.125 en 2008 y bajó a 793 al año siguiente a causa de la crisis. En marzo de 2010 llegó a 1.011 billonarios, lo que evidencia la rápida recuperación de las grandes fortunas en un mundo agobiado por las consecuencias de la peor situación económica desde la Gran Depresión. En el último año, sólo el 12% de los integrantes de la privilegiada lista vieron reducir sus fortunas, mientras que el resto reportó aumentos.

³⁰ Informe del Banco Mundial “Distribution of income or consumption”, basado en el coeficiente de Gini, correspondiente a cada país y confrontado con los datos globales (http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/table2_7.pdf).

³¹ Lousteau, Martín, *Curioso desfile en la 9 de julio*, diario “La Nación”, 1/12/10, aplica la idea a la Argentina (www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1329761).

El resultado sería que durante la primera hora desfilen ciudadanos enanos de hasta 38 cm de altura. Recién a la cuarta hora, aparecerían quienes superen un metro y sólo transcurridos dos terceras partes del desfile, los que poseen la estatura promedio. La última hora (reservada al 10% de los hogares más ricos) empezaría con individuos de 3,5 m y finalizaría con gigantes de altura equivalente a un edificio de 15 pisos, luego a tres veces el obelisco, y, al cabo, con extraños seres con estaturas de entre los 3000 y los 20.000 metros.

Esa desmesurada desigualdad coloca en un lugar de gran superioridad y poder a un minúsculo sector de la sociedad, pero a la vez marca el desfase brutal existente entre los que acceden –en mayor o menor medida– a los beneficios derivados del gran avance de la tecnología y la ciencia y la gran mayoría, que pugna por lograr –o a lo sumo mantener– mínimas condiciones de vida digna.

No se trata solamente del poder de decisión que, como es sabido, concentran aquellos grupos privilegiados –por lo general con fuertes vinculaciones, directas e indirectas, públicas o no, con la dirigencia política– sino del abismo que en la actualidad se abre en el campo de la información con que cada uno cuenta para la toma de decisiones y para la organización operativa de las actividades³².

Lo mismo ocurre respecto de las posibilidades de acceder al planteo de acciones judiciales y afrontar los costos que demanda una defensa adecuada en esa sede.

Otros factores como la apropiación de recursos naturales, los daños irreparables al ambiente y la evasión fiscal deben al menos mencionarse por su relevancia desde el punto de vista de las responsabilidades.

El nivel de vida de los sectores de riqueza concentrada se sustenta en el uso –y, en muchas ocasiones, en el abuso– de recursos naturales, con la consiguiente generación de graves daños al medio ambiente. De ese modo se afectan bienes que, conforme a las normas vigentes, son patrimonio de la humanidad en su conjunto e, incluso, deben ser empleados y administrados atendiendo a los derechos de las generaciones por venir³³.

Esto debe plantearse también en la comparación entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, en los últimos siglos, aunque esencialmente a partir del siglo XX. La contribución de los últimos al enorme incremento de la huella ecológica y el calentamiento global, en algunos casos –como China, India, Brasil– recién tiene cierta entidad en los años últimos, mientras que antes era porcentualmente insignificante.

³² Stiglitz, Joseph, *Cómo hacer que funcione la globalización*, Alfaguara, 2006, p. 21, “si la información es imperfecta, sobre todo cuando existen asimetrías en la misma –donde hay individuos que saben algo que otros no saben (es decir siempre)– la razón de que la mano invisible parezca invisible es que no existe. Sin regulación e intervención estatales apropiadas, los mercados no conducen a la eficiencia económica”.

³³ Remitimos al análisis de la cuestión ambiental, el origen y los graves riesgos derivados del calentamiento global efectuado en nuestros aportes *Calentamiento global: responsabilidades y acciones. Ante la tragedia, el derecho*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 7, sep. 2006 y *Seguridad y justicia: vivir y sobrevivir en el siglo XXI*, LL, 2007-B-1117. Para un estudio de la magnitud económica del problema y su solución, véase el conocido “Informe Stern”, elaborado a pedido del gobierno de Gran Bretaña que comentamos en *Es el planeta Tierra un lugar seguro para invertir? A propósito de la seguridad jurídica y del reciente Informe Stern*, LL, 2007-A-1164.

A pesar de ello, las consecuencias serán –de hecho, ya lo son– durísimas para todos, pero los países desarrollados –que las motivaron y disfrutaron del abuso de los recursos– estarán siempre en mejores condiciones de enfrentarlas.

Por otra parte resultaría materialmente imposible extender a todo el planeta las condiciones logradas por las minorías más ricas de los países desarrollados³⁴, lo que ratifica la gran injusticia de un uso desmedido de los bienes comunes por aquellas, más allá de la gravedad de los riesgos creados³⁵.

La evasión fiscal, notoriamente exacerbada en los sectores de mayor riqueza, incrementa fuertemente la desigualdad y a la vez, condiciona la satisfacción de los derechos de todas las personas.

No sólo implica transgredir la obligación de contribuir al cumplimiento por el estado de su rol –deber esencial, sin el cual el funcionamiento de una sociedad organizada no es posible–, sino que implica una clara competencia desleal de los que evaden con relación a sus competidores en el mercado.

Es de público conocimiento que la evasión total o parcial es actualmente un objetivo constantemente planificado al que se dedican recursos y esfuerzos, claro está, por quienes pueden hacerlo. Un altísimo porcentaje de los seres humanos no puede evadir, por lo escaso de sus ingresos y porque sus consumos, concentrados en bienes indispensables, tributan tasas por demás abultadas.

En nuestro país, el sistema fiscal es claramente regresivo y centrado en los gravámenes al consumo³⁶.

Finalmente, la envergadura de la desigualdad y sus evidentes consecuencias, obligan a redefinir el concepto de mercado, lo cual tiene implicancias obvias en lo económico, en las ciencias sociales en general y en el derecho, en particular.

En un mundo globalizado donde las actividades económicas –y muy especialmente el sistema financiero– se encuentran irremediablemente encadenadas, la idea de mercado no puede concebirse de otra manera.

³⁴ Cohen, Daniel, *La prosperidad del mal*, Santillana, 2010, p. 23 lo grafica claramente: “Las consecuencias de este apetito insaciable (la adicción enfermiza al crecimiento del ‘homo consumidor’) se presentan en términos totalmente inéditos cuando llega la hora de la globalización. Que mil millones de chinos consuman mil millones de bicicletas apenas traería consecuencias... pero que consuman mil millones de coches cambia la cosa: el futuro del planeta se ve amenazado y se teme lo peor”. En igual sentido Clive, Hamilton, *El fetiche del crecimiento*, Navarra, Laetoli, 2006, p. 181 (“si todos los habitantes del mundo consumieran tanto como el consumidor medio de los países ricos, necesitaríamos cuatro planetas del tamaño de la tierra”) y Singer, Peter, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, España, Paidós, 2003, p. 44 (“los estadounidenses... los australianos, los canadienses y en menor medida los europeos, privan a los habitantes de los países pobres de la oportunidad de desarrollarse siguiendo las pautas adoptadas por los países ricos. Si los pobres se comportasen como lo hacen ahora los ricos, el calentamiento global se aceleraría y casi con seguridad provocaría una gran catástrofe”).

³⁵ Obama, Barack, presidente estadounidense, en su discurso de asunción: “a aquellas naciones que, como la nuestra, gozan de relativa abundancia, les decimos que no nos podemos permitir más la indiferencia ante el sufrimiento fuera de nuestras fronteras, ni podemos consumir los recursos del mundo sin tomar en cuenta las consecuencias”.

³⁶ A valores de 2009, el 40,7% de los ingresos del Estado tuvo como fuente la imposición a las diversas formas del consumo. El impuesto al valor agregado (IVA) aportó casi la cuarta parte de la recaudación, mientras que el impuesto a las ganancias apenas superó el 15% del total (www.mecon.gov.ar/sip/basehome/dir1.htm).

En ese territorio planetario único, la incidencia inmediata de lo sucedido en cada ámbito local sobre el resto y la continua revolución tecnológica que hace cada día más veloz el flujo de la información –hasta convertir nuestras vidas en algo que ocurre *on line*–, han concentrado el poder de influir en los mercados de modo proporcional a la riqueza. El porcentaje de personas –lo correcto es hablar de grupos económicos, muchos hegemonizados por sus multimillonarios dueños– con reales posibilidades en ese sentido es tan insignificante numéricamente tal como resulta de las cifras antes referenciadas³⁷.

Más allá de lo que hace al funcionamiento global, es preciso tener en cuenta que, tanto a ese nivel como en los ámbitos locales, las restricciones para una participación masiva –de cierta relevancia– en cualquier segmento del mercado, son hoy generalizadas³⁸. El valor que históricamente se le atribuye –en términos de estímulo serio a la competencia y equilibrio de los intereses en juego– queda, así, fuertemente minimizado y su presunta transparencia y contribución a reglas de juego claras, pasa al terreno de la ficción.

La tecnología y su constante avance acrecientan las diferencias y definen quienes pueden ser parte real del juego. La velocidad cada vez mayor de las poderosísimas computadoras que concentran las operaciones bursátiles y las modalidades en extremo complejas que ellas asumen, abren puertas para la manipulación y la obtención de ventajas abusivas y claramente reñidas con cualquier noción de competencia, además de poner en riesgo al sistema global³⁹.

d. Una digresión necesaria

Consideramos importante dejar constancia de que el análisis precedente procura sacar conclusiones útiles partiendo de datos confiables. En absoluto está implícito –y mucho menos como juicio previo– una descalificación moral de personas o sectores sociales determinados. Tampoco una crítica al fin de lucro, componente natural y motor de la actividad económica que el sistema jurídico tutela en tanto no vulnere sus principios ni el bien común.

³⁷ Stiglitz, *Cómo hacer que funcione la globalización*; Cohen, *La prosperidad del mal*, p. 217, señala la vigencia de las ideas keynesianas y su fuerza a la hora de afrontar la última crisis, y acota: “La ilusión de un mundo en manos de las fuerzas del cada uno a lo suyo ha debido pasar al olvido... El papel del Estado recupera el lustre perdido”.

³⁸ Lorenzetti, Ricardo, *La responsabilidad civil, LL, 2003-A-973, Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. I, p. 153, “Un derecho privado construido sobre la noción de mercado reproduce sus fallas estructurales, ya que se lo toma como presupuesto y no como objeto de regulación. En el ámbito latinoamericano, el mercado tiene fallas estructurales importantes, al excluir a una gran masa de sujetos, y un derecho privado homólogo al mercado presenta los mismos defectos: no se aplica a un grupo importante de ciudadanos”.

³⁹ Bowley, Graham, *Cuando se trata de mercados, la velocidad es oro*, “Clarín”, selección del New York Times, 22/1/11, p. 1, explica las nuevas tecnologías basadas en “computadoras que hablan con otras computadoras a alta velocidad” y desplazaron el control de los recintos de las bolsas a centros de datos cuya velocidad se mide en microsegundos. Usando algoritmos para entrar y salir de los mercados y con estrategias resueltas por las propias computadoras, se obtienen ganancias en las mismas –absurdas– unidades de medida del tiempo. Esa actividad, que nada tiene que ver con la generación real de riqueza, se realiza muchas veces en “zonas oscuras”, al margen de cualquier control estatal o regulatorio y hasta ha puesto a los mercados en grave riesgo por “errores” que obligaron a anular decenas de miles de operaciones.

Tuvimos oportunidad de sostener que quienes acceden a posiciones de poder –sean éstas económicas o políticas, las que habitualmente están asociadas o vinculadas– no son personas o grupos de personas de maldad intrínseca o valores esencialmente distintos a los del resto de la sociedad.

Es propio de la naturaleza humana apropiarse de esos ámbitos de poder, intentar acrecentarlos y, dadas las condiciones, abusar de ellos. La experiencia histórica permite constatar esas conductas en regímenes políticos de signos opuestos y bajo posturas ideológicas igualmente contradictorias.

El Estado de derecho sustentado en la búsqueda de la justicia es, por ello, la única metodología de organización social –o, al menos, la única que conocemos– capaz de limitar los abusos de poder –valga repetirlo, políticos, económicos o de cualquier otra índole– y orientar la convivencia civilizada hacia parámetros de bienestar común, respeto recíproco e igualdad ante la ley.

Para que eso ocurra, no puede haber personas o grupos de personas impunes, que logren colocarse al margen del orden jurídico. Tampoco es factible imaginar una sociedad donde se cumplan las normas básicas, teóricamente aceptadas por todos, en un contexto de desigualdad para cuya calificación es difícil encontrar palabras suficientes.

La cultura que otorga rango superior a la obtención de riqueza y/o de poder en muy corto plazo –la que pone en el altar al consumo, la que niega el valor del trabajo y del esfuerzo sostenido– lleva al individualismo extremo, al desmedro de la solidaridad y, en definitiva, al desprecio a las normas que concluyen siendo un obstáculo a eludir, en lugar del marco dentro del cual se debe actuar.

Si los poderosos y los privilegiados no se someten a la ley –lo que es, además, públicamente conocido– y ello se potencia con fuerza en un mundo globalizado, sin reglas globales ni poderes públicos capaces de contenerlos y controlarlos, el mensaje que llega al conjunto social es, necesariamente, que cada uno debe atender exclusivamente su juego y salvarse como pueda.

Hemos planteado sobre esa base –y hacia allí apunta también este trabajo– que el largo y complejo camino hacia una mejora sustancial de la sociedad moderna requiere de un avance significativo de la juridicidad.

e. La crisis financiera internacional

La reciente hecatombe acaecida en el ámbito financiero global –cuyos brutales efectos en la economía real y en las condiciones de vida del común de la gente en casi todo el planeta es pública– es clara muestra de lo que venimos exponiendo, por sus orígenes, por las consecuencias que causó y causa y por el modo en que ellas se han asumido.

Si algo caracteriza nuestra era –como lo sostienen los más destacados pensadores de todo el globo– es la búsqueda prioritaria y casi exclusiva del éxito personal, identificado con la obtención de las mayores ganancias en el menor tiempo posible.

Se descartan valores que, pocas décadas atrás, eran respetados como el esfuerzo sostenido en períodos prolongados o la importancia de las actividades productivas⁴⁰.

La cultura del trabajo ha sido reemplazada por la de la acumulación sin límites ni medida, sin espacio para la solidaridad o la asunción de deberes cívicos. El ya célebre concepto de Bauman, la “modernidad líquida”, define una época en la que todo se consume con suma rapidez y hasta las relaciones personales se diluyen en un contexto de individualismo feroz y creciente⁴¹.

Ese contexto favoreció una expansión descontrolada –e insustentable– de los activos financieros que pasaron, a nivel mundial, de representar 1,20 veces el PBI a equivaler a tres veces el mismo indicador, mientras los movimientos de capital transfronterizos se cuadruplicaban entre 1990 y 2007.

Al amparo de una desregulación cada vez mayor y de la ausencia de controles eficaces, los riesgos se asumieron con la certeza de que no serían quienes los tomaban los que deberían finalmente pagarlos. El estímulo para proceder de ese modo fueron ganancias escandalosas, concentradas en las cúpulas de las entidades financieras y suavemente derramadas hacia sus empleados.

En paralelo, las calificadoras de riesgo premiaban con altas notas títulos cuya pésima performance era previsible y los responsables de la supervisión ni siquiera estaban en condiciones de comprender las muy *imaginativas* fórmulas matemáticas de los nuevos *productos*, llamados a reemplazar la auténtica creación de riqueza por el apalancamiento, potenciado a extremos nunca vistos.

La denominada *burbuja inmobiliaria* es la prueba más visible de lo ocurrido pero, ciertamente, no la única.

La extrema desigualdad ya aludida y la inmensa asimetría de poder que de ella deriva, conjugadas con la incapacidad de contralor –a veces complicidad– de los Estados y sus funcionarios, abrieron las puertas a una debacle del sistema financiero y de la economía en general, cuya magnitud no registra antecedentes en casi ochenta años. Millones de puestos de trabajo perdidos y la abrupta contracción de

⁴⁰ Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, FCE, 2000, p. 35, cita a Peter Drucker –*No más salvación por la sociedad*– y Margaret Thatcher –*No existe la sociedad*–, para remarcar que cada individuo está librado a su suerte y sólo puede contar consigo mismo para sobrevivir pues todo ha sido desregulado y privatizado. Veblen, Thorstein, *La clase ociosa*, FCE, 2005, p. 38, expone con brillante prosa las nefastas características de su sociedad en el siglo XIX, afirmadas luego de la década del ochenta: “*el fin perseguido con la acumulación consiste en alcanzar un grado superior, en comparación con el resto de la comunidad. Mientras la comparación le sea claramente desfavorable, el individuo medio, normal, vivirá en un estado de insatisfacción crónica y, cuando haya alcanzado lo que puede denominarse el nivel pecuniario normal de la comunidad –o de su clase en la comunidad–, esta insatisfacción cederá el paso a un esfuerzo incesante por crear un intervalo pecuniario cada vez mayor entre él y ese nivel medio. La comparación valorativa no puede llegar nunca a ser tan favorable al individuo que la hace, que éste no desee colocarse en un rango aún más elevado en relación con sus competidores en la lucha por la reputación pecuniaria. Por la naturaleza del problema, es difícil que pueda saciarse nunca el deseo de riqueza en ningún ejemplo individual y es evidente que la satisfacción del deseo medio general de riqueza está fuera de toda posibilidad*”.

⁴¹ Cohen, *La prosperidad del mal*, p. 21, plantea que la reciente crisis mundial trae a colación “*la regulación... moral del capitalismo. La locura del dinero, que vuelve por sus fueros... el afán consumista... plantea la cuestión de saber sobre qué valores y frustraciones se apoya*” añadiendo que “*el hombre moderno sigue hambriento, pero de bienes cuya existencia desconocía unos años antes*”.

los presupuestos –afectando la salud, la educación, la seguridad y la vida diaria del conjunto– son algunas de las conocidas consecuencias.

Sin extendernos en el tema, lo que excedería nuestro propósito⁴², nos limitamos a destacar que las pérdidas incalculables ocasionadas por conductas visiblemente antijurídicas y despreocupadas de las más elementales precauciones exigibles, fueron y serán afrontadas por la sociedad, en el ya señalado marco de daños con alcance global⁴³.

Como resulta de algunos de los datos ya analizados, la recuperación de los sectores de mayor riqueza –a los que pertenecen los responsables de la crisis– ha sido por demás veloz, mientras que los más desprotegidos recorren un largo e incierto camino de dificultades.

Retomaremos la cuestión al referirnos, concretamente, a las implicancias de la responsabilidad agravada con relación a ella.

3. La responsabilidad

a. Generalidades

Sabemos que la responsabilidad está necesariamente asociada a la libertad. En términos filosóficos, por demás conocidos y aceptados, “*asumir nuestra libertad supone aceptar nuestra responsabilidad por lo que hacemos, incluso por lo que intentamos hacer o por algunas consecuencias indeseables de nuestros actos*”⁴⁴.

Este concepto básico aparece como norma esencial de la vida en sociedad desde los comienzos de la civilización. Sin pretensión de originalidad citamos los principios de Ulpiano, cuyo *alterum non laedere* –y la consecuente obligación de reparar el daño– son piezas obligadas de cualquier sistema jurídico.

⁴² Remitimos al análisis de *La crisis global, las responsabilidades y el derecho*, LLActualidad, 23/4/09, p. 1 y *Demanda de la SEC contra Goldman Sachs: la crisis financiera global y sus responsables*, LLActualidad, 1/6/10, p. 2.

⁴³ Leijonhufvud, Axel, *Interés cero, subsidio oculto a los bancos*, iEco diario “Clarín”, 30/1/11, p. 6 (*Shell game: Zero-interest policies as hidden subsidies to bank*, <http://voxeu.org/index.php?q=node/6049>), apunta que la reserva federal de los Estados Unidos de América está proveyendo de reservas a los bancos a una tasa cercana a cero. Esas grandes sumas no se vuelcan mayoritariamente al crédito a las empresas sino a la compra de bonos del tesoro estadounidense que pagan del 3% a 4% anual. “*Tal fuerte subsidio al sistema bancario es solventado por los contribuyentes. No fue votado por el Congreso*” y se lo otorga de un modo fraudulento sin explicitarlo ante “*la gente común, que no puede entender cómo el dinero pasa de los perdedores a los ganadores*” (www.ieco.clarin.com/economia/Interes-cero-subsidio-oculto-bancos_0_209100005.html).

⁴⁴ Savater, Fernando, *Las preguntas de la vida*, Planeta, 1999, p. 146 y siguientes. En su lenguaje abierto y llano agrega el autor que “*la libertad es imprescindible para establecer responsabilidades, porque sin responsabilidad no se puede articular la convivencia en ningún tipo de sociedad... Ser libre no es responder victorioso ‘¡yo he sido!’ a la hora del reparto de premios, sino también admitir ‘¡he sido yo!’ cuando se busca al culpable de una fechoría... es responder por nuestros actos y siempre se responde ante los otros, con los otros como víctimas, como testigos y como jueces*”. A renglón corrido, relaciona lo irremediamente libre de nuestra condición natural de lo simplemente irremediable de otros seres naturales.

En el esquema del distinguido jurista romano del siglo III –que, adecuado a nuestro tiempo, mantiene vigencia– el cumplimiento del mandato reparador aporta a una solución justa a los conflictos, dando –con la indemnización y en lo que al caso concreto se refiere– a cada uno lo suyo, conforme al *suum cuique tribuere*.

De igual modo, se satisface el otro principio de la trilogía –*honeste vivere*–, pues la compensación de los perjuicios implica a la vez la sanción a quien se aparta de las reglas que rigen la vida en comunidad y una fuerte prevención de carácter disuasorio para el conjunto.

En otros análisis, sostuvimos la necesidad de regresar, como punto de partida, a estas cuestiones que podrían estimarse obvias pero contrastan con una compleja realidad, en la cual es demasiado habitual que tales principios –no obstante su vital relevancia y aparente consenso indiscutido– sean ignorados o soslayados.

Sin una efectiva atribución de la responsabilidad y la consiguiente satisfacción de las obligaciones que de ella emergen, la ley queda reducida a un enunciado formal y los principios fundantes del Estado de derecho –en especial el de igualdad– resultan abiertamente vulnerados.

b. Responsabilidad patrimonial

Mencionamos antes la muy notable evolución del orden jurídico en lo referente a la responsabilidad civil.

De la visión clásica, centrada en la culpa, la antijuridicidad formal y subjetiva, la restricción al resarcimiento y la distinción entre el campo contractual y el extracontractual, pasamos a una visión moderna que prioriza la reparación del daño con carácter integral, separa la antijuridicidad de la culpa y de la tipicidad y concibe una unicidad de lo ilícito, superando las diferencias históricamente derivadas del origen de la relación entre el causante del daño y la víctima⁴⁵.

Los factores objetivos de atribución –tales como el riesgo creado, la prohibición de abuso del derecho o la equidad– reducen de manera visible los alcances del antiguo principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa, incluso invirtiendo, según las circunstancias, la carga probatoria.

Junto a la defensa del consumidor –de rango constitucional y creciente desarrollo– generan una radical modificación del marco jurídico en la materia, mientras la

⁴⁵ Sica, Salvatore, *La responsabilidad. Las responsabilidades: sobre el tema del sistema y las funciones de la regla aquiliana*, LL, 2003-A-876; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. I, p. 139; RCyS, 2010-VIII-245, expresa la evolución de la doctrina italiana, resaltando la restricción progresiva, casi hasta la disolución, de la separación entre el ilícito contractual y el extracontractual, añade que “*la crisis de la función preventiva de la lex aquilia encuentra una razón específica en clave económico-social. Los factores que conducen en esta dirección son múltiples. La sociedad de consumo, con la producción y la distribución masiva, la aceleración tecnológica, la creciente socialización del riesgo, la intensificación de actividades socialmente ‘inevitables’ pero con difuso potencial para causar daño: éstos son sólo algunos de los referentes a tomar en cuenta para justificar la falla en la perspectiva de la prevención*”.

culpa civil se separa nítidamente de la penal y la obligación de indemnizar se vincula más a “*un déficit entre la conducta obrada y la debida*”⁴⁶.

Se impone la satisfacción de las legítimas expectativas del otro, particularmente cuando es dable esperar de alguien una actuación profesional y es razonable confiar en ella, con lo cual la confianza también conforma un factor de atribución.

Puede afirmarse que las fronteras de la responsabilidad civil se han ampliado y “*diseñan así un perfil con trazos de universalidad, modernidad, solidaridad, justicia y equidad*”⁴⁷. Ello no obsta a destacar que, desde antiguo, la doctrina ha relacionado la justicia –como fin perseguido por el derecho– con la solidaridad y el reclamo de una contribución solidaria con tan alto fin, medida en función de la capacidad de cada persona. Se ha respaldado esa postura en las relaciones de interdependencia y cooperación sin las cuales no es posible la vida social⁴⁸.

Un claro ejemplo de ello lo configura el concepto actual del daño moral introducido en las normas vigentes a partir de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, destacándose que “*hoy el centro es la persona misma del lesionado, concebido como un ser humano pleno, con todos sus bienes, sentimientos, dolores*”⁴⁹.

La protección de los intereses difusos y del ambiente –reforzada por su incorporación a las garantías constitucionales–, la paulatina incorporación de las acciones colectivas, a pesar de la ausencia de una reglamentación precisa –lo que obligó a la jurisprudencia a cubrir el vacío mediante fallos por demás trascendentes⁵⁰–, mues-

⁴⁶ Lorenzetti resume el cambio de paradigma expresando que “*el principio general del daño injusto queda replanteado en estos términos: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado*”.

⁴⁷ Bustamante Alsina, Jorge, *El perfil de la responsabilidad civil a fines del siglo XX*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Alterini”. Agrega “*ampliar las fronteras de la responsabilidad civil y trazar el perfil moderno y prospectivo para alcanzarlas con justicia y equidad requiere avanzar más allá de la culpa, sin excluirla, y más allá de la responsabilidad individual, sin desecharla*”. Adhiere a “*la unicidad del fenómeno resarcitorio que conduce a través del elemento del daño a la concepción unitaria de la responsabilidad civil*”, más allá de su origen contractual o extracontractual y destaca “*la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio*”.

⁴⁸ Aguiar, Henocho D., *Hechos y actos jurídicos*, Tipográfica Editora Argentina, 1950, t. I, p. 297 y 303, desarrolla estos conceptos al referirse al daño causado por los hechos involuntarios, y postula una interpretación del art. 907 del Cód. Civil recogida, en alguna medida, en el segundo párrafo introducido por ley 17.711. La felicidad humana, que es la aspiración última –dice– “*no puede ser fruto del egoísmo individual, sordo a lo que no responda a su propio interés, que permanece extraño al sufrimiento ajeno cuando no es obra de su voluntad, servida por una inteligencia despierta y aguda para conocer o prever las consecuencias de sus actos*” y concluye “*la solidaridad humana no debe ser una palabra vana, una simple frase, urge convertirla en una realidad, desde que es condición de existencia, tal vez el único medio que nos aproxima al ideal del derecho y, en consecuencia, los hechos que la consagran pueden ser exigidos, constituir normas de las acciones humanas*”.

⁴⁹ Borda, Guillermo, *Proyección actual de la ley 17.711 en materia de responsabilidad civil*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”. Interesa el acento puesto en la trascendencia de la buena fe y la prohibición del abuso, dentro de una realidad social donde suele haber una parte dominante y una parte débil en los contratos, como en los muy frecuentes contratos de adhesión, donde “*a la parte débil sólo le queda la opción de prestar su consentimiento o no hacerlo; y si necesita el servicio o el bien, lo prestará, sin poder discutir las condiciones o cláusulas*”.

⁵⁰ CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873, dto. 1563/04”, LL, 2009-B-157. En este emblemático pronunciamiento, la Corte recuerda la existencia –art. 43, Const. nacional–, de “*una*

tran un encuadre jurídico que ha ido recogiendo los profundos cambios de las décadas recientes en todas las facetas de la vida social.

Empero y al igual que lo señalado en materia de teoría y práctica de los derechos de las personas, los avances reseñados sucintamente no bastan para superar el grueso nudo de la desigualdad, que limita en los hechos una distribución justa y razonable de las consecuencias dañosas de los actos.

Expresamos nuestra convicción de que si el sistema jurídico garantizara la asunción de su responsabilidad –y el pago de los daños que corresponde atribuirles– por todas las personas, pero muy especialmente, por el pequeño y privilegiado segmento que acapara la mayor parte de la riqueza existente, los efectos beneficiosos para el conjunto social serían inmensos.

Resumimos rápidamente la idea. Es sabido que la vigencia efectiva de la ley en esta materia tiene una doble implicancia directa: la reparación del perjuicio –en la medida, claro está, de la solvencia patrimonial del responsable– y la prevención de la ocurrencia de otros, en tanto advierte a todas las personas que quien cause los daños deberá afrontarlos.

Si bien vivimos en un mundo donde la pérdida de estima o respeto por el cumplimiento de las normas es visible –a punto tal que muchos son los que denuncian como generalizado el desprecio a la ley–, las posesiones materiales, el dinero y el poder que el mismo confiere, son *valores* –mejor, desvalores– especialmente apreciados, sobre todo entre los que acceden a ellos.

Ellos brindan, pues, un fuerte impulso para apartarse de los deberes jurídicos y dan habitual sustento o motivo a la imprudencia, el dolo o la asunción de riesgos desmedidos, conductas que suelen causar daños a personas determinadas, a sectores de menores recursos o posibilidades o a toda la comunidad.

Ahora bien, repasando los problemas sociales de mayor magnitud que afronta la humanidad –a nivel global y local–, hay coincidencia en identificar entre ellos a los riesgos ambientales –en particular, el calentamiento global–, la corrupción pública y privada, la evasión fiscal, los movimientos clandestinos de capitales y su blanqueo. Recientemente, podemos agregar las consecuencias de la crisis financiera a cuyos gravísimos efectos de dominio público nos referimos antes. El análisis de cualquiera de esos temas nos hace ratificar el aserto anterior.

Así, dado que el origen del calentamiento global ha sido vinculado a la actividad humana, con consenso contundente a nivel científico, en la medida que se establezcan parámetros de responsabilidad claros y precisos a las actividades de mayor poder contaminante, se lograrán los dos efectos ya aludidos: la reparación del daño –conjugada con el logro de importantes recursos para afrontarlo y prevenirlo hacia el

tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos –tal el supuesto de derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de usuarios y consumidores y los derechos de sujetos discriminados–, en cuyo caso existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

futuro— y la generación de estímulos ciertos para el desarrollo veloz de tecnologías capaces de reducir al mínimo posible la huella ecológica⁵¹.

El fenómeno de la corrupción, sin renunciar al encuadre penal que le corresponde —aunque a la vez recordando las absurdas demoras que se registran en el trámite de dichas causas y su muy escaso resultado—, disminuiría de modo marcado si los procedimientos de recupero de activos detraídos y reparación de los perjuicios causados se efectivizaran con seriedad y prontitud, lo que, claro, no ocurre hoy.

Nos referimos no sólo a los causados dolosamente sino también a los resultantes del incumplimiento culposo de los deberes de eficiencia y eficacia que incumben a todo funcionario, con miras a requerir de quienes ejercen la representación de la sociedad una cabal y constante asunción de sus deberes y rendición de cuentas⁵².

La correcta atribución de responsabilidades a socios y administradores de las sociedades comerciales⁵³, así como el adecuado contralor de actividades económicas como la financiera⁵⁴ —que por sus efectos multiplicadores y dimensión cuantitativa impactan con fuerza en la economía— serían herramientas eficaces para combatir y reducir el fraude corporativo, la contabilidad “imaginativa” o el apalancamiento sin medida ni límites.

Se contribuiría así a evitar el abuso de estructuras jurídicas previstas para la creación de riqueza y el cumplimiento de fines sociales de interés general, que con excesiva frecuencia se emplean para el ocultamiento, la violación de las normas y la generación de ganancias ilícitas o la vulneración de derechos de terceros y de la sociedad.

Los supuestos con los que hemos desarrollado la idea se relacionan entre sí por encuadrar dentro del esquema de agravamiento de la responsabilidad que, en nuestro orden normativo —y en la lógica y el sentido común inherente a todo análisis jurídico—, es la consecuencia directa de una lectura más exigente del deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

Tal es la dirección a la que hemos apuntado en este trabajo, que propone evaluar, desde la mira planteada, la interpretación actual de la cuestión y vincularlo con su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

⁵¹ Drucaroff Aguiar, *Calentamiento global: responsabilidades y acciones. Ante la tragedia, el derecho*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 7, sep. 2006 y *Seguridad y justicia: vivir y sobrevivir en el siglo XXI*, LL, 2007-B-1117.

⁵² Tratamos esta cuestión en *Responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, LL, 2007-F-1258.

⁵³ Drucaroff Aguiar, *La responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año X, n° 12, p. 3 y *La responsabilidad en el derecho bancario*, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 238, sep./oct. 2009, p. 348.

⁵⁴ Temática abordada en *La responsabilidad en el derecho bancario*.

4. La responsabilidad agravada

a. Normas del Código Civil argentino

La graduación de la responsabilidad y el agravamiento de la misma en función de determinados supuestos están planteados en el texto original del Código Civil.

El art. 902 establece que *“cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”*.

Por su parte, el art. 909 se refiere a *“los contratos que suponen una confianza especial entre las partes”* y dispone que en tales casos *“se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”*.

Las normas referenciadas enuncian reglas teóricas a las cuales debe atenderse para fijar la extensión de la responsabilidad, partiendo de un imperativo de prudencia y conocimiento impuesto a la conducta de todas las personas⁵⁵.

Ese deber puede ser mayor por razones referidas a las circunstancias del acto en sí. Por ejemplo, las decisiones tomadas bajo el apremio de una urgencia que requiere inmediatez no son, en principio, asimilables a las que adopta el agente mediando el tiempo necesario para reflexionar con tranquilidad antes de decidir. Lo propio ocurriría al comparar una situación normal, habitual o rutinaria con otra en la que el acto, por su trascendencia, requiera un análisis más profundo⁵⁶.

También debe ser mayor la exigencia para quien está en mejores condiciones que otros para apreciar el acto como tal y en cuanto a sus consecuencias posibles. En la mirada de la doctrina anterior a la reforma del Código, se relacionaba este aspecto con la preparación o desarrollo intelectual y cultural.

Dado que la norma no se refiere al *quantum* de la reparación, el cual resultará del perjuicio real sufrido, la extensión de la responsabilidad se entiende referida –desde la indicada óptica– a la calificación del hecho, debiendo compatibilizarse entonces la norma del art. 902 con las de los siguientes para evaluar las consecuencias imputables al autor.

b. Imputabilidad de las consecuencias

Conforme al art. 903, las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos.

En cambio las consecuencias mediatas le son imputables, según el art. 904, *“cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”*.

⁵⁵ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, t. I, p. 297 y 303, cuyo análisis exegético seguimos en este apartado.

⁵⁶ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos*, t. I, p. 261, quien agrega –citando a J. Kohler– *“cuánto más peligrosa es una actividad, tanto más se está obligado a meditar sobre todas las posibilidades para evitar una consecuencia funesta”*.

Cabe recordar que se consideran consecuencias inmediatas las que acostumbra suceder “según el curso natural y ordinario de las cosas”, mientras que las mediatas se definen como las resultantes “solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”.

Aquellas consecuencias mediatas “que no pueden preverse” se denominan “casuales”, todo esto con arreglo al art. 901. Ellas sólo pueden imputarse al autor del hecho “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo” al ejecutarlo (art. 905).

Por último, el art. 906 dispone que las consecuencias que no tienen un nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito –denominadas “remotas”– no son imputables en ningún caso. Esta norma fue introducida por la reforma de la ley 17.711, que derogó la redacción primigenia de dicho artículo, cuya confusa redacción había generado fuertes debates doctrinales.

Vale hacer constar que, en materia de incumplimiento de obligaciones contractuales, el régimen de las consecuencias guarda analogía con las normas que rigen los hechos y actos jurídicos, aquí resumidos.

En principio, el resarcimiento de daños e intereses causados por la falta de cumplimiento queda limitado a los que fueren una consecuencia inmediata y necesaria de ella (art. 520, Cód. Civil). Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, deberán comprenderse en la reparación las consecuencias mediatas.

Regresando a nuestro objeto de análisis, se advierte que la mayor responsabilidad atribuida por el art. 902 implica para el sujeto al cual se aplica el concepto –siguiendo con la interpretación del Código en su texto original y limitándonos a las disposiciones específicas que venimos tratando– la obligación de responder en una extensión diferente a la habitual, que debe determinarse teniendo en cuenta las prescripciones de las restantes normas aquí mencionadas.

Veamos cómo se refleja esto con relación a cada una de esas situaciones.

En lo que hace a las consecuencias inmediatas, en mérito a la responsabilidad agravada, puede corresponder atribuirle tal carácter a hechos que para otras personas –o incluso para la misma en diferente situación– no lo serían.

Recurrimos a un ejemplo claro en materia de responsabilidad bancaria: el rechazo de un cheque no implica por sí mismo el cierre de la cuenta corriente contra la cual fue librado, ya que, para que eso ocurra, deben encontrarse configurados los demás requisitos que las normas que rigen la cuestión imponen. Podríamos decir que, en principio, el cierre de la cuenta no debería ser una consecuencia inmediata del rechazo de un cheque.

Sin embargo, para el banco donde esa cuenta está abierta, que tiene –o al menos, está obligado a tener– pleno conocimiento de las circunstancias del caso y de la eventual configuración de los recaudos restantes –tales como la existencia previa de un número determinado de cheques rechazados–, debería considerársela como sucedida de acuerdo al curso común y ordinario de las cosas. Ello por una doble razón. La profesionalidad exigida a la entidad en el ejercicio de su actividad bancaria y el conocimiento preciso –igualmente demandado por las normas– que debe tener respecto de los antecedentes fácticos.

En materia de consecuencias mediatas, la mayor responsabilidad juega como factor importante a la hora de evaluar si el sujeto las previó o si –actuando con la atención y conocimiento debidos– pudo preverlas.

El hecho de haber previsto esas consecuencias puede resultar de difícil prueba, pero si la persona tenía una obligación legal o convencional de hacerlo –luego nos referiremos a las exigencias del orden jurídico, a ese respecto, en la actualidad– entrará por lógica en acción la segunda parte de la norma, con efectos similares.

La posibilidad de prever y el grado de atención y conocimiento requeridos –que permiten y obligan a prevenir las consecuencias– deberán considerarse con mayor amplitud y exigencia cuando la responsabilidad se defina como agravada.

Los ejemplos son útiles en una cuestión tan dependiente de las circunstancias del caso. Si una empresa se ve privada de un determinado insumo parece absurdo, *prima facie*, pensar que una consecuencia mediata de ello puede ser su concurso preventivo, ya que la cadena causal para que así suceda no se presenta fácilmente a la vista de cualquier persona, con lo cual lo lógico sería pensar el hipotético concurso como una consecuencia no previsible y, por ende, casual.

La situación varía sustancialmente si quien la analiza es el proveedor habitual del mismo insumo, que conoce su valor decisivo para el ciclo productivo y, además, ejerce una posición dominante o cuasi monopólica en el mercado. Para él, analizada la cuestión con el debido cuidado y la información de que dispone, la situación concursal podría ser una consecuencia mediata muy razonable.

c. La responsabilidad agravada en la actualidad

Resumimos precedentemente los caracteres atribuidos a la responsabilidad agravada sobre la base de la redacción inicial del Código Civil. Es oportuno señalar que, en el campo de la interpretación jurisdiccional y en lo que hace a la valoración de las consecuencias –en función de una mayor responsabilidad– la cuestión no ha sido suficientemente desarrollada. Volveremos sobre el tema al tratar supuestos concretos en distintas instituciones del derecho comercial.

Al ingresar en la segunda década del siglo XXI, el encuadre debe hacerse a la luz de los principios generales del ordenamiento jurídico, el cual, desde hace tiempo, se considera como un conjunto armónico, y se interpreta sobre la base del propósito constitucional de afianzar la justicia.

1) *La buena fe y la responsabilidad*. En primer lugar, resaltamos el principio rector de la buena fe, que –de modo unánime– se considera como fundamental. Es actualmente la pauta básica de conducta requerida a las personas en su obrar y a la actuación de las partes en los contratos, siendo a la vez una herramienta que siempre debe estar presente en la interpretación judicial.

La relevancia e implicancias de la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil han sido suficientemente remarcadas. No obstante, el proceso de adecuación del sistema jurídico a sus pautas, cuarenta años más tarde, continúa y sus estándares siguen demostrando vitalidad y actualidad, en el marco de los grandes cambios sufridos por la sociedad moderna, a los que antes hicimos mención.

La consagración legal de la buena fe en el art. 1198 y la prohibición del abuso de derecho, explícitamente agregada en el art. 1071 –a más de muchas otras normas específicas como la teoría de la imprevisión o la lesión subjetiva–, modificaron de modo sustancial la ley civil, para hacer frente a una era de desigualdades económicas crecientes, asimetrías notables en las contrataciones, proliferación de contratos de adhesión y crisis definitiva de la noción histórica del contrato, identificada en la antigua máxima del *pacta sunt servanda*.

Sin desatender el valor ético de estos principios ni las hondas raíces de la solidaridad y la fraternidad –que, como señalamos, sostenía la doctrina desde largo tiempo atrás–, la actual vigencia de la buena fe trasciende por completo ese campo de los valores para arraigarse en los tratados internacionales, la Constitución y las leyes, como principio que irradia a todo el derecho.

Podemos decir, sin temor a exagerar, que la demanda de conductas sustentadas en la buena fe es, por otra parte, un requisito necesario para asegurar la vigencia efectiva de las garantías reconocidas a cada persona.

Llevado el concepto al terreno práctico, se requiere sinceridad, transparencia y lealtad en los comportamientos y se sanciona su ausencia. Se reclama una prudencia y un actuar diligente que considere las legítimas y fundadas expectativas del otro, el respeto a la confianza recibida, que en los contratos se debe desde antes de su celebración y hasta después de su extinción.

Esas pautas se extienden a la actuación en sede judicial y tienen correlatos en normas procesales concretas. Comprenden también, lógicamente, la actuación letrada en los procesos, aspecto al que haremos mención en el punto 6 pues su relevancia en los pleitos –y, particularmente, en aquellos donde se sustancian reclamos derivados de la responsabilidad patrimonial– no es menor.

El enfoque jurídico en nuestros días prescinde cada vez más de la formalidad y se ocupa de las intenciones profundas. La buena fe no es nada más que la ausencia de mala fe; la previsión –dentro de lo razonable– es también una exigencia a satisfacer y el abuso en ningún caso puede ser amparado o admitido.

Hicimos notar anteriormente que, en el terreno de la responsabilidad, se ha afirmado una concepción de unicidad de lo ilícito, en mérito a la cual la sistemática de la reparación se aplica con independencia del ámbito contractual o extracontractual donde el daño se haya originado.

La conducta antijurídica se juzga en base a su oposición al ordenamiento jurídico en su conjunto y no solo a la ley. Ello incluye los actos contrarios a los principios jurídicos, a las cláusulas generales e incluso a los valores de rango normativo, lo que expande el campo enormemente.

En lo que hace a la culpa, el carácter normativo que se le atribuye se traslada a los criterios de apreciación, incorporándose en ellos modelos que implican un mayor requerimiento para determinadas personas y conducen a atribuirles una mayor responsabilidad. Nos referimos a los estándares de “buen padre de familia”, “buen empleador”, “buen hombre de negocios” y otros análogos⁵⁷.

⁵⁷ Lorenzetti, *La responsabilidad civil*, LL, 2003-A-973.

Dentro de ese esquema, la noción de dolo también se ve revalorizada por cuanto la elevación de las demandas a las conductas, la imposición de respetar al otro y de responder a sus expectativas legítimas, son parámetros que condicionan la intencionalidad de los actos; en especial en los casos donde el sujeto tiene presente –o debió haberlo tenido– las consecuencias de sus actos y, a pesar de ello, los llevó a cabo.

2) *El deber de prudencia y el pleno conocimiento de las cosas.* Esbozado el marco real y jurídico dentro del cual se desarrolla la vida contemporánea, abordamos uno de los interrogantes que planteamos al comienzo. ¿Procede establecer una relación entre el lugar que cada persona ocupa en la sociedad y la atribución a la misma de un deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas? Si la respuesta es positiva, ¿qué parámetros nos permiten valorar y graduar esa relación?

En cuanto a la primera pregunta, no dudamos que la ubicación social de cada ser humano es una pauta insoslayable que condiciona sus posibilidades de aprehensión de conocimientos y comprensión de la realidad, punto obligado de partida para el deber analizado.

Esa ubicación en la sociedad no se limita, como es obvio, a la posición económica –a pesar de la indudable importancia de la misma–. Comprende el contexto cultural en el cual está inmerso el individuo y el grado de satisfacción de sus necesidades básicas, de su acceso al mínimo de derechos que el orden jurídico le confiere y conforman una vida digna. Desde ya que esta cuestión deberá reformularse en cada momento y lugar, acorde con las condiciones vigentes en ellos.

La valoración del deber al que nos venimos refiriendo y de cuándo y a quiénes debe requerírsele un grado mayor de prudencia y conocimiento, sólo puede hacerse en base a criterios de equidad que permitan arribar a soluciones justas.

En esa dirección, es prioritario cumplir con el principio de igualdad ante la ley, del cual deriva la necesidad de tratar en términos diferentes a quienes se hallan en situaciones diferentes, a fin de nivelar las situaciones de desigualdad e impedir que sus efectos se multipliquen en las relaciones jurídicas.

Para que el trato que se les confiere sea igualitario, es preciso que los sujetos se encuentren en razonable igualdad de circunstancias. Con esa mira, no pueden ignorarse sus evidentes desemejanzas, como repetidamente lo ha dicho nuestra Corte Suprema.

La igualdad procura armonizar las diferencias en función del bien común, lo que hace justo y necesario imponer obligaciones mayores por las consecuencias de sus actos a quienes –por estar en una situación económica, social y cultural claramente superior al promedio– deben incrementar su prudencia y hacer uso del conocimiento que poseen, siempre siguiendo las pautas rectoras de la buena fe.

Vivimos en una sociedad signada por notables desigualdades, con situaciones extremas en materia de apropiación de la riqueza como referimos antes. Ese hecho, de evidentes implicancias múltiples, debe considerarse al momento de establecer una obligación de mayor cuidado y atención.

Las normas en vigencia no brindan –ni podrían hacerlo, a nuestro criterio– fórmulas matemáticas o pautas sencillas para esa graduación. Sin embargo el senti-

do común indica que, por ejemplo, a quienes integran el sector social que posee un altísimo porcentual de los bienes totales, es lógico requerirles un ejercicio de previsión y evaluación detenida –de cualquier situación en la que actúen y de sus consecuencias– mucho más significativo y cuidadoso.

Esta primera pauta debe compatibilizarse con otras de tipo funcional, derivadas del rol desempeñado por la persona en determinadas relaciones. Así sucede, por caso, con los administradores de sociedades comerciales, con los empleadores, con aquellos a los que el Estado les atribuye concesiones o autorizaciones especiales para desarrollar su actividad o con quienes ejercen profesiones o especialidades sujetas a pautas propias.

En cuanto profundizamos el análisis, advertimos que las personas a las cuales es dable exigirles una responsabilidad mayor, por las funciones o actividades específicas que desarrollan, pertenecen –al menos en su casi totalidad– al sector social donde se distribuye el grueso de la riqueza. Esto refuerza la argumentación precedente, en tanto la correcta atribución de una mayor responsabilidad contribuye a impedir que la desigualdad se agrave aún más, mientras, en paralelo, aporta a la justicia del caso concreto.

Llevada la cuestión al campo del derecho comercial, creemos que las conclusiones anticipadas tienen una aplicación todavía más extendida. En efecto, los protagonistas de casi todas las operaciones comerciales de cierta significación económica son personas cuya ubicación en la sociedad es privilegiada⁵⁸.

Esas personas gozan, además, de la posibilidad de acceder al uso de complejas herramientas jurídicas –las más habituales: creación de sociedades comerciales o recurrencia al concurso preventivo para superar situaciones de insolvencia– a las cuales difícilmente pueden acudir los demás miembros de la sociedad.

Si hablamos del uso o explotación de recursos naturales a cierta escala o de las ya mencionadas concesiones o autorizaciones especiales para desempeñarse en campos restringidos al común de las personas, se sabe que el porcentaje de los que están en condiciones de aspirar a ello resulta minúsculo.

En cualquiera de esos casos el requerimiento de actuación prudente y atenta se incrementa de forma notoria.

3) *La mayor responsabilidad.* Una vez delineado el significado de un mayor deber de prudencia y conocimiento, abordamos los alcances de la mayor responsabilidad que aquel trae aparejada.

Mencionamos que la visión clásica, ceñida al texto inicial del Código Civil y a las pautas más rígidas y formales entonces imperantes, consideraba a las normas que disponen el agravamiento como reglas teóricas útiles para fijar la extensión de la

⁵⁸ Consideramos necesario aclarar –a fin de evitar reiteraciones innecesarias– que las menciones a sectores de ubicación económica y social privilegiada remiten a los datos sobre desigualdad brindados en el cap. 2 de este trabajo y sus citas. Nos referimos a que el 85% de la riqueza se encuentra en manos del 10% de la población, mientras que apenas el 1% posee el 40% del mismo total. Además, pequeños grupos porcentualmente insignificantes acaparan fortunas gigantescas. Es decir que, incluso dentro de quienes pueden –podemos– llamarnos privilegiados, hay diferencias que no deben obviarse en aras de una justa aplicación de las leyes.

responsabilidad. Son claros, en ese sentido, los efectos vinculados con las consecuencias inmediatas y mediatas, cuestión ya desarrollada en este aporte.

En el actual sistema jurídico, las implicancias concretas derivadas del agravamiento van mucho más allá de la cuestión de las consecuencias. El mismo incide en la propia configuración de la responsabilidad, partiendo de sus requisitos conocidos: antijuridicidad, daño y relación de causalidad.

En primer lugar, el carácter antijurídico de un acto –como lo recordamos anteriormente– resulta de su confrontación con el orden jurídico evaluado como conjunto armónico. Es contrario al derecho el abuso como también lo es ignorar el principio de buena fe, por citar dos de las pautas esenciales que rigen las conductas.

Esos principios se interpretarán y aplicarán, siempre meritando las circunstancias del caso y las condiciones de cada sujeto. Cuando a alguien le es exigible un mayor cuidado y atención, cuando de él se espera una actuación acorde con pautas concretas –como el profesionalismo–, cuando hay expectativas fundadas por razones lógicas respecto de su conducta, parece evidente que ello incidirá –y hasta podrá ser determinante– en la interpretación sobre la antijuridicidad del acto.

Planteada la cuestión desde otro ángulo –aunque sobre la base del mismo marco de referencia–, la mayor responsabilidad puede también ser conducente y relevante para el establecimiento de la relación causal entre un acto y un daño.

Recordamos que la relación causal constituye el elemento –del acto ilícito o del incumplimiento contractual– que vincula el daño directamente con el hecho antijurídico e, indirectamente, con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva⁵⁹.

Establecer cuál fue la causa adecuada que generó el daño requiere una evaluación o juicio de probabilidad sobre el curso natural y ordinario de las cosas. Pues bien, ese juicio varía de modo sustancial según corresponda o no demandar del sujeto involucrado una responsabilidad mayor.

En cuanto al monto indemnizatorio, en principio el mismo queda acotado por la cuantía efectiva del daño. El principio de reparación integral que entre nosotros rige, asume el carácter resarcitorio y la consiguiente exigencia de establecer, con certeza, los alcances del perjuicio para indemnizarlo sobre esa base.

Sin embargo, la ley de defensa del consumidor contempla sanciones punitivas no necesariamente relacionadas con el daño concreto, cuya finalidad es ejemplificativa y previsor de futuras conductas ilícitas. No casualmente, puede afirmarse, los sujetos pasibles de esas penas tienen atribuida una responsabilidad agravada en el referido marco legal.

⁵⁹ Bustamante Alsina lo define como “el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar”. Recuerda asimismo que nuestro Código Civil sigue la teoría de la causalidad adecuada, según la cual “no todas las condiciones necesarias para producir un resultado son equivalentes, sino que la causa eficiente es aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producirlo” (*El perfil de la responsabilidad civil a fines del siglo XX*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Atilio Alterini”).

También en materia procesal tiene incidencia y efectos el agravamiento de la responsabilidad. Anticipándonos al tratamiento de este punto que haremos luego, señalamos el vínculo entre el mismo y las obligaciones que impone –en punto a la carga de la prueba– la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En síntesis, la configuración de una obligación agravada de actuar con prudencia y conocer en grado mayor al habitual las cosas tiene efectos en la configuración de los supuestos de responsabilidad así como en los alcances de ella.

5. La responsabilidad agravada en el derecho comercial

Introdujimos antes la exigencia de una mayor responsabilidad en diversos campos de nuestra materia y sus motivaciones de carácter general, relacionadas con la naturaleza y finalidad de las operaciones comerciales. También pusimos énfasis en la posición que ocupan en la sociedad –en su gran mayoría, cuando menos– los actores de aquéllas.

La demanda genérica de un actuar de buena fe asume un grado superior en materia mercantil, donde se conjuga con los deberes impuestos a quienes realizan actos de comercio y las pautas de lealtad, transparencia y confianza, propias de esa actividad.

Particular trascendencia tiene el deber específico de obrar como un buen hombre de negocios. El modelo resumido en esa histórica expresión requiere una actuación que extreme la diligencia, presume la capacidad y el conocimiento para ello y comprende –como condición para tener por cumplido el buen comportamiento– el respeto por las normas y reglamentos aplicables así como por las convenciones celebradas.

En el plano societario, al que regresaremos luego, la exigencia del art. 59 de la ley de sociedades se traduce –siempre partiendo de la buena fe– en la obligación de ejercer los negocios sociales con el mismo cuidado y diligencia con la que se atenderían los propios.

El requisito de una mayor prudencia y atención diligente en materia negocial, debe igualmente valorarse a la luz de la tutela que el derecho mercantil brinda, en cada una de sus áreas, a quien se comporta de acuerdo a esos parámetros.

Nos referimos a ventajas esenciales como la limitación de la responsabilidad a determinados patrimonios afectados a un negocio –concedida a quienes constituyen sociedades comerciales para encarar un emprendimiento–. También a la posterior incidencia de esas limitaciones en el ámbito concursal. En otro orden, cabe mencionar la habilitación para intervenir en el sistema financiero y captar fondos públicos, conferida en forma selectiva a muy pocas personas.

Todos esos importantes beneficios presuponen la asunción de una responsabilidad mayor, caracterizada por la capacidad suficiente de quienes los reciben para llevar a cabo los negocios, con pleno ajuste a las demandas de cada uno de ellos.

Podemos entonces sostener que tan trascendentes ventajas sólo se justifican, desde la mira del interés general, en la medida en que sus beneficiarios cumplan con sus obligaciones y aporten al fin común perseguido.

A continuación analizaremos algunos casos puntuales que permiten un desarrollo del enfoque planteado.

a. Responsabilidad de las sociedades comerciales, sus administradores y socios

Hacemos constar, en primer lugar, que a los entes societarios en cuanto tales les cabe una responsabilidad mayor a la común, pues deben hallarse en condiciones aptas para cumplir sus fines, por imperio de la ley societaria. Esto comprende su capital, la estructura material y los recursos humanos mediante los cuales desarrollan la actividad que les es propia.

1) *La limitación de responsabilidad en la esfera societaria: fines y alcances.* Es sabido que los socios de determinadas sociedades comerciales están eximidos de responder con su patrimonio por las obligaciones de aquéllas. La ley otorga dicho privilegio teniendo como fin propiciar el desarrollo económico y la actividad productiva de bienes y servicios, propósito de notorio interés del conjunto social.

La limitación de la responsabilidad así concedida implica una excepción al principio general de unidad y universalidad del patrimonio y está condicionada a la capitalización suficiente de la sociedad y a que su actuación persiga la consecución de fines societarios acordes con el régimen legal.

Estos conceptos surgen de la letra de las normas vigentes y hay consenso en cuanto a los mismos en la doctrina⁶⁰.

El art. 1° de la ley de sociedades (LS) define la existencia de la sociedad comercial como una organización conformada sobre uno de los tipos previstos en ella, a la cual sus socios realicen aportes “*para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”. La calidad de sujeto de derecho que se reconoce al ente así creado tiene el alcance fijado en la ley (art. 2°, LS).

Las sociedades de objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta, conforme al art. 18 de la LS. Las que realicen actividades ilícitas deben disolverse y liquidarse, a pedido de parte o de oficio (art. 19, LS). Estas normas son concordantes con el principio general del art. 953 del Cód. Civil.

El último párrafo del art. 54 de la LS delinea con claridad el margen de la limitación de responsabilidad de los socios, al disponer que “*la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros,*

⁶⁰ Un desarrollo puntual de la cuestión extendería en demasía este trabajo. Nos remitimos a los citados en notas previas, sin perjuicio de lo cual mencionamos las siempre autorizadas opiniones de Junyent Bas, Francisco, *Responsabilidad por abuso de la personalidad. Acciones sociales*, ponencia, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, p. 391 y Richard, Efraín H., de quien citamos su ponencia a la XV Jornada de Institutos de Derecho Comercial de la R. A.: “*La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del ‘superamento della personalità giurídica’, levantamiento del velo, ‘piercing the corporate veil’, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, quizá más sofisticadamente usó de la técnica societaria para generar el perjuicio*”.

se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En cuanto a los administradores y representantes societarios, aludimos en el punto 5, al estándar de conducta del buen hombre de negocios, cuya lealtad y diligencia les reclama el art. 59 de la LS. El incumplimiento a esa obligación los hace también responsables, ilimitada y solidariamente, *“por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.*

De manera concordante se reglamenta la actuación de los directores de las sociedades anónimas (art. 274, LS). El mal desempeño del cargo –que se medirá según el criterio del citado art. 59–, la violación de la ley, del estatuto, del reglamento o el haber causado cualquier otro daño por dolo, abuso de facultades o culpa grave, los hace responsables *“ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros”.*

La norma analizada manda efectuar la imputación de responsabilidad *“atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”*, decisión y designación que deben haber sido inscriptas para que la valoración separada de la conducta de cada director tenga efecto.

Su último párrafo exime de responsabilidad al director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si hace constar por escrito su protesta y da noticia al síndico en tiempo y forma.

En la misma dirección corresponde citar el carácter personal e indelegable del cargo de director (art. 266, LS) y la frecuencia trimestral con que debe reunirse el directorio (art. 267, LS), cuya convocatoria puede hacer cualquiera de los directores si el presidente no la efectúa.

Abundando, conforme al art. 269 de la LS, en caso de formarse un comité ejecutivo para la gestión de los negocios ordinarios, ello tampoco modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores. Recordemos que lo mismo sucede (art. 270, LS) cuando se designan gerentes generales o especiales, sean o no directores, quienes responden ante la sociedad y los terceros *“en la misma extensión y forma que los directores”* pero de ningún modo excluyen la responsabilidad de éstos. Por último, los accionistas y terceros –según el art. 279, LS– *“conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.*

Expresa el art. 157 de la LS que los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada están sometidos a un régimen similar a los directores de la sociedad anónima en lo que respecta a sus derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades. Son responsables individual o solidariamente, *“según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas por el contrato”.*

El juez podrá fijar en qué medida deben reparar los perjuicios causados, atendiendo a su actuación personal y en caso de que una pluralidad de gerentes haya participado en los mismos hechos generadores de responsabilidad. Si la gerencia fuera colegiada, la responsabilidad será similar a la del directorio de la sociedad anónima.

2) *Criterios para la interpretación de las normas en materia de responsabilidad societaria.* El análisis efectuado hasta aquí nos lleva a concluir que los socios y administradores de sociedades comerciales deben satisfacer, en su actuación, los elevados requerimientos que el orden jurídico les exige, como lógica contrapartida de los importantes beneficios que él les concede.

Los fines perseguidos –por las personas que crean los entes y por quienes los administran– deben encuadrar en los que la ley estimula y protege y lo mismo sucede con el modo de procurarlos.

Si esos principios básicos se violentan, la consecuencia natural es la responsabilidad, solidaria e ilimitada, de los que incumplen y –según los casos y en la medida que corresponda– de los que se benefician por tal incumplimiento.

A primera vista la cuestión no parece compleja pero, en la práctica, la responsabilidad de quienes se amparan en la herramienta legal societaria para vulnerar derechos de terceros o de la comunidad no es tan evidente ni se materializa guardando una relación adecuada con aquellas violaciones y abusos.

En la interpretación de las normas –ya hemos reseñado algunas– suele invocarse un criterio restrictivo hacia lo que se denomina como una “extensión de la responsabilidad”. Ello se expresa muchas veces en la jurisprudencia, particularmente en el fuero comercial.

Hemos cuestionado esa modalidad interpretativa por entender que deriva de un enfoque errado y formal, que concluye incorporando un prejuicio anterior al análisis de los hechos del caso. Ello implica, al cabo, recabar una cierta excepcionalidad de circunstancias para atribuir la real responsabilidad que a cada uno corresponde.

Las disposiciones antes referenciadas no requieren nada fuera de lo común para ser aplicadas; basta la configuración de los supuestos sancionados.

Si el objeto o la actividad de la sociedad confronta con las exigencias legales, serán aplicables los arts. 18 y 19 de la LS.

Si el actuar societario encubre fines ajenos a la sociedad o se concluye que su constitución fue un mero recurso para violar el orden jurídico o perjudicar a terceros, los socios o controlantes a quienes quepa imputar esa actuación tendrán responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios.

Si las conductas de los administradores o representantes se apartan de las del buen hombre de negocios, no son leales, transparentes, de buena fe, prudentes y diligentes, su responsabilidad –también solidaria e ilimitada– se impone.

Los supuestos normativos podrán, además, combinarse en la medida en que, por ejemplo, los administradores o representantes sean a un tiempo –como muchas veces ocurre– socios o controlantes.

No encontramos fundamento alguno que permita restringir la aplicación de estos preceptos. Puede decirse que la limitación de la responsabilidad de los socios es la regla cuando se trata de tipos societarios que la contemplan, pero al mismo tiempo, y con la misma relevancia, puede afirmarse que esa limitación está condicionada al estricto cumplimiento de las normas que la establecen.

En lo que hace a los administradores, en cambio, la regla es un comportamiento acorde a los exigentes requisitos legales, cuyo apartamiento conduce de modo incuestionable a la responsabilidad.

Con un razonamiento similar al del criterio restrictivo que criticamos, podría sostenerse uno equivalente pero en sentido inverso. Dada la excepcionalidad de la limitación de responsabilidad y sus grandes ventajas –sumado ello al escasísimo porcentaje de seres humanos que pueden acceder a la constitución de sociedades– debería aplicarse un criterio restrictivo para conceder aquella limitación, lo cual supondría una predisposición a denegarla ante la menor duda sobre la satisfacción de sus recaudos.

No asumimos como propio ese razonamiento. Nos limitamos a señalar que su fuerza parece equivalente –o incluso moralmente superior– a la del anterior, pues al valor argumental se añade el respaldo visible de la realidad y sus datos, que nunca pueden ser dejados de lado a la hora de hacer justicia⁶¹.

A mayor abundamiento, las claras normas comentadas deben ser compatibilizadas con una responsabilidad definitivamente mayor que incumbe tanto a los socios como a los administradores societarios por aplicación de las normas legales y de su interpretación, ya analizadas.

Por supuesto, esto no implica un criterio apriorístico de restricción o extensión, sino el recordatorio de un nivel obligacional superior e insoslayable, que influirá al resolver cada conflicto, con los alcances postulados en los capítulos previos⁶².

3) *La jurisprudencia*. En el ámbito jurisprudencial, advertimos una situación curiosa que refleja las diferencias de interpretación a las que aludimos antes.

Al decidir con relación a las consecuencias del vínculo laboral entre las sociedades y sus dependientes, la justicia del trabajo define la responsabilidad de socios y administradores en términos similares a los que sostuvimos precedentemente. Vale decir, les imputa responsabilidad personal en numerosos casos, con fundamento en las normas de la ley de sociedades citadas.

En esa dirección, se ha extendido la condena por falta de pago de créditos laborales a directivos de la sociedad empleadora cuando se comprueba falta de registración total o parcial de la relación laboral y sus modalidades⁶³. Esto incluye también el pago de los salarios o de una parte de ellos en forma clandestina.

⁶¹ Lorenzetti sostiene que “el juez debe ser consciente de la existencia del metavalor que es el pluralismo de valores, el cual permite cumplir el plan constitucional y construir una sociedad más integradora”; Colmo y Rueda establecen que “la justicia no es asunto de palabra ni siempre de lógica, sino también de intereses y de hechos que tienen que ver con la realidad de la vida”, ambos citados por Barbado, Patricia, *El lenguaje judicial. Perspectivas actuales para remediar sus patologías*, SJA, 30/7/08, n° 5.

⁶² Seara López, Delia, *Vayamos a lo concreto*, LL, 18/1/11, p. 1, critica –con acierto– los rigores del “*dura lex, sed lex*”: “Dentro de la práctica de los operadores del derecho, la aplicación formalista es una realidad insoslayable y alarmante en sus consecuencias. Conduce a resultados que toda ética profesional reprueba... el positivismo debe incluir la ponderación de los valores en juego al momento de cada decisión”.

⁶³ CNTrab, Sala VIII, 17/6/09, “Acedo, Mauro A. c/GSM Grupo Soluciones Móviles SA y otros”, LLOnline, AR/JUR/23632/2009, “El presidente del directorio de la sociedad empleadora demandada resulta responsable solidariamente por la incorrecta registración laboral de un trabajador, en virtud

La responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios de una SRL empleadora por deudas laborales se estableció, asimismo, por la manifiesta insuficiencia del capital social, atribuyéndoseles el deber de adoptar las medidas aptas para “mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad”⁶⁴.

Para la formalización de despidos por falta de trabajo, se ha requerido que el empleador demuestre haber sido diligente en la conducción de sus negocios y haber adoptado “medidas concretas razonables tendientes a solucionar esa situación, es decir, debe haber actuado con la diligencia exigible a un buen hombre de negocios”⁶⁵.

Los actos ilícitos de un administrador societario constituyen “un quebrantamiento de la lealtad y la diligencia exigible a un buen hombre de negocios (arts. 59 y 157, párr. 4º, LS)” que, como tal, da lugar a responsabilidad⁶⁶.

Igualmente, se ha extendido a los socios de una SRL la responsabilidad por deudas laborales de la sociedad, por haber incumplido la condena así como realizado en forma directa el patrimonio societario, sin cumplir el procedimiento previsto en el art. 94 y ss. de la LS para la disolución y liquidación⁶⁷.

Puede comprobarse que la jurisprudencia laboral se orienta claramente en esa dirección en los últimos años⁶⁸.

que no podía ignorar, desde el estándar del ‘buen hombre de negocios’ y conforme una noción de buena fe activa y no meramente pasiva, las irregularidades que caracterizaron al vínculo laboral referido”; íd., Sala V, 26/3/09, “Mashchyts, Igor c/El Fronterizo Exportadora e Importadora SRL y otros”, LLOnline, AR/JUR/9273/2009, aplica idéntico criterio al socio gerente de una SRL por consentir “la comisión del fraude laboral y previsional por parte de la persona jurídica –en el caso, total clandestinidad de la registración del vínculo laboral del trabajador–, lo cual configura un quebrantamiento de la lealtad y de la diligencia exigible a un ‘buen hombre de negocios’”.

⁶⁴ CNTrab, Sala III, 22/9/08, “Arancibia, Nora y otro c/Rodríguez, Ricardo M. y otro”, LL, 2008-F-529, con nota de Nissen, Ricardo A., *Nuevamente la justicia viene de la mano de los tribunales laborales*, con nota de Verón, Alberto V., *Responsabilidad laboral de socios y gerentes de una SRL*, LL, 2008-F-717. Hace especial hincapié en la obligación de los socios de actuar como buenos hombres de negocios, con cita de los arts. 54, 59, 157 y 274 de la ley de sociedades. Destaca que la responsabilidad se impone “en ciertos casos que deberían ser excepcionales; a saber cuando, se utiliza la figura societaria como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, como se da en el supuesto de ausencia o deficiencia en el registro del vínculo laboral (sen. n° 73.685, 11/4/97, in re ‘Delgadillo Linares, Adela c/Shatell SA y otros s/despido’)”.

⁶⁵ CNTrab, Sala VI, 24/8/09, “Alfonzo, Ramón O. y otros c/Badaracco, Juan C. R. y otros”, DT, 2009-1153, AR/JUR/30746/2009.

⁶⁶ CNTrab, Sala V, 30/6/10, “Álvarez Martínez, Luis c/Cindesa SA y otros”, LLOnline, AR/JUR/32650/2010. Con cita de Verón y Halperín, se destaca que “la noción de buen hombre de negocios importa una auténtica responsabilidad profesional –capacidad técnica, experiencia y conocimiento– que se evalúa teniendo en cuenta factores tales como la dimensión de la sociedad, su objeto, etcétera”.

⁶⁷ CNTrab, Sala I, 23/5/08, “Olivieri Mario c/Menhires SRL s/ejecución de créditos laborales”, SD, 85153, causa 11.387/05; íd. 17/9/08, “Mena, Norma C. y otros c/CW Comunicaciones SA y otros s/despido”. Se consideró aplicable el art. 54 –tercer párrafo– de la LS pues la conducta frustró los derechos del trabajador a través de la actuación societaria, e incumplió el estándar de conducta del art. 59.

⁶⁸ Remitimos al desarrollo del tema efectuado –con inclusión de los fallos más relevantes y diversos aportes doctrinales– en *Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2008.

Cabe mencionar que la corriente mayoritaria en ese fuero se aparta de dos precedentes de la CSJN dictados en 2002 y 2003 –casos “Carballo” y “Palomeque”–, por entender que se referían a situaciones fácticas puntuales y que sus fundamentos se limitan a ellas⁶⁹.

En cambio, los fallos suelen invocar, la doctrina sentada por el alto tribunal en los muy conocidos fallos “Aquino” y “Vizzoti”, posteriores a los citados antes, donde se reivindica que *“el trabajador es sujeto de preferente tutela y en que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno”*. Igualmente se aportan nuevos fundamentos –no considerados por la Corte en “Carballo” y “Palomeque”– destacándose que el tribunal supremo, en su actual composición, no se ha pronunciado sobre el tema.

En cambio, en la jurisprudencia comercial son notoriamente más escasos los precedentes referidos a la cuestión. No nos referimos, claro, a la responsabilidad derivada de las obligaciones laborales de la sociedad –que no suele tratarse en sede mercantil– sino a la imputación a título personal a socios, controlantes y administradores por las violaciones a los deberes antes analizados.

Existe una tendencia sostenida a invocar un criterio restrictivo, tal como lo señalamos previamente.

Sucede así cuando se parte del hecho de que la sociedad es una unidad jurídica diversa de toda otra persona y que, *“si bien es cierto que el principio de la personalidad diferenciada admite excepciones que se justifican en los supuestos en que la forma societaria ha sido utilizada para violentar derechos de terceros, o para la consecución de fines extrasocietarios o constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, recurriéndose en tales supuestos a la llamada doctrina de la desestimación de la personalidad que, de alguna manera, parece recoger el art. 54 de la ley 19.550, no lo es menos que... la aplicación de esta última norma debe ser*

⁶⁹ CNTrab, Sala II, 22/5/09, “Rovira, Estela C. c/Vansal SA y otros”, LL, 2009-D-615. Este fallo contiene un extenso análisis de los supuestos regulados por los arts. 54 –por una parte– y 59, 274 y conchs. –por la otra– de la LS. Define con claridad que *“la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad comercial constituye un remedio a aplicar cuando ésta ha sido creada y/o utilizada para cometer actos ilícitos o bien cuando refleja sólo una apariencia de auténtica sociedad, resultando que, en realidad, se ha tratado de una mera fachada o construcción aparente para disimular el actuar personal directo de una o más personas”*. En paralelo, dice, los arts. 59 y 274 regulan supuestos de conducta irregular de los administradores –y directores de la SA en el caso específico– sin poner en cuestión a la sociedad en sí. Resalta que el pago clandestino de salarios implica una violación lisa y llana de las leyes laborales y de seguridad social, provocando perjuicios a los trabajadores, a la sociedad y a terceros, lo que habilita a responsabilizarlos solidariamente. Cita los precedentes de la Corte en “Carballo, Atilano c/Kanmar SA (en liquidación) y otros” (31/10/02); “Tazzoli, Jorge A. c/Fibracentro SA y otros” (4/7/03) y “Palomeque, Aldo c/Benemeth SA y otro” (3/4/03), explicitando sus alcances. Sostiene que esos tres pronunciamientos no constituyen una doctrina legal de interpretación de la ley societaria, por haber decidido casos particulares y sin proyección general. Además expresa que la Corte Federal *“no ha dicho que el pago de salarios clandestinos, sumado a la registración incorrecta que subsigue a la primera inconducta, no permita extender la responsabilidad a los directivos del ente societario a quienes deba imputarse esa conducta ilícita”* ni se ha referido a la responsabilidad derivada de los arts. 59, 274 y ss. de la LS. Recuerda el alto contenido moral de esos preceptos, también que las sociedades con artificios instrumentales para cuya tutela *“es menester que sus órganos actúen con respeto por la ética, la moral y el orden jurídico en el que se desenvuelvan”*.

*restrictiva para no echar por tierra el referido principio cardinal del derecho societario*⁷⁰.

En sentido análogo se ha sostenido que *“al dejar configurada el legislador la persona jurídica de una manera determinada, ha dado a entender que siempre quiere verla respetada, excepto en los casos de abuso que el legislador nunca protege”,* agregando que *“la figura de la inoponibilidad... debe ser utilizada por los tribunales en forma restrictiva y excepcional”*⁷¹.

No obstante, la misma justicia nacional en lo comercial se ha expedido de manera diversa, dejando establecido –en un caso de fraude a la ley laboral por “pago en negro” de salarios y omisiones de registración– que *“el administrador societario al desempeñar funciones no regladas de la gestión operativa empresarial, debe obrar con la diligencia del buen hombre de negocios... ésta deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civil), y la actuación presumible de un buen hombre de negocios, o sea de un comerciante experto (art. 902, Cód. Civil). La omisión de tal diligencia hace responsable al administrador por los daños y perjuicios generados, y ello lo obliga a responder por aquellos causados por la omisión de cuidados elementales, configurando responsabilidad por culpa grave y, obviamente, el dolo”*⁷².

De modo similar, otro pronunciamiento responsabiliza personalmente al socio gerente de una sociedad por el pago de salarios en forma clandestina y lo relaciona con la violación de la exigencia de obrar como buen hombre de negocios, imputándolo conforme a los arts. 59 y 274 de la LS⁷³.

En el campo de las obligaciones de los directivos para con los socios de la sociedad, se confirmó una multa impuesta por la Comisión Nacional de Valores en forma solidaria a directores y síndicos de una sociedad gerente de un fondo común de inversión, por adquirir letras de tesorería a precios superiores a los fijados en el mercado primario por el Ministerio de Economía, en beneficio de una entidad financiera del mismo grupo económico. La sentencia les imputó haber faltado a la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios⁷⁴.

En la misma línea, a los efectos de la responsabilidad de los administradores y miembros del comité de fiscalización de una firma calificadora de títulos, se consideró especialmente *“la carga impuesta a los administradores por el art. 59 de la ley*

⁷⁰ CNCom, Sala D, 17/2/10, “Neptan SA c/International Container Terminal Services y otros”, LLOnline, AR/JUR/211/2010.

⁷¹ CNCom, Sala D, 29/7/09, “G., E. y otro c/Altos Los Polvorines SA y otros”, DFyP, 2009-259, AR/JUR/24141/2009. Menciona este fallo *“la jurisprudencia de ciertos tribunales laborales que ha admitido la utilización del art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, para imputar responsabilidades a administradores societarios”* y considera *“que se trata de una jurisprudencia deformante de la norma que no puede seguirse”*.

⁷² CNCom, Sala B, 17/6/03, “Alarcón, Miguel Á. c/Distribuidora Juárez SRL y otros”, donde también se diferencia entre la responsabilidad de los administradores de la sociedad (arts. 59 y 279, LS) y la responsabilidad de los socios en caso de actuación extrasocietaria (art. 54 ter, LSC), citando un fallo muy anterior de la misma Sala (CNCom, Sala B, 5/11/93, “Paramio, Juan c/Paramio, Pascual s/sumario”).

⁷³ CNCom, Sala E, 17/9/07, “Lipay, Víctor E. c/Contacto Gráfico SRL y otro”, LLOnline, AR/JUR/7513/2007.

⁷⁴ CNCom, Sala D, 23/10/07, “Comisión Nacional de Valores”, LL, 2008-B-603, con nota de Marcelo A. Camerini.

19.550, según la cual, cuando faltaren al deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios tienen una responsabilidad solidaria e ilimitada, configurándose el agravamiento previsto por los arts. 902 y 909 del Cód. Civil, por los conocimientos especiales que se requieren y la confianza depositada por los inversores, en las condiciones específicas de los agentes involucrados y que son portadores de la voluntad de la persona jurídica”⁷⁵.

Con fundamento análogo, se requirió de un director de una compañía financiera conocer la situación patrimonial de los clientes de la misma, sosteniendo que el otorgamiento de préstamos sin las pertinentes averiguaciones respecto de la situación de aquéllos, implicó el incumplimiento del señalado estándar⁷⁶.

Finalmente, se consideró responsable a título personal al presidente y accionista mayoritario de una sociedad anónima por la grave contaminación causada con residuos industriales volcados durante años por la empresa en los pozos ciegos de su predio⁷⁷.

b. Concursos y quiebras

Es de interés enfocar de manera separada la materia concursal, por cuanto –en nuestra opinión– se acentúa aquí el uso de criterios de restricción para la aplicación de determinados institutos, soslayando las consecuencias de la responsabilidad agravada imputable a las personas físicas y jurídicas actuantes.

1) *Las normas.* Repasamos rápidamente la normativa en materia de extensión de la quiebra y responsabilidades de socios y administradores de las sociedades comerciales.

Conforme al art. 160 de la ley de concursos (LC), la quiebra de una sociedad tiene como consecuencia la de sus socios con responsabilidad ilimitada, tanto de los que lo eran a la fecha de la declaración falencial como la de los que se hubiesen retirado o hubieran sido excluidos después de producida la cesación de pagos. En el último caso, sólo por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fue registrado.

⁷⁵ CNCom, Sala D, 8/10/10, “Comisión Nacional de Valores c/Standard & Poor’s Ratings Sucursal Argentina s/denuncia”. El fallo reclama a los administradores un obrar riguroso y eficiente, resaltando que, de modo contrario a ello, actuaron incluso en contra de los manuales de la propia compañía.

⁷⁶ CNCom, Sala A, 14/5/09, “Compañía Financiera del Plata SA s/quiebra c/Carlino, Reynaldo F. y otro”, LL, 2009-F-225, con nota de Gagliardo, Mariano, *Enfoque de la responsabilidad falencial*.

⁷⁷ C.C.A.S.M, expte. n° 928-SI, 25/7/08, “Fundación Ecosur Ecológica Cultural y Educ. desde los Pueblos del Sur c/Municipalidad de Vicente López y otro s/amparo” (texto completo: www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontencioson11.htm). El fallo resalta que “*las personas jurídicas actúan por medio de sus autoridades –socios, presidentes, gerentes, profesionales–*”, por lo cual la responsabilidad no se circunscribe al ente ideal cuando se demuestra la participación directa de aquéllos. En el caso se trataba de una empresa familiar donde el presidente poseía el 94% de las acciones y había tenido una participación decisiva en la contaminación, tanto por acción como por omisión de las medidas mínimas de prevención, pese a los reiterados reclamos que se le habían hecho. Se citan el art. 41 de la Const. nacional, y los arts. 28 y 31 de la ley 25.675, recordando que, en materia ambiental, cuando el daño lo produce una persona jurídica, la responsabilidad se extiende a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación.

En el art. 161 de la LC se reglamenta la extensión de la quiebra para diversas situaciones allí reguladas.

El inc. 1° la extiende a *“toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores”*.

El inc. 2°, a toda persona controlante de la sociedad fallida, en tanto haya desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola –en interés propio o de un grupo económico que integre– a una dirección unificada. La disposición especifica también el concepto de controlante, calificando de tal a quien cuenta directa o indirectamente con los votos necesarios para formar la voluntad social o actúa en conjunto con otras personas a los mismos fines.

El inc. 3° extiende la falencia a toda persona con respecto a la cual exista *“una confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”*.

En lo que hace a la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido, el art. 173 de la LC la establece por los perjuicios causados cuando *“dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia”*.

Los terceros que de cualquier forma hayan intervenido dolosamente *“en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra”* están obligados a reintegrar los bienes que tengan en su poder e indemnizar los daños, además de perder todos los derechos que, eventualmente, tuvieron en el concurso.

2) *La jurisprudencia*. Las disposiciones referidas suelen interpretarse invocando la restricción como pauta obligada, de modo previo al análisis de los hechos.

Se mencionan para ello, como argumento de peso, las graves consecuencias derivadas de la declaración de quiebra. Sin embargo, una lectura detenida de los pronunciamientos dictados sobre esta materia en los últimos años lleva a concluir que no se brindan más razones fundadas que un invocado consenso doctrinario para la aplicación del criterio restrictivo.

En la práctica, esa postura lleva a requerir extremos probatorios que no resultan de la ley concursal, a interpretar los recaudos normativos formalmente, a dejar de lado la realidad subyacente, a restar importancia a las presunciones y a establecer, en definitiva, una suerte de carga probatoria “agravada” para quienes accionan en procura de una extensión de la quiebra.

Interpretada desde tal posición, la causal del inc. 1° del art. 161 de la LC requiere una prueba fehaciente de los actos de disposición de bienes societarios, no bastando que los bienes hayan desaparecido o hayan sido ocultados y el responsable no dé explicación alguna sobre su destino.

Por su parte, la confusión patrimonial inescindible –causal del inc. 3° de la norma citada– ha sido calificada de *“supuesto excepcional de interpretación restrictiva”*. Se ha dicho que *“no es la vía adecuada para remediar conductas presuntamente*

*ilícitas de quienes controlan a sociedades, los cuales deben ser sancionados, en su caso, por la forma y vía pertinentes*⁷⁸.

Con un enfoque semejante, se rechazó la extensión de la quiebra a una fundación que había comprado un valioso equipamiento médico avalada por la fallida, con el argumento de que la asunción de una deuda en forma solidaria, aunque implica cierto grado de confusión en los pasivos de los codeudores, no es suficiente para configurar la situación prevista en el art. 161, inc. 3^o⁷⁹.

Sin embargo, la propia sentencia en cuestión menciona una compleja situación fáctica. La referida fundación había instalado ese equipamiento en un inmueble de la quebrada y una persona era directora en ambos entes. Existía una intrincada vinculación entre esas dos entidades y una tercera sociedad, además de infra capitalizaciones –y otros datos por demás sugestivos– extensamente explicitados en el dictamen de la fiscal de Cámara, que aconsejó decretar la extensión de la quiebra. El fallo no incurrió en un análisis profundo de esa realidad y de las presunciones, aferrándose a la ausencia de prueba indubitable.

Incluso sentencias que consideraron suficientemente acreditados los recaudos para la extensión, han remarcado la necesidad de interpretar la norma restrictivamente⁸⁰.

Aclaremos que no proponemos una interpretación amplia de los supuestos de extensión falencial, ni desconocemos que, en materia de grupos económicos, la existencia de relaciones de control no es causa suficiente para extender la quiebra. En efecto, el art. 172 de la LC expresa que en esos casos la quiebra no se extiende “*sin las características previstas en el art. 161*”.

Ahora bien, ¿cuál es la justificación de una exigencia extra, mayor que la común, para tener por acreditada alguna de las figuras del art. 161? La misma norma que impide la extensión por la sola existencia de un grupo y de relaciones de control, se limita a disponer que ese no es un recaudo único, remitiendo a los supuestos específicos de la norma que rige la cuestión.

Volviendo sobre la temática que origina este trabajo, entendemos que tampoco se ha incorporado aquí el debate sobre la relevancia de la responsabilidad agravada, que cabe a todas las personas vinculadas a la conformación y administración de las sociedades comerciales.

⁷⁸ CNCom, Sala D, 16/3/09, “Conix SA s/quiebra c/Edixer SA y otro s/ordinario”, LL, 2009-D-184. También CNCom, Sala E, 14/4/10, “Motiva de Marketing SA s/quiebra c/Alisio, Jorge A. y otro”, LL, 2010-E-59, cita el criterio restrictivo a los fines de la interpretación de la prueba con relación a la aplicación del art. 161, inc. 2° de la LC.

⁷⁹ CNCom, Sala C, 26/9/08, “Body Scan SA c/Complejo México Venezuela SA”, LL, 2009-C-81, con cita de otro pronunciamiento del mismo Tribunal: “Ordas, Juan J. s/quiebra s/inc. de ext. de quiebra a Establecimiento Metalúrgico Ordas SA y otro”, 23/8/06, IMP, 2007-3-309. Sostiene el fallo que para que se configure la causal del inc. 3°, “*la confusión patrimonial debe alcanzar tanto al activo como al pasivo, o bien a la mayor parte de ellos. Por lo tanto, no procede aplicarla en casos en los que la confusión comprende no solo de esos rubros, o cuando afecta proporciones del activo y del pasivo que cuantitativamente no representan porciones sustanciales*”.

⁸⁰ CNCom, Sala D, 28/9/10, “Papelera Alcorta SRL s/quiebra s/extensión de quiebra por Kapris SA”, LL, 2010-F-86.

Ese rango de exigencia involucra, especialmente y con grado mayor a quienes integran o conducen grupos económicos que, por lo general, tienen dimensiones muy superiores y altos niveles de organización.

Contrariamente a la tendencia que venimos criticando, correspondería hacer valer esas responsabilidades agravadas a la hora de juzgar las conductas de quienes pretenden eludir las consecuencias de la quiebra y sustraer su patrimonio –o buena parte de él– a los legítimos derechos de los acreedores.

Por otra parte, no debe olvidarse que entre los perjudicados es demasiado habitual que se cuenten los trabajadores de las empresas quebradas y el interés general, representado por el fisco, acreedor inveterado en esos procesos.

Por último y en lo que respecta a la prueba, tampoco advertimos motivos para requerir elementos de juicio superiores a los habituales o agravar la carga que corresponde a quien invoca y demanda.

Este tipo de pretensiones debe ser resuelta con el mismo respeto por los principios que rigen el procedimiento que cualquier otro: con la mira puesta en la verdad objetiva, que –como desde antiguo postula la Corte Suprema en “Colalillo”, por citar uno de múltiples fallos análogos– constituye su norte.

Sabemos que son casos donde predomina la dificultad probatoria. En especial porque los responsables suelen encargarse de ocultar bienes y pruebas y dificultando el esclarecimiento de la realidad, en cuanto les resulta posible.

De allí que –contrariamente a lo que algunas sentencias plantean– el incumplimiento por aquellos de la obligación que la misma ley falencial les reclama, de poner a disposición del tribunal los bienes de la quiebra y dar cuanta explicación contribuya a su mejor desarrollo, no pueden dejar de valorarse a la hora de determinar su responsabilidad y la eventual extensión de la falencia.

c. Los grupos económicos

El fenómeno de los grupos económicos es de enorme relevancia en nuestros días. La organización de los negocios, especialmente –pero no de modo excluyente– en el más alto nivel de concentración de la riqueza, suele efectuarse sobre la base de conjuntos de sociedades comerciales estrechamente vinculadas entre sí.

Las formas de vinculación son muy variadas y su tratamiento –e incluso su mera enunciación– escapa a las posibilidades de nuestro análisis presente⁸¹. Basta dejar constancia del gigantesco volumen de negocios canalizado a través de esta modalidad organizativa, acorde con las cifras ya expuestas en materia de distribución estructural de los bienes y los ingresos.

A partir de esos datos, lo que aquí interesa referir, muy sucintamente, es el encuadre de dichas actividades de grupo dentro del concepto de agravamiento de la responsabilidad y sus consecuencias, en particular para quien o quienes efectivamente ejercen la dirección o el control.

⁸¹ Martorell Ernesto E., *Responsabilidad laboral por abuso de control contractual en perjuicio de la empresa empleadora*, resume el tema con profusión de citas, antes de abordar la cuestión específica allí tratada.

En primer término, es preciso remarcar que tanto las sociedades agrupadas bajo esquemas de tal naturaleza como sus administradores y socios con poder de decisión, deben considerarse sometidos a una exigencia de alta profesionalidad, que implica una responsabilidad notoriamente mayor, no sólo a la común sino también a las de sus pares de sociedades no agrupadas. Tal responsabilidad crece en función del lugar que cada persona ocupa en el grupo y sus facultades.

Así como el ente societario no puede emplearse en forma abusiva, la conformación de grupos económicos –y las intrincadas redes de sociedades tras las cuales se ocultan poderes de decisión concentrados y uno o más verdaderos “dueños” del conjunto– no pueden convertirse en modos de defraudar a otros o en instrumentos para evadir las responsabilidades que jurídicamente son imputables.

Estos principios de orden general tienen consenso y surgen de las normas aplicables. El problema se plantea en la práctica, cuando la maraña de sociedades relacionadas de las más diversas –e imaginativas– maneras impide conocer la realidad y confiere a los responsables la impunidad buscada⁸².

La solución, en nuestro ordenamiento jurídico, pasa por una aplicación criteriosa de la letra y del espíritu del art. 54 de la LS, en particular de su ya citado segundo párrafo. La valoración de la existencia de fines extra societarios o del empleo del ente para violar las normas, la buena fe o frustrar derechos de terceros, otorga un amplio margen a los jueces para proteger a los damnificados e impedir el abuso de los que tienen la chance de recurrir a herramientas tan sofisticadas y deben respeto profundo al estándar del buen hombre de negocios.

Las normas laborales referidas de manera específica a la cuestión, plantean requerimientos que *prima facie* pueden parecer más rigurosos (arts. 30, 31 y concs., LCT) pero, en nuestra opinión, no hacen más que tipificar –bajo la mira tuitiva del derecho del trabajo– una demanda de conductas ajustadas a la ley cuya naturaleza es similar en cualquiera de las ramas del derecho.

En materia concursal, como vimos, existen prescripciones relativas a la responsabilidad de quienes actúan en interés personal, los controlantes y los supuestos de confusión patrimonial. Así sucede con la extensión de la falencia reglada en el art. 161 de la LC.

Lo expuesto sobre este punto en el capítulo respectivo, debe ser leído con especial rigor en los casos de grupos económicos, más aún cuando la quiebra deviene en un recurso para sustraer –total o parcialmente– el patrimonio que los acreedores tuvieron en miras al contratar o relacionarse con el deudor.

Finalmente, el empleo de sociedades *offshore* con asiento en paraísos fiscales –tan habituales en los grandes grupos económicos– puede permitir todo tipo de maniobras en perjuicio de los acreedores, dadas las grandes posibilidades de ocultamiento de los reales titulares del capital social y de los vínculos de esos entes con otros análogos. De allí que los tribunales deban indagar en dichos casos con la mira

⁸² Martorell sostiene que “*mientras las formas burdas de vasallaje corporativo patológico reciben condigno castigo, serán las modalidades más sofisticadas de dominación las que terminarán en un marco de impunidad, quedando libres de toda forma de sanción las que hoy se vienen exhibiendo como más peligrosas, que son las configurativas del ‘white collar crime’ o delitos de cuello blanco*” (*Responsabilidad laboral por abuso de control contractual en perjuicio de la empresa empleadora*).

en el esclarecimiento de la verdad y la efectiva imputación de las responsabilidades, impidiendo que la herramienta elegida –sospechosa en sí misma de ocultar fines antijurídicos, como ya expresamos⁸³– cumpla sus objetivos en tal sentido.

d. Responsabilidad bancaria

En otra oportunidad hemos planteado que las peculiaridades de la responsabilidad, en materia de derecho bancario, justificaban un tratamiento diferenciado⁸⁴. Volvemos en este punto sobre el tema, encarado desde la mira del agravamiento de la responsabilidad y sus efectos.

1) *La actividad financiera y su relevancia en la economía*. La trascendencia pública de la actividad financiera es notoria y está fuera de discusión. En nuestros días, no se concibe que la economía se desarrolle con normalidad sin un sistema financiero debidamente organizado y solvente, capaz de proveer a sus necesidades.

En nuestras sociedades modernas, de creciente complejidad, la bancarización comprende a casi todas las actividades económicas y a sectores sociales cada vez más amplios, a punto tal que la ley manda depositar las remuneraciones de quienes trabajan en relación de dependencia en cuentas bancarias.

Desde el punto de vista del intercambio de bienes y servicios, a partir de montos mínimos, todas las operaciones deben realizarse a través del sistema financiero, al menos para poder ser válidamente invocadas desde el punto de vista fiscal.

En otras palabras, operar con entidades financieras no es una opción voluntaria sino una verdadera necesidad –impuesta por la normativa vigente– para la gran mayoría de los ciudadanos.

La prestación de servicios financieros, que –además de la extensa gama resultante del rol actual de la banca mentado en el párrafo anterior– incluye la captación de fondos públicos, requiere de una autorización estatal otorgada a un reducido número de entidades. Para acceder a ella es preciso cumplir requerimientos organizativos, de recursos humanos y materiales, sumamente estrictos, algo lógico dada la importancia de la función a cumplir⁸⁵.

Desde otro ángulo, las consecuencias generadas por un mal funcionamiento del sistema o por situaciones de insolvencia de sus entidades son también visibles y

⁸³ Drucaroff Aguiar, *Sociedades offshore, herramientas para el ilícito*, “Revista Foro de Derecho Mercantil”, n° 12, 2006 y *Supresión de las sociedades radicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación*, ponencia, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007, libro de ponencias, t. IV, p. 387.

⁸⁴ Drucaroff Aguiar, *La responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año X, n° 12, p. 3 y *La responsabilidad en el derecho bancario*, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 238, sep./oct. 2009, p. 348.

⁸⁵ Richard, Hugo E., *Crisis financiera y responsabilidad*, Academia Nacional de Ciencias Sociales y Derecho de Córdoba, en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcrisifinanciera precisa la función de las entidades autorizadas: “*ser el medio para lograr una eficiente asignación de los recursos que la sociedad destina al ahorro y a la inversión, repercutiendo su ámbito de actuación, justamente por la actividad que realiza y la trascendencia de dicha actividad en la comunidad toda, no sólo en los sujetos que directamente contrataron con dicha entidad, sino a la sociedad y al sistema financiero como valor superior*”.

no requieren mayor explicitación. Juegan en esto no sólo las garantías dadas por la sociedad –a través del Estado– a quienes operan con aquéllas, sino el fuerte impacto que cualquier caída de un banco –y, por supuesto, en medida mucho mayor y grave, una crisis sistémica– causa al conjunto social⁸⁶.

Es así evidente que el rol y la actividad bancaria son de interés general y que, por consiguiente, su regulación debe ser acorde con las necesidades sociales, tanto para asegurar la calidad del servicio –al cual jurisprudencialmente se ha calificado de servicio público impropio⁸⁷– como para evitar la causación de daños que, en definitiva, recaerán sobre el bien común⁸⁸.

2) *La responsabilidad agravada de las entidades financieras.* Los altos requerimientos de estructura, capacitación, prestación profesional y eficiente de servicios que deben cumplir las entidades financieras –sometidas además al contralor de la autoridad de aplicación del sistema– encuadran su conducta, lógicamente, en el esquema de agravamiento de la responsabilidad al cual está dedicado este trabajo.

A las disposiciones legales y los reglamentos que rigen su actuación se añaden, en nuestro país, las pautas que las mismas entidades han fijado como basamento autoregulatorio. Hablamos del Código de Buenas Prácticas aprobado por las cuatro asociaciones bancarias, que sus miembros se comprometieron a cumplir⁸⁹.

El principio de buena fe, a cuyo carácter esencial hemos hecho referencia, asume en esta materia una importancia particular en lo que hace a la confianza. Las expectativas legítimas de quienes contratan con entidades financieras, se hallan avaladas por el marco regulatorio que mencionamos, por lo que su satisfacción deviene de un recaudo esencial en los requerimientos de su conducta.

⁸⁶ Stiglitz, *Cómo hacer que funcione la globalización*, p. 42 y 83, señala como motivo principal de la última crisis financiera global el fracaso estrepitoso del sector financiero, en cuanto al desempeño de sus funciones sociales cruciales, y también por incumplir el buen servicio debido a sus accionistas y obligacionistas. Remarca que la protección de los “*bancos demasiado grandes para quebrar*” suspende las reglas corrientes del capitalismo.

⁸⁷ CNCom, Sala D, 7/8/07, reg. 77.212/03, “Glasberg, Esther c/BBVA Banco Francés SA s/ordinario”, con cita de Villegas, C. G., *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, t. I, n° 7, 10 y 88, p. 16, 19 y 444, 1985. Se afirma en el fallo que “*casi siempre, el cliente queda en manos de la buena fe del banco, o de sus funcionarios o empleados*”.

⁸⁸ Aunque excede el objeto de este aporte, señalamos como de sumo interés el debate suscitado a nivel parlamentario sobre el carácter de servicio público atribuido a la actividad bancaria. Una controversia de similar trascendencia está planteada en torno al rol de los bancos centrales y su independencia. Al respecto expresa Axel Leijonhufvud: “*En los últimos 20 o 30 años, la independencia política de los bancos centrales ha sido una idea ampliamente aceptada entre los economistas académicos y, claro está, ha tenido un fuerte respaldo de los banqueros centrales. Esa independencia no se vio demasiado durante la última crisis ...la doctrina de la independencia se basa en la neutralidad distributiva de sus políticas. Cuando se toma conciencia de que la política económica puede tener toda clase de efectos distributivos, la doctrina de la independencia se torna indefendible en una sociedad democrática*” (*Interés cero, subsidio oculto a los bancos*, iEco diario “Clarín”, 30/1/11, p. 6).

⁸⁹ El texto completo del Código está publicado en el sitio del Consejo de Autorregulación: www.cacpb.org. Consta allí la nómina de las entidades adherentes y la composición del Consejo.

El servicio debe pues brindarse de manera acorde con esa confianza y mediante un actuar diligente que contribuya a la tutela de los intereses de los clientes; vale decir, de un obrar caracterizado por el profesionalismo⁹⁰.

A su vez, éste se interpreta en el contexto de un marco legal que exige, a cada entidad, el cabal conocimiento de las operatorias que lleva adelante y contar con una amplia información sobre sus clientes, lo cual acentúa la responsabilidad por sus eventuales incumplimientos y por las consecuencias de ellos.

En esa misma línea de pensamiento debe destacarse la importancia del deber de información atribuido a las entidades por las normas aplicables y remarcado en la ley de defensa del consumidor. Dada la disparidad de recursos técnicos y de organización que –habitualmente– existen entre las partes de los contratos bancarios, la amplitud y suficiencia de la información suministrada al cliente son vitales para garantizar que éste celebre cada contrato con total conocimiento de sus términos e implicancias.

Una situación especial vinculada con el deber de informar se plantea en las operaciones de inversión, donde es clara la relevancia de que el cliente conozca en profundidad el riesgo que toma al realizarlas. Se trata de una materia cuyos alcances aún se debaten y donde tienen decisiva importancia los hechos del caso, sobre todo lo relativo a la forma de comercialización de los productos de inversión por la entidad y las condiciones personales de quien invierte⁹¹.

Sin incursionar en una temática merecedora de un tratamiento separado, destacamos la tendencia hacia una recepción más amplia de la responsabilidad de la banca por el asesoramiento financiero y la colocación de productos. Ello se extiende incluso a casos de inversores calificados con conocimiento previo del funcionamiento del mercado y hasta a empresas o entidades financieras que adquieren papeles cuya complejidad es tal que sólo la comprende –y, muchas veces, manipula– el emisor o el comercializador⁹².

Corresponde señalar que, además de las normas específicas y de sus reglamentaciones, los principios generales son siempre aplicables. Por caso, la inexperiencia y la ligereza que se consideran como presupuestos de la lesión subjetiva (art.

⁹⁰ La jurisprudencia coincide en atribuir a las entidades financieras una responsabilidad sensiblemente agravada, poniéndolas como ejemplo paradigmático del comerciante con alto grado de especialización a quien compete equilibrar el lucro con la solidaridad negocial. Omitimos una cita más extensa en ese sentido por cuanto es sabido que no existe controversia actual con relación al punto, remitiéndonos a los diversos trabajos ya citados sobre la materia.

⁹¹ La cuestión se complica aún más por las características –muchas veces incomprensibles incluso para quienes los ofrecen– de los denominados “productos financieros”. Del Rosario, Cristian O., *El deber de informarse del inversor financiero*, LL, 2009-A-66, hace notar que: “la distinta capacidad de comprensión y experiencia de los sujetos que son parte en los contratos de la banca de inversión es una ponderación necesaria, la que no puede ser soslayada, en oportunidad de distribuir justicia”.

⁹² Kabas de Martorell, María E. - Martorell, Ernesto E., *Nuevos avances en materia de agravamiento de la responsabilidad de los bancos*, LL, 2010-E-1060, aportan un interesante análisis *in extenso* de la cuestión, con cita de los precedentes que sobre ella existen. Un caso emblemático de manipulación fraudulenta –en perjuicio de inversores calificados y de bancos que perdieron cientos de millones de dólares– motivó la demanda promovida por la Comisión de Valores de los Estados Unidos (SEC) contra Goldman Sachs, a la cual hacen referencia los autores citados. Véase también nuestro trabajo *Demanda de la SEC contra Goldman Sachs: la crisis financiera global y sus responsables*, *SupILLActualidad*, 1/6/10, p. 2.

954, Cód. Civil), han sido definidas, en materia bancaria, como falta de habitualidad en el intercambio o de aptitud para determinados negocios⁹³.

Desde otro ángulo, las relaciones entre los bancos y sus clientes se han hecho más complejas. En numerosas ocasiones, sin perjuicio de la celebración de los contratos históricamente habituales, incluyen vinculaciones variadas donde los roles de las partes son múltiples.

En esos casos, sin perjuicio de la responsabilidad que cabe a los clientes –un aspecto que trataremos luego– las entidades deben mantener el alto estándar de requerimiento en cuanto a prudencia y diligencia al que nos venimos refiriendo, observando cuidadosamente el respeto por los intereses de su co-contratante.

Por ejemplo, sucede en la actualidad que determinadas empresas clientas de entidades financieras adicionan, a las operaciones típicas –como cuentas, financiaciones varias o tarjetas de crédito–, otras como el depósito o negociación de cupones de ventas efectuadas con tarjetas, el otorgamiento por la entidad financiera de préstamos a los clientes de la empresa para la compra de productos vendidos por la misma o la securitización masiva de su cartera crediticia.

Cuanto mayor es el grado de vinculación y su variedad, más compleja resulta la relación de las partes. El incremento cuantitativo y cualitativo de las operaciones suelen ir acompañado de pedidos de garantías superiores a las comunes, cesiones de créditos o paquetes accionarios, creación de fideicomisos de garantía cuya administración efectúa el banco o alguien designado por éste, entre muchas otras posibles alternativas.

Las entidades reúnen así distintas calidades frente al cliente, ya que son a un tiempo acreedoras, mandatarias o incluso están asociadas al mismo en determinados negocios. Los conflictos de intereses están a la orden del día en esas situaciones y los requerimientos de conducta –sobre la base de la mayor responsabilidad analizada– resultan una pauta definitoria a la hora de resolverlos.

Similar criterio debe aplicarse al juzgamiento de las relaciones entre una entidad financiera y el fiador de obligaciones de un cliente de ésta. La imposición de una conducta profesional y de buena fe impide aprovecharse de un otorgamiento de crédito imprudente o violatorio de las reglas que lo rigen, lo que puede concluir afectando la validez de las cláusulas de la fianza y sus alcances⁹⁴.

⁹³ CNCom, Sala A, 22/11/07, “Coria, Hermenegilda del Valle c/Banco Hipotecario SA”, con citas de Jorge Mosset Iturraspe, *Introducción al derecho del consumidor*, “Revista del Derecho Privado y Comunitario”, n° 5, 1996, p. 14 y 55; DSE, t. XI, p. 905: “Como sostiene lúcidamente el autor citado, derecho y economía confluyen en esta temática para concluir en una ‘utilidad y justicia’; en un lucro con equilibrio en el cual prima un nivel de solidaridad negocial que resulta absolutamente incompatible con que los proveedores de bienes o servicios aleguen el desconocimiento de errores o defectos, o se escuden en su falta de intención maliciosa, máxime cuando las características de sus actividades demandan altos grados de especialización que, a su vez, impongan el elevado estándar de responsabilidad consagrado en el citado art. 902, Cód. Civil ...las entidades financieras constituyen un ejemplo paradigmático del comerciante cuya alto grado de especialización le exige ajustar su conducta a estándares compatibles con los niveles de solidaridad negocial aludidos”.

⁹⁴ CNCom, Sala D, 30/6/08, “Vigna, Juan J. A. c/Lloyds Bank (BLSA) Ltd.”, fallo que analizamos en *A propósito de la validez de la fianza ómnibus*, LL, 2008-E-687.

Las mismas razones justificaron atribuir a una entidad bancaria responsabilidad por haberse negado a otorgar un préstamo previamente acordado⁹⁵.

Tomando otro supuesto fáctico, si el banco actúa como mandatario de su cliente, jamás podría hacer uso de esa representación para beneficiarse a expensas de su mandante⁹⁶.

Hemos analizado una diversidad de situaciones que pueden presentarse en el ámbito de la relación contractual entre las entidades financieras y sus clientes. Importa resaltar que la mayor responsabilidad que incumbe a las primeras es aplicable también en los casos en los cuales el origen es extracontractual.

En ese orden corresponde recordar la firme tendencia –ya señalada– hacia una concepción unificada de lo ilícito y ratificar que, tanto por la actividad que desarrollan como por los recursos con que deben contar para llevarla a cabo, las entidades están siempre comprometidas a cumplir con el alto estándar profesional, lo que califica inevitablemente su responsabilidad⁹⁷.

La mayor exigencia en cuanto a la conducta –relevante también en el terreno extracontractual– no obsta a la distinción que en cada caso deba efectuarse respecto de la índole de la relación con el reclamante y la legitimación del mismo, según la naturaleza del reclamo⁹⁸.

⁹⁵ CNCom, Sala E, 23/6/09, exp. n° 18.661/03, “Fini, Esteban E. y otro c/Bankboston NA s/ordinario”. Se invoca el principio de confianza, “*particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual*” y la culpa *in contrahendo*, definida como “*la omisión de diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento de un contrato en vías de formación*”. Se califica el actuar del banco como “*un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho*”.

⁹⁶ CNCom, Sala E, 30/6/08, “Banco Francés SA c/Leira, Gabriela A. M.”, *eIDial*, AA4BDC. Se desestimó la apertura por un banco de una cuenta corriente –efectuada en base al mandato conferido por la clienta– a fin de debitar el saldo de una tarjeta de crédito. Se imputó a la entidad la violación de sus deberes de mandatario (arts. 1907 y 1908, Cód. Civil) y se declaró la nulidad de la apertura de la cuenta.

⁹⁷ Un ejemplo habitual de responsabilidad extracontractual es el derivado de la errónea apertura de cuenta a personas que no la han solicitado –entre otros: CNCiv, Sala M, 26/2/10, exp. n° 73075/02, “Suárez, Carlos A. c/Banco Itaú Buen Ayre SA c/Banco Itaú Argentina SA s/daños y perjuicios”; CNCom, Sala A, 7/4/09, “Jalil, Gustavo O. c/BankBoston NA”, *LL*, 9/9/09, 9; *id.*, *id.*, “Becciu, Antonia c/Banco Supervielle Societe Generale”, expte. n° 83.165, Registro de Cámara n° 51.493/2003. Análogamente se responsabilizó a un banco por errores en la confección de una chequera que motivaron confusión y generaron perjuicio a terceros, receptores de los cheques (CCivCom La Matanza, Sala I, 20/10/09, exp. n° 1633/1, “Grameen SA c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”). También por generar negligentemente la inhabilitación de un ex director de una sociedad cuentacorrentista (CNCom, Sala C, 10/11/09, “Gaudiosi, Gerardo c/Bankboston NA s/ordinario”).

⁹⁸ CNCom, Sala E, 30/9/10, “Gutiérrez, Abelardo c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ordinario”, *eIDial*, AA6632, 3/12/10. Este fallo –que resuelve sólo con relación a la legitimación activa del actor– adopta decisiones opuestas en función de los rubros demandados, cuyo origen fue una “*salidera*” bancaria. La Cámara rechaza la legitimación del actor, por no haber sido cliente directo de la entidad (era socio de una sociedad comercial cliente del banco), en lo que hace al deber de vigilancia, cuyo incumplimiento se imputaba como consecuencia de un robo sufrido fuera del banco, entendiéndose que ese deber se limita a quienes son clientes. En cambio, en cuanto a la pretensión de resarcimiento de daño moral y psicológico, dice que “*no puede descartarse su encuadre en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que habrá de decidirse en oportunidad de dictarse el pronunciamiento definitivo*”.

Por último y en cuanto a los efectos de la responsabilidad agravada con relación a las consecuencias dañosas –cuestión tratada en el punto 4, b–, hemos expuesto cómo, en materia bancaria, la existencia de una responsabilidad profesional y agravada es parámetro insoslayable para dilucidar, tanto la inmediatez o mediatez de las consecuencias como la obligación de responder por ellas⁹⁹.

Por ejemplo, en cuanto a lo primero, es razonable considerar que, para una entidad financiera, el cierre de una cuenta corriente bancaria tiene como consecuencia inmediata el cierre de cualquier otra que el titular tuviera abierta en el sistema bancario, con el agravante de que la misma entidad debe conocer cuáles son esas otras cuentas.

En el mismo caso, si el cuentacorrentista fuera una empresa que opera con varias entidades y cuenta con importante acceso al crédito –del cual, como es sabido, dependen en gran medida el flujo de fondos y el capital de trabajo–, está en el curso natural de las cosas que el cierre de una cuenta –con su efecto en cascada sobre las restantes– lleve a la empresa a la cesación de pagos.

Lo que para otra persona sería sin duda una consecuencia mediata, para el banco, puede resultar algo que acostumbra a suceder, que es razonable prever, dentro del alto requerimiento profesional que le compete cumplir. Así lo viene estableciendo la jurisprudencia¹⁰⁰.

3) *Las responsabilidades emergentes de la crisis financiera global.* La reciente crisis –que conmovió primero las finanzas y, muy poco después, la economía planetaria– brinda un escenario propicio para profundizar los conceptos que ya hemos desarrollado.

Nos concentraremos en la incidencia de la responsabilidad agravada que cabe a los principales causantes de la crisis, remitiéndonos al análisis particularizado de esa temática que efectuamos en otras ocasiones¹⁰¹.

Los administradores y socios con poder de decisión –que condujeron las grandes entidades financieras durante el período previo a la crisis– incumplieron sus obligaciones con esas entidades, con los accionistas e inversores y –dada la tras-

⁹⁹ Ponencia al I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras, Lomas de Zamora, 2007, libro de ponencias, p. 469.

¹⁰⁰ CNCom, Sala C, 4/9/07, “Martiri SA c/Banco Sudameris”, LL, 2/1/08, p. 3. Se imputó aquí responsabilidad al banco por la cesación de pagos y el concurso preventivo de la actora, ocurrido como consecuencia directa del cierre de la cuenta corriente, ocurrida por haber la entidad informado erróneamente al BCRA el rechazo de cheques que no habían sido rechazados. SCBA, 5/3/03, “Bernardo, Susana y otro c/Banco de la Provincia de Buenos Aires”, SJA, 11/2/04, JA, 2004-I-376, trató la misma cuestión al resolver sobre la imputabilidad de las consecuencias derivadas de una apertura negligente de cuenta corriente. CNCom, Sala A, “Becciu, Antonia c/Banco Supervielle Societe Generale”, en una situación fáctica similar a la del caso anterior, se decidió que: “la conducta de la entidad bancaria demandada la responsabiliza en los términos de los arts. 502, 902 y 1109 del Cód. Civil, por lo que le son atribuibles las consecuencias inmediatas y mediatas de su obrar conforme los arts. 903 y 904 del mismo Código”. Se aceptó el reclamo de daños con responsabilidad concurrente del damnificado y se acogió la demanda por el 50% del perjuicio acreditado.

¹⁰¹ Drucaroff Aguiar, *La crisis global, las responsabilidades y el derecho*, SupLLActualidad, 23/4/09; *Demanda de la SEC contra Goldman Sachs: la crisis financiera global y sus responsables*, SupLLActualidad, 1/6/10, p. 2, y *La responsabilidad en el derecho bancario*.

endencia ya apuntada de la actividad financiera, mayor aún en ese alto nivel— con el conjunto de la sociedad, víctima final de la mayor parte de los daños¹⁰².

Hubo notoria imprudencia —en varios casos dolo¹⁰³— evidenciada al diseñarse e instrumentarse las políticas y operaciones de crédito que condujeron al desastre posterior¹⁰⁴. Existieron fuertes conflictos de intereses a causa de modelos de retribución desvinculados de los resultados de mediano y largo plazo, basados en la generación de lucros elevados desde los instantes iniciales.

Se ignoró el comienzo de la crisis, se ocultaron situaciones de insolvencia y se continuó con políticas que —se sabía o debía haberse sabido— conducían inevitablemente al abismo. Se violaron principios elementales de buena fe y transparencia, con un actuar ubicado en las antípodas del concepto de buen hombre de negocios. Se empleó el apalancamiento hasta niveles insólitos, poniendo de manifiesto la pérdida de todo límite racional o referencia ética¹⁰⁵.

En estos casos, la responsabilidad profesional exhibe una calificación notable, largamente superior a la habitual —incluso en materia bancaria— porque la inequiva-

¹⁰² Según el informe anual de la Organización Internacional del Trabajo “El desafío para la recuperación del empleo en 2011”, a fin de 2010 la cantidad de personas desempleadas en el mundo era un 12,5% mayor que en 2007 y la tendencia es preocupante para el mediano y largo plazo. Los jóvenes padecen un desempleo hasta cuatro veces mayor que los adultos. El 51% de los que trabajan tienen empleos vulnerables y sólo el 20% de los trabajadores en el mundo tiene cobertura social completa. El crecimiento de la economía no genera los puestos de trabajo necesarios para volver a dar empleo a quienes quedaron desocupados y para absorber el crecimiento vegetativo de la población. El empleo a tiempo parcial se extiende y parece que llegó para quedarse (Abeledo, Anahí, *Otro costo de la crisis mundial: 200 millones de desempleados*, iEco, diario “Clarín”, 11/2/11; véase el resumen ejecutivo del informe de la OIT: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_150445.pdf. González, Felipe, *Para que la gente no siga pagando la crisis global*, diario “Clarín” www.clarin.com/opinion/gente-siga-pagando-crisis-global_0_409159358.htm). “Los ciudadanos de los distintos países se mueven en el desasosiego, cuando no en la frustración... porque piensan que son la consecuencia de una crisis financiera de la que no se sienten responsables. No entienden que el costo de la crisis lo paguen los que no la provocaron, en tanto siguen viviendo a sus anchas los que nos llevaron a ella”.

¹⁰³ El caso Goldman Sachs es una prueba gravísima de engaño fraudulento mediante el lanzamiento de títulos a sabiendas de que perderían una parte sustancial de su valor en muy poco tiempo. Lo mismo resulta de la demanda del Estado de Nueva York contra Ernst y Young, consultores que ayudaron a Lehman Brothers a maquillar sus estados contables para ocultar la insolvencia (www.scribd.com/doc/45748704/Ernst-Young-Complaint; información periodística en www.clarin.com/mundo/Denuncian-fraude-financiero-Wall-Street_0_394760568.html).

¹⁰⁴ Krugman, Paul, *La necesidad de cambiar Wall Street*, diario “Clarín”, 20/4/10, reproduciendo publicación del New York Times (www.clarin.com/diario/2010/04/20/elmundo/i-02184402.htm) destaca dos modos de engaño: los préstamos abusivos y la distorsión de los riesgos. Hubo tomadores de préstamos seducidos para tomar créditos caros y complejos que no comprendían, pero en paralelo los emisores de las hipotecas subprime no conservaban los créditos que hacían. Los vendían, en cambio, a inversores —también engañados—, a sabiendas en algunos casos que era grande el potencial de pérdidas futuras. Una tercera forma de fraude —por ejemplo el caso Goldman Sachs— fue “haber creado y vendido títulos que estaban destinados a fracasar, de forma tal de que un cliente importante —del banco— hiciera dinero con ese fracaso”, dice Krugman: “esto es lo que llamo saqueo”.

¹⁰⁵ Cohen, *La prosperidad del mal*, p. 207 y ss., sostiene que el mercado financiero cumplió el viejo sueño de Wall Street de “crear empresas sin fábricas ni trabajadores” haciendo circular “moneda financiera falsa, títulos cuya calidad no se ha verificado”. Gerscovich, Carlos - Vázquez Acuña, Martín G., *Instrumentos derivados*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, aportan un detallado análisis de la crisis analizando el abuso de los derivados y sus consecuencias, incluyendo un profundo estudio del apalancamiento.

lencia y superioridad de los que decidieron las políticas y operatorias era inmensa. Los organismos de control fueron engañados con productos y modelos matemáticos cuya complejidad excedía las posibilidades de supervisión¹⁰⁶. Por supuesto, esto no implica excluirlos de la responsabilidad que les toca.

Las calificadoras de riesgo aportaron una inestimable colaboración, al atribuir altas calificaciones a títulos cuya fragilidad debieron comprobar. Es decir, actuaron con una grosera falta de diligencia¹⁰⁷.

No obstante la indudable responsabilidad de las entidades y de las personas que las condujeron tomando las decisiones respectivas, son muy pocos los casos conocidos hasta ahora de reclamos para que asuman patrimonialmente el resarcimiento de los gravísimos perjuicios inflingidos¹⁰⁸.

No es ocioso resaltar que, entre tanto, los mercados financieros han sido los primeros en recuperarse y, junto con ellos, las principales entidades, salvadas de la quiebra por los Estados con dinero de los contribuyentes¹⁰⁹.

Estimamos necesario reiterar que, en lo relativo a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones indemnizatorias, pueden promoverlas las víctimas que soportaron y soportan los daños. A nuestro criterio tienen esa posibilidad las representaciones de cada Estado y de su sociedad, los accionistas de las compañías financieras quebradas o perjudicadas, los inversores y los demás afectados directos. Ello

¹⁰⁶ Conesa, Eduardo, *La crisis financiera internacional actual y su impacto en la Argentina*, LL, 2008-F-1046, profundiza el análisis de los productos “derivativos”; hace notar que los grandes operadores financieros “*podieron realizar todas estas trapisondas porque estaban supervisados por la SEC, la Securities and Exchange Commission que, asustada por las fórmulas matemáticas y pseudo científicas de los aparentemente brillantes y jóvenes operadores de dichos bancos, omitió pedir explicaciones detalladas. La propia postura liberal anti-intervencionista de Alan Greenspan referida antes, ayudó a la construcción no supervisada del castillo de naipes. Los mismos bancos hoy no conocen su grado de compromiso con la estafa financiera de cada uno de ellos*”.

¹⁰⁷ Gerscovich, Carlos G., *Las últimas crisis financieras globales*, 1ª parte (julio/agosto de 2007, enero de 2008 y continúan...), RDCO, n° 232, set/oct 2008, p. 587. Morgenson, Gretchen (“The New York Times”) *Aplazo a las calificadoras de riesgo por ocultar la crisis*, recogida por diario “Clarín” (www.clarin.com/suplementos/zona/2008/12/14/z-01822051.htm). En función de la multiplicación geométrica de sus ingresos, “*las agencias de calificación de crédito soslayaron inmensos problemas en relación con los títulos vinculados a hipotecas que bendijeron*”. Frick, Pablo D., *La transparencia corporativa y las calificadoras de riesgo en el mercado de valores*, *EIDial*, 23/6/10.

¹⁰⁸ Naishtat, Silvia, *El canje para los estafados de Madoff*, diario “Clarín”, 18/4/10, informa sobre un grupo de inversores argentinos que contrataron con el fondo Hermes, organizado por el banco Clariden Leu, apéndice del banco suizo Credit Suisse. Dicho banco desvió más adelante el fondo hacia el grupo Madoff. Ante los reclamos de los ahorristas, se negó a responder, pretendiendo que el litigio se radique en Suiza. Otras entidades en situaciones similares, ofrecen a sus clientes engañados alternativas para hacerse cargo parcialmente del daño (www.clarin.com/diario/2010/04/18/elpais/p-02183213.htm).

¹⁰⁹ Johnson, Simon, ex economista jefe del FMI y profesor en MIT (www.project-syndicate.org/commentary/johnson4/Spanish) dice que los activos de los seis bancos más grandes de Estados Unidos valen más del 60% de su PBI, un grado de concentración financiera sin precedentes para los Estados Unidos modernos. Reich, Robert, ex secretario de Trabajo de EEUU, “Wall Street salió a flote, pero la gente común, no”, reproducido en diario “Clarín”, 21/1/10, (www.clarin.com/diario/2010/01/21/opinion/o-02124068.htm) expone que, basados en el tamaño de los grandes bancos y las graves implicancias de una potencial caída “*sus ejecutivos y operadores son más ricos y sus estrategias para realizar fuertes apuestas con el dinero de otros no son menos audaces que antes de la debacle*”.

en tanto se encuentren configurados los presupuestos de la responsabilidad, lo cual, como dijimos, resulta en principio muy factible.

4) *La responsabilidad de los clientes bancarios.* El claro encuadre de la conducta de las entidades financieras como profesional y generadora de una mayor responsabilidad no obsta a indagar la índole de la paralela responsabilidad que incumbe a sus clientes.

Será necesario, a esos fines, atender a las condiciones personales de cada cliente en particular y efectuar las distinciones correspondientes sobre esa base.

En primer lugar, pusimos de manifiesto en un aporte previo la imposibilidad de agrupar como conjuntos homogéneos a “*los clientes*” y de sacar conclusiones válidas para todas las relaciones entre ellos y “*los bancos*”¹¹⁰. Agregamos que la propia inequivalencia entre las partes de los contratos bancarios, aun cuando se configura en numerosas situaciones –y puede presumirse si la cuestión encuadra en la ley de defensa del consumidor–, depende de las circunstancias del caso y no corresponde, por ello, tenerla por configurada *a priori*.

Las personas físicas y jurídicas que celebran con las entidades del sistema financiero las mayores contrataciones suelen ser empresas de envergadura económica y estructura organizativa muy considerable, sujetas a pautas de obrar profesionales y con amplio conocimiento previo de las características y consecuencias de las operaciones que realizan.

Las sociedades comerciales, sus administradores y los comerciantes en general, personas que en su casi totalidad operan también con entidades del sistema, deben igualmente actuar sujetos a parámetros similares de responsabilidad.

Naturalmente ello es sólo un punto de partida, pues habrá luego que indagar en las distintas aptitudes, capacidades, conocimiento y demás componentes de la situación fáctica en cada caso para valorar las asimetrías existentes y su eventual incidencia en los conflictos.

Lo que nos interesa resaltar es que será habitual encontrar entre los clientes de las entidades financieras –en especial, en aquellos que protagonizan los contratos de mayor relevancia económica y complejidad– a personas cuyo estándar de responsabilidad es largamente más elevado que el del común de la gente.

Sin perjuicio de este primer señalamiento, el proceso de bancarización que mencionamos también genera en las personas vinculadas –por distintas vías y de modos diversos– con el sistema financiero, el conocimiento de sus procedimientos operativos y del rol que –como clientes y usuarios– les compete cumplir.

En esa dirección, es sabido que, para el adecuado funcionamiento de su operatoria habitual, los contratos bancarios requieren de una activa colaboración por parte de los usuarios, la cual ha sido jurisprudencialmente entendida como un verdadero deber.

Acorde con la buena fe, a todos exigida –a un extremo tal que la mala fe del contratante no justifica ni autoriza el obrar malicioso de la otra parte–, el cliente debe

¹¹⁰ *Los contratos bancarios después de la emergencia: el desafío de un análisis objetivo*, DSE, mayo 2006.

ser diligente en el cumplimiento de sus obligaciones y abstenerse de conductas abusivas.

Nos referimos, por supuesto, al pago de las sumas a las cuales resulta obligado, pero también a otras cargas como el retiro del resumen de tarjeta de crédito –le haya llegado o no a su domicilio–, la denuncia en el plazo más breve posible en casos de extravío y la observación o impugnación de resúmenes de tarjeta o cuenta corriente¹¹¹.

El cliente bancario que mantiene operatorias como cuenta corriente y tarjeta de crédito –de alcance muy masivo en nuestro tiempo– debe pues asumir un deber de obrar con prudencia y conocimiento del modo en que las mismas funcionan, así como de los compromisos que le caben por ser parte de ellas.

Sobre esa base y en función de las circunstancias, se le atribuye muchas veces la responsabilidad correspondiente por las consecuencias¹¹².

6. Cuestiones procesales

La dilucidación de la responsabilidad, su agravamiento y sus implicancias, así como la atribución de las consecuencias dañosas, requieren la sustanciación de los procesos judiciales correspondientes.

De modo complementario es de sumo interés referirse a ese aspecto práctico, determinante de una realización efectiva de la justicia.

a. La carga de la prueba

Las cargas procesales que competen a todo aquel que demanda el resarcimiento de perjuicios sufridos no se ven sustancialmente modificadas por la existencia de una mayor responsabilidad en el reclamado.

A riesgo de destacar una obviedad, el accionante deberá probar, con arreglo a derecho, la existencia del daño que aduce y la relación causal entre éste y la conducta antijurídica del demandado. En efecto, la configuración de una responsabilidad

¹¹¹ Remitimos a Drucaroff Aguiar, *El contrato de la tarjeta de crédito y la buena fe*, DJ, 2008-II-1904; *Cobro judicial del saldo deudor de tarjeta de crédito: algunas cuestiones de interés*, en Favier Dubois (h.), Eduardo M. (dir.), "Tarjeta de crédito", Bs. As., Ad-Hoc, 2008; *El contrato de tarjeta de crédito y un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial*, "Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa", año 1, n° 1, p. 288.

¹¹² CFed Salta, 12/2/09, "Teleaudio SA c/Banco de La Nación Argentina", *LLOnline*, donde se impuso responsabilidad compartida por el pago de cheques adulterados, atribuyendo al cliente librador un obrar negligente por remitir títulos de importes elevados, por correo y sin declarar valor ni contenido. CNCom, Sala C, 12/3/10, "Katz, Alberto C. c/Lloyds TSB Bank y otro", se atribuyó responsabilidad compartida por consumos efectuados luego del hurto o extravío de una tarjeta de crédito, por haber actuado ambas partes de modo deficiente, imputándose al cliente negligencia en el cumplimiento de su obligación de hacer la denuncia pertinente.

agravada en este último no exime de la demostración fehaciente de tales extremos, sin los cuales la pretensión no debe prosperar¹¹³.

Sin embargo, ese esquema básico no excluye la aplicación de las modernas teorías que, hace años, priorizan en el ámbito procesal el esclarecimiento de la verdad y dejan de lado planteos formalistas o dogmáticos que, desde su estrictez, puedan contribuir a apartarse de aquel objetivo prioritario del proceso.

La denominada “teoría de las cargas probatorias dinámicas” se sustenta en la contribución de buena fe que cada parte debe hacer en un pleito. Conforme a ella, cabe atribuir la tarea probatoria en mayor grado a quien está en mejores condiciones de demostrar las circunstancias fácticas conducentes y relevantes. Es lógico considerar que esas mejores condiciones se relacionan con un mayor deber de prudencia y conocimiento; vale decir que involucran no sólo lo efectivamente conocido sino lo que –por imperio de ese deber– se debía conocer.

La concepción actual del procedimiento ante la jurisdicción recoge esta teoría como correlato de la evolución jurídica a la cual nos referimos al comienzo. Ello es natural y necesario para que, en la praxis del derecho, se materialicen los cambios profundos incorporados en la teoría, que integran el texto –y sobre todo el espíritu– de las leyes.

De modo consecuente, para arribar a una interpretación judicial de las pruebas producidas –centrada en la invocada necesidad de un pronunciamiento justo– hace falta una valoración comprometida con tales fines; capaz de dar el valor debido no sólo a las probanzas concretas, sino a las presunciones y a los efectos que las normas confieren a la conducta de las partes, antes y durante el proceso.

No obstante, vale la pena recalcar que las cargas probatorias dinámicas se relacionan con los hechos para cuya demostración una de las partes –en los casos de que hablamos, por lo general el causante del daño cuya responsabilidad se entiende agravada– está mejor posicionada, pero ello no puede extenderse al vínculo de causalidad ni al dimensionamiento del perjuicio real. De lo contrario se afectaría sustancialmente la garantía de la defensa en juicio, cuya trascendencia es indiscutible y cuya custodia es prioritaria en el proceso.

b. La buena fe procesal y sus implicancias

La búsqueda de la justicia a través de la vigencia efectiva de los derechos de las personas requiere la asunción profunda de la buena fe como principio rector que informa al orden jurídico en su conjunto.

Por cierto que la actividad procesal no puede escapar a ese requerimiento. No se trata de un planteo simplemente moralizante –más allá de subrayar la importancia de los valores que aporten a la construcción de una sociedad más solidaria y unida en el respeto por reglas justas que se apliquen a todos–. La demanda de un actuar compatible con la buena fe es una exigencia del derecho vigente y debe, necesariamente, comprender la actuación procesal.

¹¹³ Lo sostuvimos respecto de la responsabilidad bancaria en *La responsabilidad bancaria: actualidad jurisprudencial*, en Favier Dubois (h.), Eduardo (dir.), “Cuenta corriente y responsabilidades bancarias”, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.

Vista desde esa óptica, la realidad nos exhibe un reiterado apartamiento de tales pautas de comportamiento por los litigantes. Es preciso asumirlo: a los abogados nos cabe una cuota muy significativa de responsabilidad por ello. Es del caso resaltar que los letrados –en su doble calidad de profesionales y piezas imprescindibles del funcionamiento del Poder Judicial– están sujetos a un estándar de mayor responsabilidad acorde a ese rol vital.

Hablamos, por ejemplo, de reclamos indemnizatorios desmesurados y arbitrarios, sin respaldo en probanzas sólidas, que concluyen en sentencias donde –incluso aceptando la procedencia sustancial de la demanda– se desestima buena parte de sus rubros o se lo reduce a porcentajes ínfimos de lo pretendido en origen.

También nos referimos a defensas cerradas, basadas en la simple negativa total de lo narrado por el actor, sin aportar en lo más mínimo al esclarecimiento de lo ocurrido y refugiadas en tecnicismos o formalidades.

Esas conductas opuestas a la buena fe –y, en definitiva, abusivas– no suelen encontrar en las sentencias un límite adecuado.

En dicho orden de ideas, los magistrados pueden y deben hacer uso de las herramientas a su alcance, a fin de reducir un obrar jurídicamente repudiable y encauzar los litigios por un sendero más acorde con su finalidad legal. Nos referimos a la imposición de costas –de manera concordante con la recepción y el rechazo de cada pretensión y en proporción a su cuantía– y a la aplicación –en casos extremos– de las pertinentes sanciones por inconducta procesal.

7. Colofón

Todo análisis jurídico debe partir de –y sustentarse en– la realidad a la cual se aplica. En base a esa premisa –y con la mira puesta en la temática de la responsabilidad y su agravamiento cuando así corresponde–, hemos pasado rápida revista al actual contexto económico y social de nuestros días.

Destacamos que la mayoría de la población –tanto a nivel mundial como en nuestro ámbito territorial– se ve privada, en los hechos, de derechos y garantías que conforman el mínimo necesario para una vida digna, evaluados según los tratados internacionales y las constituciones locales.

Igualmente, resaltamos la magnitud de la desigualdad, el crecimiento geométrico de la concentración de la riqueza y la paralela concentración del poder económico –habitualmente asociado al ejercicio del poder político– en un porcentaje muy reducido de los seres humanos. La asimetría creciente en el acceso a la información y su manejo complementa y ahonda la señalada disparidad.

Ello sucede en un planeta irreversiblemente globalizado, un territorio único para la actividad económica, donde la inexistencia de reglas y de poderes representativos –la falta de un geoderecho y de tribunales internacionales que lo apliquen– deja amplios espacios –físicos o virtuales– sustraídos a las normas de convivencia que, al menos en la teoría, rigen en la gran mayoría de los Estados.

En ese contexto, recordamos que la correcta atribución de la responsabilidad y consiguiente imputación de las consecuencias de los actos es una contrapartida na-

tural de la libertad y resulta esencial para la vigencia efectiva de la ley y el afianzamiento de la justicia.

Las personas sujetas a un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas quedan sometidas a un estándar de responsabilidad agravada, lo que guarda directa relación con el principio de igualdad ante la ley.

En materia mercantil, la demanda genérica de un actuar de buena fe –principio rector del orden jurídico– asume un grado superior, dados los deberes impuestos a quienes realizan actos de comercio y las pautas de lealtad, transparencia y confianza, propias de esa actividad y expresadas en la exigencia de obrar como un buen hombre de negocios.

A quienes integran el sector social que posee un muy alto porcentaje de la riqueza de la sociedad –y, a la vez, son los protagonistas de casi todas las operaciones comerciales de cierta significación económica– cabe requerirles un ejercicio de previsión y evaluación detenida –de cualquier situación en la que actúen y de sus consecuencias– más significativo y cuidadoso que al común.

Ello debe compatibilizarse con las pautas derivadas del rol desempeñado por la persona en determinadas relaciones, como las de los administradores –o socios con poder de decisión– de sociedades comerciales, los empleadores, aquellos a los que el Estado les atribuye concesiones o autorizaciones especiales para sus actividades o las profesiones sujetas a pautas propias.

Las personas mencionadas gozan de la posibilidad de acceder al uso de complejas herramientas jurídicas a las que difícilmente pueden acudir otros miembros de la sociedad. Las más habituales: creación de sociedades comerciales o recurrencia al concurso preventivo para superar situaciones de insolvencia. Por tales razones y con relación a ellas, el requerimiento de actuación prudente y atenta se incrementa de forma notoria.

La limitación de la responsabilidad patrimonial conferida –como excepción a la regla general– a las sociedades comerciales es válida en tanto éstas, sus socios y administradores ajusten su conducta a los fines –sustentados en el bien común– que la ley tuvo en miras al concederla.

La formulación de un criterio apriorístico en sentido restrictivo respecto de la responsabilidad de socios y administradores, o en cuanto a la posibilidad de extender la declaración de falencia de una sociedad, no es coherente, en nuestra opinión, con el ordenamiento jurídico. Tampoco es conducente a la búsqueda de una solución de justicia para cada caso concreto ni para la adecuada conciliación entre los intereses particulares y el interés general.

En materia procesal, la configuración de una mayor responsabilidad del causante de daños no exime a quien reclama un resarcimiento de probar, con arreglo a derecho, la existencia del daño que aduce y la relación causal entre el mismo y la conducta antijurídica del demandado. Ese esquema básico no excluye la necesidad de esclarecer la verdad en cada proceso, dejando de lado planteos formalistas o dogmáticos que se aparten del objetivo prioritario.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas refleja la contribución de buena fe que incumbe a las partes de un pleito e implica atribuir la prueba, en mayor grado,

a quien está en mejores condiciones de demostrar los hechos conducentes y relevantes. Es razonable vincular tales condiciones con un mayor deber de prudencia y conocimiento, lo cual involucra no sólo lo efectivamente conocido sino lo que –por imperio de ese deber– se debía conocer.

Asimismo, la buena fe procesal es exigible a todos los litigantes y, particularmente, a sus letrados, a los que cabe una responsabilidad profesional y el cumplimiento de su rol de auxiliares de la justicia. Comprende el contenido y la cuantía de las pretensiones, así como un comportamiento que aporte a encauzar los litigios hacia el logro de soluciones de equidad y composición adecuada de los derechos.

Retomando conceptos de Amartya Sen, queremos contribuir al debate sobre cómo reducir las injusticias claramente remediabiles que existen en nuestro entorno. Para ello, nada mejor que recurrir a la razón, “*poderosa fuente de esperanza y confianza en un mundo oscurecido por sombrías hazañas, pasadas y presentes*”¹¹⁴.

Con ese propósito –y en las palabras de quien recibe en este libro un merecido homenaje– concluimos recordando que “*el derecho no está hecho de dogmas... no es una verdad de fe, no viene revelado por un oráculo sino elaborado según las exigencias de la sociedad en vías de desarrollo*”¹¹⁵.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.

¹¹⁴ Sen, *La idea de la justicia*, p. 76.

¹¹⁵ Alegria, Héctor, *La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil*, LL, 2008-E-1186.