



_COLUMNA DE OPINIÓN

Espada de Damocles para el mercado de capitales argentinos

Máximo Bomchil

El dictado de la resolución 4094-E de la AFIP el pasado 17 de julio y su inmediata suspensión por 180 días menos de 24 horas después por la resolución AFIP 4095-E, resulta inexplicable y constituye una verdadera tragedia para el mercado de capitales argentino.

La resolución establece el procedimiento de pago del Impuesto a las Ganancias (IG) sobre las operaciones de compraventa de acciones y títulos públicos y privados de emisores argentinos, cuando el adquirente es un sujeto residente en el exterior, ya sea que el vendedor sea un sujeto residente en el país o no. La tasa del IG es del 13,50% sobre el precio de venta, o del 15% de la ganancia neta, calculada detrayendo del precio de venta los gastos necesarios para obtenerla (1). Están exentas las ganancias originadas en compraventa de títulos que coticen en bolsas y mercados, cuando el vendedor sea un sujeto residente (2).

La ley pone en cabeza del comprador residente en el exterior la obligación de ingresar el importe del impuesto cuando el vendedor también es residente en el exterior. Nada dice sobre el pago del impuesto cuando el vendedor es residente en el país.

CONTINÚA EN PÁGINA 3

Sociedades por acciones simplificadas

NORMAS DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Diego A. J. Duprat y Lisandro A. Hadad

➔ Se debe evitar que el trámite *express* de inscripción registral, en caso de adoptarse el instrumento constitutivo y el edicto modelos, no opere como una suerte de incentivo peligroso y restrictivo para desalentar el camino de la libertad en la búsqueda del diseño estatutario que más se adapte a las necesidades de los socios y del emprendimiento en sí.

Luego de la sanción de la ley 27.349, denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, que creó la Sociedad por Acciones Simplificadas —en adelante SAS— como nuevo tipo societario por fuera de la Ley General de Sociedades, la Inspección General de Justicia —en adelante IGJ— dictó, en fecha 26/07/2017 (BO 27/07/2017), la resolución general 6/2017 —de ahora en más RG 6/2017—, como norma complementaria del tít. III de la ley 27.349.

Que al ser ésta la primera sociedad de nuestro derecho positivo que podrá ser constituida y registrada por medios digitales, con utilización de firma digital y notificación electrónica, requiere, a dicho fin —y conforme lo establece la ley—, de una reglamentación por parte de la autoridad a cargo del Registro Público.

Previo a ingresar a su estudio particularizado, es importante detenernos en algunos puntos centrales de los considerandos de la RG 6/2017, que nos brindan un panorama más general.

El primero de ellos es la afirmación, por la propia autoridad, que “la ley 27.349 no requiere la conformidad administrativa del instrumento constitutivo de la SAS y su contralor durante su funcionamiento, disolución y liquidación, por cuya razón las normas reglamentarias que se dictan se fundan únicamente en la competencia de este Organismo como Autoridad a cargo del Registro Público local.”

Consecuentemente, podemos afirmar que nos encontramos frente a una sociedad por acciones que no estará sujeta a la fiscalización de la IGJ, limitándose el organismo de contralor societario al ejercicio de las funciones registrales a efectos de inscribirla en el Registro Público.

Otro punto a destacar refiere a la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades 19.550, y el rol de la autonomía de la voluntad contractual en el diseño del instrumento constitutivo de la SAS.

En este sentido, el art. 33 de la ley 27.349 estipula que la SAS se rige, en primer lugar, por dicha ley y, supletoriamente, y en cuanto se concilie con dicha normativa, por la Ley General de Sociedades.

Por su parte, la RG 6/2017 especifica que las SAS “estarán regidas por las normas establecidas en dicha ley, por las disposiciones previstas en el instrumento constitutivo sobre la base de la autonomía de la voluntad y, supletoriamente, por la ley General de Sociedades, en cuanto se concilien con la ley 27.349”.

En este sentido, entendemos que la prelación normativa es la siguiente (1):

1º Las normas imperativas de la ley 27.349 (como, p. ej., la del art. 41 que impone el porcentaje de integración mínima de los aportes en dinero).

2º Las normas imperativas de la ley 19.550 que fueren compatibles con el tipo SAS y que no se refieran a aspectos que la ley 27.349 reserva a la autonomía de la voluntad de los socios (como podría ser la del art. 18 sobre nulidad de la sociedad con objeto ilícito);

3º Las normas pactadas por las partes en el instrumento constitutivo de la SAS, cuando así lo permita la ley 27.349 y en los supuestos no regulados, regulados por normas supletorias o no prohibidos.

4º Las normas supletorias de la ley 27.349.

5º Las normas de la ley 19.550 aplicadas supletoriamente “en cuanto se concilien con la ley 27.349”.

Las normas del Cód. Civ. y Com. serán de aplicación en la forma y modo que dispone su art. 150.

De esta manera las pautas contractuales que fijan los socios en el instrumento constitutivo adquieren fundamental importancia y vigencia y sólo tendrán a las normas de la ley 19.550 como pautas de aplicación subsidiaria, en los reenvíos que expresamente disponga la ley 27.349 (ver arts. 49, 52, etc.) o en los aspectos específicos que no hayan sido regulados por dicha ley ni por las partes, y siempre que las soluciones dispues-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. *Espada de Damocles* para el mercado de capitales argentinos
Máximo Bomchil 1

DOCTRINA. Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia
Diego A. J. Duprat y Lisandro A. Hadad..... 1

NOTA A FALLO. El caso “Menem”. Una sentencia con fundamentos y final abierto
reencauzada por la Corte
Jorge Alejandro Amaya..... 4

JURISPRUDENCIA

ELECCIONES PRIMARIAS. Impugnación de precandidatura para senador nacional. Ex Presidente de la República Argentina. Cuestionamiento de su idoneidad para el cargo. Legitimación. Preclusión en materia electoral. Arbitrariedad de la sentencia por omisión en la consideración de cuestiones esenciales (CS)..... 4

ELECCIONES PRIMARIAS. Impugnación de la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando agravado. Art. 16 de la Constitución Nacional. Idoneidad. Requisitos éticos. Aplicación del precedente “Partido Nuevo distrito Corrientes” de la Cámara Nacional Electoral. Procedencia de la pretensión (CNElectoral)..... 4

ELECCIONES PRIMARIAS. Impugnación de precandidatura a senador nacional. Ex Presidente de la República Argentina. Cuestionamiento de su idoneidad para el cargo. Pronunciamiento de la Corte Suprema posterior a la elección. Derechos de los electores (CS)..... 8

DERECHOS PERSONALÍSIMOS. Acción declarativa intentada por los descendientes choznos de quien fuera en 1815 el Director Supremo de las Provincias Unidas. Determinación de la filiación auténtica de un prócer. Ausencia de afectación del derecho a la identidad y al de conocer los orígenes. Rechazo del planteo basado en el derecho a la verdad. Rechazo de la pretensión por falta de legitimación y ausencia de “causa judicial”. Revisionismo histórico ajeno a la función de los jueces (CNCiv.)..... 8

CORRETAJE INMOBILIARIO. Reclamo del cobro de dinero en concepto de comisión por una operación inmobiliaria frustrada. Demanda intentada por una sociedad anónima y su representante. Cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 20.266. Orfandad probatoria. Exigencia de matriculación para ejercer el corretaje. Pérdida del derecho a cobrar la comisión. Irrelevancia de la existencia de convención expresa. Inaplicabilidad del Código Civil y Comercial. Consecuencias consumadas de un hecho pasado. Rechazo de la pretensión por falta de legitimación (CNCom.)..... 10

Sociedades por acciones simplificadas

● VIENE DE TAPA

tas por la Ley General de Sociedades sean compatibles con el régimen de la SAS (2).

A renglón seguido, la RG 6/2017 consagra, por primera vez, el cambio de paradigma que la doctrina (3) viene sosteniendo con la aparición de este nuevo tipo social al afirmar: “en atención al cambio de paradigma que importa este nuevo tipo societario, será de aplicación la presente resolución y, supletoriamente la resolución IGJ 7/2015 en todo aquello que no se encuentre contemplado, siempre ajustando su interpretación a las finalidades de la ley 27.349”. Consecuentemente, y admitiendo que el espíritu y finalidad del tipo social SAS es distinto a los de los tipos regulados por la LGS, aplica supletoriamente la resolución general 7/2015 —norma complementaria de la ley 19.550— pero ajustando su interpretación al propósito de la ley de apoyo al capital emprendedor.

La subsidiariedad de la aplicación de la ley 19.550 implica dejar de lado el modelo imperativo de sociedad regulado por dicha ley, para evolucionar hacia un tipo societario más democrático y con mayor libertad de acción por parte de sus socios, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la redacción y modificación del contrato social.

Es justamente a lo que adscribe la RG 6/2017, cuando establece que las SAS se registrarán en primer lugar por la ley 27.349 y luego por las disposiciones del instrumento constitutivo; y, ahora sí, y de manera supletoria, por la Ley General de Sociedades en cuanto se concilie con la ley 27.349.

Creemos que este es un punto central para continuar con la evolución que ha iniciado la ley 27.349 y evitar por parte de los agentes del derecho una aplicación automática de la ley 19.550, imbuida de un espíritu diametralmente opuesto.

Un punto a considerar, entonces, es la conciliación de la normativa de ley 27.349 con la ley 19.550. A dicho fin, deberemos localizar los principios tenidos en cuenta por el legislador en ambas normas y ver si se concilian. La ardua tarea consistiría en identificar los puntos de partida sobre los cuales fue organizada cada ley y analizar su compatibilidad para luego poder afirmar si pueden aplicarse supletoriamente.

La ley 19.550 tiene una fuerte impronta imperativa, propia de su época y del afán regulatorio del Estado; evita distinguir entre sociedades abiertas y cerradas, así como pretende imponerle al “usuario” un régimen acabado y cerrado, y lo peor, es que su aplicación e interpretación ha generado dogmas, tanto por parte de la doctrina, como de la jurisprudencia. Cuando hablamos de dogma nos referimos, repitiendo la conceptualización dada por Le Pera, a un principio carente de función. “El ‘principio’ de una ley responde a veces a la necesidad de adecuación de un de-

terminado orden jurídico y, a veces, a una moda académica, un hallazgo retórico o un particular sentimiento de armonía o belleza del orden jurídico” (4). “Una vez admitido, es transmitido por profesores a alumnos y por éstos, a su debido tiempo, a los propios, de manera no analizada, esto es, como axioma. Por lo tanto, si el trasvasamiento generacional se produce como artículo de fe, el principio se convierte en dogma. Un dogma no es nunca contrastado con la realidad, no se espera de él que sea práctico y en todo caso su practicidad nunca es medida, el dogma vale porque ‘debe’ valer” (5).

Del otro lado, tenemos la reciente ley 27.349, sustentada en principios jurídicos de libertad, autonomía normativa y eficiencia, que impone un tipo societario de trama abierta, cuyo diseño normativo queda en manos de los socios (6).

Difícil será la tarea de conciliar una ley de corte imperativo (7), regulatoria al detalle de los tipos societarios y con poco margen a la libertad contractual, con una ley flexible, en la que predomina la subsidiariedad de las normas, junto con una mayor libertad de las partes para auto-regularse (8).

Consideramos que este es el desafío de continuar con la evolución que ha iniciado nuestro derecho corporativo: entender cuáles son los principios de las SAS y alejarlas de los principios jurídicos de la ley 19.550.

Vayamos ahora a la RG 6/2017, que consta en su parte resolutive de cinco artículos que aprueban los Anexos que contienen las disposiciones generales sobre las SAS, el modelo de instrumento constitutivo y el modelo de edicto.

Disposiciones generales. El Anexo A regula con especificidad a las Sociedades por Acciones Simplificadas estableciendo en su art. 1º la aplicación supletoria de la resolución general 7/2015 de la IGJ en los casos no expresamente previstos; y siempre y cuando se concilien con la ley 27.349.

El art. 2º ratifica lo ya expresado en los considerandos sobre las funciones de la IGJ sobre las SAS, afirmando que dicha autoridad sólo tiene el control registral, careciendo de funciones de fiscalización.

Forma de tramitación. Como novedad, y supliendo la falta de reglamentación por parte de la ley en este aspecto, el art. 3º regula el mecanismo de gestión documental electrónica, conforme al cual los actos que requieran inscripción ante el Registro Público serán tramitados a través del Sistema de Gestión Documental Electrónica. Dicho sistema, administrado por la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización de la Nación, es un sistema integrado de *caratulación*, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional y actúa como plataforma para la implementación de gestión de expedientes electrónicos.

Este sistema de gestión se utiliza desde la plataforma de Trámites a Distancia, también implementado mediante la Secretaría de Modernización.

Como reflexión podemos afirmar que de este modo el Estado está eliminando vetustos trámites burocráticos para la inscripción de una sociedad (9), demostrando que no sólo tiene la capacidad de hacerlo con un exclusivo fin recaudatorio.

Inscripciones. El art. 7º de la RG 6/2017 permite que el instrumento constitutivo se realice mediante escritura pública o instrumento privado con firma certificada —nada nuevo hasta aquí—. Luego, y como una tercera modalidad —en este caso innovadora—, admite el documento electrónico con firma digital de todos sus otorgantes. Consecuentemente, esto no es ni más ni menos que la posibilidad de realizar el contrato social de la SAS de manera informática y desde cualquier lugar del mundo; situación impensada en nuestro país hace algunos años.

Registro de Sociedades por Acciones Simplificadas. Como primera medida la RG 6/2017 estipula que la registración de las SAS será realizada exclusivamente en forma electrónica, para lo cual crea el Registro Digital de Sociedades por Acciones Simplificadas (art. 8º), registro en el cual se deberá inscribir, también, la cancelación de la inscripción societaria.

Una vez efectuada la inscripción, en lugar de contar con el legajo de la sociedad con el sello del tomo y folio, tendremos una constancia de inscripción de la SAS, que se notificará a la casilla del sistema de Trámites a Distancia del solicitante con firma digital de la IGJ.

Publicaciones. Y sí, increíblemente llegó el día en que dejamos de ir personalmente a realizar la publicación en el Boletín Oficial mientras reflexionamos en el trayecto si alguien realmente lee dicho Boletín.

Aunque lamentablemente el legislador mantuvo la ficción de la publicación, nos da ahora la posibilidad de realizarla en forma automática desde la aplicación de Trámites a Distancia, que lo remite al Boletín Oficial (art. 13º). Sin dudas, un gran avance en la materia para simplificar los trámites y agilizar la inscripción de actos societarios.

Registro preventivo de denominación social. La RG 6/2017 otorga la posibilidad de registrar la denominación social con carácter previo a la constitución de la SAS y, de este modo, lograr la reserva de la denominación por un plazo de treinta días corridos.

Cambio de denominación social. En lo que respecta al cambio de denominación social, el art. 20º de la RG 6/2017 exige “establecer el nexo de continuidad jurídica entre la denominación social anterior y la nueva adoptada”, aunque se trate de una misma persona jurídica.

Capital social. El art. 23º de la RG 6/2017, en forma clara y precisa, prohíbe exigir a la SAS un capital social mayor al mínimo establecido por la ley 27.349 (equivalente a dos veces el salario mínimo, vital y móvil), invocando la exorbitante imposición de mantener una adecuada relación entre éste y el objeto.

En este sentido el artículo citado dispone que “En ningún caso, cualquiera sea la naturaleza o diversidad del objeto social, se exigirá la acreditación de

un capital que supere el capital mínimo previsto por el art. 40 de la ley 27.349”.

Sin dudas es un gran avance y reconoce que el capital de trabajo de las sociedades no se nutre solamente del capital social inicial, sino que puede apelar a fondos de terceros; se entiende que las SAS como entidades propicias para el desarrollo de proyectos en el marco de una ley de apoyo a los emprendedores tienen un crecimiento gradual que reconoce varias fases en su evolución (10).

Órgano de administración y fiscalización. Representación. Si nos remitimos a un análisis literal de la ley 27.349 se podría concluir que el representante legal de la SAS podría ser una persona distinta (al administrador social o) a los administradores sociales, y que no necesariamente una misma persona tenía que revestir ambas facultades.

Habría que ver si este primer escenario legislativo fue voluntario o si en realidad fue un error de redacción. Ciertamente pensar en un error es subestimar al legislador, por lo que consideramos que la separación en la figura del representante legal de la sociedad del administrador fue voluntaria.

Lo cierto es que la RG 6/2017 borra dicha posibilidad conforme a su art. 29, al expresar que “el representante legal de la sociedad debe revestir el carácter de administrador de la misma”.

Incluso va más allá; e incorpora una norma supletoria para el caso de silencio del contrato social, conforme al cual frente a la no regulación contractual todos los administradores representan a la SAS en forma individual e indistinta.

Con respecto al órgano de fiscalización, la RG 6/2017 no hace más que aclarar lo regulado por la ley en cuanto a que ésta otorga la posibilidad de incorporar el órgano de fiscalización —la ley lo regula como un derecho de la sociedad de incorporación— y estipula que no estará obligada a establecer un órgano de control, sin perjuicio de la aplicación del art. 55 de LGS. En definitiva, tanto la ley como la resolución establecen que las SAS pueden tener órgano de fiscalización; y, en caso de que no lo tuvieran, el derecho de información y control estará en cabeza de los socios conforme el art. 55 LGS.

Adopción del contrato modelo. Como ya expusimos, la RG 6/2017 trae consigo en su Anexo A2 un modelo de contrato social de SAS, al que haremos mención más adelante, y en su Anexo A3 un modelo de edicto.

Luego de ello, el art. 32 inc. 1º, regula que “la inscripción del instrumento constitutivo modelo, en instrumento privado, con suscripción de capital social mínimo, se realizará en forma automática sin más trámite” en caso de que los socios sean personas físicas y/o personas jurídicas no comprendidas dentro del art. 299, LGS.

En aquellos casos en que se adopte el instrumento modelo y que los otorgantes no se encuentren dentro del inc. 1º del artículo citado, la inscripción será realizada en el plazo de 24 horas contado desde el día hábil siguiente a la presentación de la documentación correspondiente.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Aunque reconocemos que es una cuestión compleja. Ver al respecto SUÁREZ, Sergio P., “La sociedad por acciones simplificada frente al universo societario”, RDCO, 285-907, AP/DOC/604/2017; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, LA LEY, 2017-B, 991, AR/DOC/1012/2017; DUPRAT, Diego A. J., “Sociedades por Acciones Simplificadas”, LA LEY, 2017-B, 979.

(2) FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “La ‘sociedad por acciones simplificada’ y el sistema societario Cuatro preguntas y el ‘miedo a la libertad’”, LA LEY 28/06/2017, 1, AR/DOC/1529/2017 (“De esto resulta que nos encontramos ante un microsistema jurídico donde, como regla, deben aplicarse: En primer lugar la ley 27.349; en segundo lugar las previsiones estatutarias, y en tercer lugar la ley 19.550; pero sólo en

las disposiciones que se “concilien” con las características de las SAS. Ello reconoce sólo dos excepciones. Por la primera, cualquiera sea lo pactado, siempre se aplica el art. 157 de la ley de sociedades para juzgar los deberes, obligaciones y responsabilidades de los administradores, y de los fiscalizadores, si se los prevé [art. 52]; y en la liquidación se aplican las normas de la Ley General de Sociedades [art. 56]. Como segunda excepción, a falta de pacto, para el funcionamiento de la administración, gobierno y fiscalización, se aplican las normas de la SRL [art. 49]”).

(3) MARZORATI, Osvaldo J., “La Sociedad Anónima Simplificada. ¿Será una realidad?”, LA LEY, 2016-F, 990, AR/DOC/3617/2016; DUPRAT, Diego A. J., “Sociedades...”, cit.; ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima sim-

plificada”, LA LEY, 2016-F, 515, AR/DOC/3074/2016; HADAD, Lisandro A., “La Sociedad por Acciones Simplificada y la llegada de la modernidad”, LA LEY 27/07/2017, 1, AR/DOC/1387/2017; CRACOGNA, Dante, “Importante novedad en el campo societario: la sociedad por acciones simplificada (SAS)”, RDCO, 285-849, AP/DOC/546/2017; VERÓN, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada de la ley 27.349”, RDCO, 285-877, AP/DOC/592/2017; PRONO, Patricio M., “Capital, aportes y acciones en la sociedad por acciones simplificada”, RDCO, 285-915, AP/DOC/573/2017.

(4) LE PERA, Sergio, “Principio y dogma en la ley de Sociedades Comerciales”, LA LEY 1980-A, 745, AR/DOC/5298/2001.

(5) LE PERA, Sergio, “Principios...”, cit.

(6) SCHNEIDER, Lorena R., “Comentario a la ley nacional

27.349”, ADLA 2017-5-26, AR/DOC/1304/2017.

(7) Van THIENEN, Pablo A., “Sociedad anónima simplificada y autonomía de la voluntad, pacto comisorio o nulidad societaria”, LA LEY, 2017-C, 983, AR/DOC/1648/2017; ABDALA, Martín E., “Análisis del proyecto de ley de Sociedad por Acciones Simplificada”, LA LEY, 2017-A, 948, AR/DOC/265/2017.

(8) DUPRAT, Diego A. J., “Sociedades...”, cit.

(9) Se ha sugerido que estas facilidades y simplificación de trámites se hagan extensivas al resto de los tipos Societarios. Ver BERGER, Mariana, “Sociedades por Acciones Simplificadas. La Reglamentación”, *EDial*, 01/08/2017 - Año XVIII, nro. 4781.

(10) Teniendo presente la advertencia sobre un capital exiguo en cuanto a los riesgos frente a terceros señalada

La diferencia entre el primer y el segundo inciso se encuentra en la frase “*en forma automática y sin más trámite*”, que evidentemente es mucho más que la inscripción en el plazo de 24 horas.

La cuestión a debatir será si “*automática y sin más trámite*” significa que si adoptamos el instrumento modelo y los otorgantes encuadran dentro del inc. 1º, el Registro Público pierde facultades de control. De nuestra parte entendemos que así podría ser, dado la clara diferenciación que realizada la resolución en uno y otro caso.

Dicho art. 32 exige también de dictamen profesional en aquellos casos en que se opte por el instrumento constitutivo modelo previsto en la RG 6/2017.

Administrador, aceptación del cargo, domicilio especial y poder. La RG 6/2017 introduce como novedad en su art. 36 la aceptación tácita de la designación de los administradores con su mera presencia en el acto de designación, lo que no se encontraba previsto, al exigirse una aceptación expresa por parte de ellos. El presente es un avance más en la línea de la eficiencia.

Con respecto al representante que deberá ser designado por aquellos administradores que se domicilien fuera del país, la RG 6/2017 viene a traer claridad al respecto, dado que, como bien sabemos, la función de administrador es indelegable y lo legislado por el art. 51 de la ley 23.749 hacía algo de ruido al no definir la amplitud del poder.

Consecuentemente, la RG 6/2017 estipula los límites del poder, limitándolos a la recepción de las notificaciones para el administrador y a la realización de los trámites ante los organismos públicos.

Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital. Como primera medida la RG 6/2017 manda a aplicar la resolución general 7/2015 —en lo pertinente—, a excepción del plazo de 24 meses durante el cual los aportes pueden permanecer en dicho carácter desde la aceptación por parte del órgano de administración.

Luego de ello regula la registración contable de los aportes irrevocables, manifestando que integrarán el patrimonio neto desde el momento de la aceptación por parte del órgano de administración; y, mientras que allí permanezcan, deberán ser contabilizados a todos los efectos de las normas que fijan límites o relaciones entre las

participaciones y el capital social y las relativas a la pérdida o reducción del capital social (art. 44). Esta disposición busca evitar que mediante la ingeniería de los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital se violen disposiciones normativas tuitivas de los terceros contratantes y de la seguridad en el tráfico comercial.

Por último, la RG 6/2017 reglamenta la modalidad en que debe realizarse el aporte irrevocable, estipulando que debe ser en efectivo o a través de otras disponibilidades de poder cancelatorio o liquidez análogos, excluidos créditos (art. 44).

Estados contables. Coincidentemente con la falta de control y fiscalización de parte de la IGJ, y a pesar de ser la SAS una sociedad por acciones, es que el art. 46 de la RG 6/2017 las exige de la presentación de los estados contables ante dicho organismo, aunque, por supuesto, deben llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables de acuerdo a las normas vigentes.

Transformación por la imposibilidad de mantenerse como SAS. El art. 39 de la ley 27.349 establece la imposibilidad de determinadas sociedades de constituirse o mantenerse como SAS en aquellos supuestos de adquisición del control o vinculación en más de un 30 por ciento, de las sociedades a las cuales se les limita adoptar dicho tipo legal.

Consecuentemente, la RG 6/2017 identifica el acto jurídico —acto societario de adquisición de acciones— a partir del cual se computa el plazo otorgado por la ley para su transformación.

La RG 6/2017 (Anexo A2) impone, como ya se adelantó y lo exige la ley 27.349, un modelo tipo de instrumento constitutivo de SAS (Anexo A2) y un edicto modelo (Anexo A3).

Antes de efectuar algunos comentarios generales sobre los estatutos sociales estándar, una referencia concreta al art. 11 del instrumento constitutivo modelo impone la distribución de dividendos por el total del remanente de las utilidades sociales del ejercicio, luego de completarse la reserva legal, de deducirse los honorarios para directores y síndicos, los dividendos que correspondan a las acciones preferidas, en su caso, y de “cualquier otra reserva” constituida por la asamblea. Así, el artículo propuesto resta poder a la asamblea de accionistas para decidir el destino y aplicación de las utilidades, previas deducciones legales. No sólo se diluye la posibilidad de mante-

ner resultados sin asignación específica, sino que todo fondo retenido debe ser afectado a reservas facultativas.

Esta exigencia cercena la libertad de los socios y reduce el poder del órgano de gobierno, para resolver la aplicación de los resultados, y puede afectar el desarrollo de los proyectos corporativos. Téngase en cuenta que la SAS está diseñada como parte de un programa más amplio de apoyo a los emprendedores y como instrumento de desarrollo de la actividad emprendedora. Esto implica que mientras que una idea inicial se termine de desarrollar se efectúen los prototipos necesarios según el caso, se tengan los productos para su comercialización, etc., es posible que se requiera la retención de eventuales utilidades sociales hasta lograr su inserción en el mercado (11). La redacción del art. 11º limita esta posibilidad y exige la constitución de reservas como único vehículo para la no distribución —obligatoria— de dividendos.

Cuestión opinable y para debatir. De todas maneras entendemos que al tratarse de un modelo tipo, estandarizado, las partes no están obligadas a aceptarlo, siempre y cuando tal decisión no lleve a sensibles e importantes demoras en el trámite de registración.

La imposición de un modelo tipo de instrumento constitutivo tiene ventajas y desventajas.

Dentro de las primeras se encuentra la posibilidad de contar con una estructura normativa prediseñada y que el Estado ofrece sin ningún costo para los fundadores. Se supone que esta regulación toma en cuenta las exigencias de la ley específica y los avances del derecho regulatorio y registral societario.

También la existencia de un modelo tipo garantiza cierta homogeneidad en la estructura normativa de las SAS, lo que suele redundar en beneficio de la seguridad jurídica.

Por el contrario, la existencia de un instrumento estandarizado podría atentar contra la propia flexibilidad y amplitud de la SAS, al ir imponiendo un estatuto mínimo que no contemple las distintas posibilidades de autorregulación que reconoce la ley específica.

Esta desventaja podría minimizarse, si el registrador mercantil mantuviera una amplitud de criterio tal que aceptara instrumentos constitutivos hechos a medida de los intereses de los socios y no los demoraran más allá de lo razonable.

Téngase en cuenta que una de las principales virtudes de la SAS, en tanto tipo societario con

cierta autonomía y flexibilidad, es la posibilidad que le brinda a sus fundadores de diseñar un estatuto social a medida, sustituyendo el principio de imperatividad normativa por el de la libertad contractual y subsidiariedad del plexo legal.

En este sentido, la ley 27.349 permite que los socios pacten, entre otras cosas, la forma de suscripción e integración del capital; los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; las cláusulas atinentes al funcionamiento orgánico de la sociedad; convenir el contenido, alcance y valor de las prestaciones accesorias; la forma de negociar y transferir las acciones; la forma y recaudos que deberán tomarse en caso de operaciones del socio único con la sociedad (auto-contratación); así como otras cuestiones tales como la posibilidad y los requisitos para la exclusión o separación del socio u otros pactos de salida; los procedimientos para resolver conflictos; las normas para prevenir y sancionar eventuales conflictos de intereses; etc.

Esperemos que la adopción del instrumento constitutivo modelo no se convierta en una exigencia excluyente para la inscripción en el Registro Público, ni le impongan a las sociedades —haciendo uso de todas las posibilidades que brinda la ley 27.349 en cuanto a la libertad de contratación— demoras, dilaciones, y dificultades en el proceso de inscripción registral de la S.A.S.; se debe evitar que el trámite *express* de inscripción registral, en caso de adoptarse el instrumento constitutivo y el edicto modelos, no opere como una suerte de incentivo peligroso y restrictivo para desalentar el camino de la libertad en la búsqueda del diseño estatutario que más se adapte a las necesidades de los socios y del emprendimiento en sí.

Es fundamental garantizar el principio de la autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos societarios, y así lo impone la ley 27.349, y evitar restringirlo mediante la aplicación de demoras o cortapisas injustificadas por parte del registrador público. ●

Cita on line: AR/DOC/2265/2017

MÁS INFORMACIÓN

Vítolo, Daniel R., “Aspectos de la reglamentación de la SAS por las autoridades de contralor”, LA LEY 22/08/2017, 1.
Van Thienen, Pablo A. - Di Chiazza, Iván G., “Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la Ley General de Sociedades”, LA LEY 17/08/2017, 1.

{ NOTAS }

por VÍTOLO, Daniel R., “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, LA LEY, 2016-E, 1134, AR/DOC/3076/2016.

(11) Si bien es cierto que durante los primeros tiempos sólo se necesita invertir y que no se registren ganancias.

_COLUMNA DE OPINIÓN

Espada de Damocles para el mercado de capitales argentinos

● VIENE DE TAPA

La sujeción de las operaciones referidas al Impuesto a las Ganancias nace con la modificación a la LIG introducida por la ley 26.893 en septiembre de 2013. Como la posibilidad de cobrarle el impuesto a un comprador de títulos residente en el exterior es prácticamente nula, la obligación cayó

en letra muerta, hasta que la malograda resolución 4094-E la quiso revivir. Duró 24 horas.

Pretender que el comprador del exterior ingrese el impuesto a las ganancias que le genera al vendedor una venta de títulos argentinos trae problemas jurídicos prácticamente insolubles:

1. ¿Es razonable perseguir al comprador de títulos argentinos residente en el exterior por el impuesto a las ganancias de un tercero, como es el vendedor? ¿Tiene jurisdicción territorial la República Argentina para gravar una operación entre personas residentes en el exterior sobre un bien ubicado en el exterior, como son los títulos y acciones, aunque el emisor sea argentino? ¿Es una ganancia de fuente argentina?
2. ¿No es una discriminación sujetar al impuesto a las operaciones cuando el vendedor es un residente del exterior y eximir las cuando es un residente local? ¿No viola esto la obligación de no discriminación asumida por el país en todos los acuerdos para evitar la doble imposición internacional firmados, gran parte de los cuales fueron suscriptos con países en los cuales residen los compradores y vendedores de los títulos?

3. La resolución es ilegal cuando impone al comprador residente del exterior ingresar el impuesto en el supuesto en que el vendedor sea un residente argentino, porque la LIG reformada por la ley 26.893 introduce esa carga sólo cuando también el vendedor es un residente del exterior. La AFIP carece de facultades para crear contribuyentes o responsables sustitutos.

4. No sólo viola la ley, sino también el sentido común pretender que la resolución tenga efecto retroactivo al 23 de septiembre de 2013, como lo establece su art. 8º. Durante cuatro años los funcionarios no reglamentaron cómo debía pagarse el impuesto y, ahora que lo hacen, pretenden que sea retroactivo a septiembre de 2013, pues esto atentaría contra inversiones locales y extranjeras.

El daño que le ha causado esta resolución de la AFIP al mercado de capitales argentino es importante. No se resuelve con la postergación de su entrada en vigencia por 180 días, sino que esto agrava el problema. Debía haber sido lisa y llanamente derogada. El inversor del exterior se va a cuidar bien de comprar títulos argentinos públicos o privados frente a la posibilidad de que el Estado argentino intente una vez más gravar la ga-

nancia del vendedor por la operación y pretender cobrársela a él.

Hay que encontrar una solución de inmediato y no dejar correr los 180 días. Un paso adelante sería aclarar por circular del organismo fiscal que las operaciones con ADR (*American Depositary Receipts*) de títulos argentinos no generan ganancia de fuente argentina y, por lo tanto, están fuera del ámbito del tributo, porque los ADR no están emitidos por un inversor local sino por un banco extranjero, aunque los títulos subyacentes lo sean. Adicionalmente, el PEN debe remitir al Congreso un proyecto de ley equiparando a los sujetos del exterior con los residentes argentinos en cuanto a la exención del Impuesto a las Ganancias de las operaciones con títulos que coticen en mercados y bolsas de valores. Con ello no sólo cumpliría con la obligación asumida en las convenciones para evitar la doble tributación internacional, sino que limitaría el daño a la seguridad jurídica que se ha causado. ●

Cita on line: AR/DOC/2160/2017

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (1) Ley de Impuesto a las Ganancias, modificada por la ley 26.893, art. 90.
 (2) LIG, art. 20, inc. w): “*Están exentas las ganancias originadas en compraventa de títulos que coticen en bolsas y mercados cuando el vendedor sea un sujeto residente*”.

NOTA A FALLO

Elecciones primarias

Impugnación de precandidatura para senador nacional. Ex Presidente de la República Argentina. Cuestionamiento de su idoneidad para el cargo. Legitimación. Preclusión en materia electoral. Arbitrariedad de la sentencia por omisión de la consideración de cuestiones esenciales.

Hechos: *El apoderado de un partido político impugnó la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente por la "ausencia de idoneidad para el cargo" de aquél. El juez federal con competencia electoral de La Rioja desestimó in limine la presentación por considerarla extemporánea. La Cámara Nacional Electoral, sin hacer alusión a las razones formales esgrimidas revocó la resolución apelada. El partido político cuyo candidato fue impugnado interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin resolver sobre el fondo, dejó sin efecto la sentencia impugnada.*

- 1.- La sentencia que, en el proceso de elecciones primarias, dejó sin efecto la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la Nación condenado por el delito de contrabando, es arbitraria, pues el juzgador no examinó, si a luz de la ley 26.571 en la etapa del cronograma electoral, el partido que impugnó la candidatura estaba legitimado para ello, dado que la norma prevé un mecanismo específico y su revisión resultaba indispensable.
- 2.- La sentencia que, en el proceso de elecciones primarias, dejó sin efecto la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la Nación condenado por el delito de contrabando es arbitraria, pues el juzgador no trató la cuestión atinente al carácter tempestivo o intempestivo de la impugnación formu-

lada y a la aplicación del instituto de la preclusión en el marco de las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias reguladas por la ley 26.571.

- 3.- La descalificación de la sentencia que, en el proceso de elecciones primarias, dejó sin efecto la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la Nación condenado por el delito de contrabando, por no tener fundamentos suficientes y omitir el tratamiento de cuestiones esenciales, no importa abrir juicio sobre el fondo del asunto, sino establecer que tal carencia no pueda dar conclusión jurídica razonable a la causa, por lo que ésta debe reenviarse para que sea dictado un nuevo pronunciamiento que cuente con fundamentos que lo sustenten como acto constitucional.

120.370 — CS, 22/08/2017. - Acosta, Leonel Ignacio s/impugnación de precandidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano.

[Cita on line: AR/JUR/53485/2017]

Buenos Aires, agosto 22 de 2017.

Considerando: 1°) Que el señor Leonel Ignacio Acosta, apoderado de la alianza "Izquierda al Frente por el Socialismo", distrito La Rioja, impugnó la precandidatura a senador nacional del señor Carlos Saúl Menem, nominado por la línea interna "Rioja Federal" de la alianza "Frente Justicialista Riojano". Sustentó su presentación en la ausencia de idoneidad para el cargo por el que aspiraba a competir el mencionado precandidato.

El juez federal con competencia electoral de La Rioja desestimó *in limine* la presentación por considerarla extemporánea. La actora apeló dicho pronunciamiento, recurso

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Elecciones primarias

Impugnación de la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando agravado. Art. 16 de la Constitución Nacional. Idoneidad. Requisitos éticos. Aplicación del precedente "Partido Nuevo distrito Corrientes" de la Cámara Nacional Electoral. Procedencia de la pretensión.

Hechos: *Se impugnó la oficialización de la precandidatura a senador nacional en un proceso de elecciones primarias de un ex presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando agravado. El juez no hizo lugar a la pretensión por entender que estaban vencidos los plazos legales para realizar la impugnación. La Cámara revocó lo decidido.*

- 1.- La oficialización de la precandidatura a senador nacional en un proceso de elecciones primarias de un ex Presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando debe dejarse sin efecto, pues el requisito de idoneidad —art. 16, Constitución Nacional— estriba en carecer de antecedentes penales, en tanto cuanto mayor sea la jerarquía del empleo o de la función mayor debe ser el grado de moralidad a exigirse. [1]
- 2.- Debe dejarse sin efecto la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando aun cuando la sentencia penal no esté firme, pues, más allá de la presunción de inocencia, la condena goza de la presunción de certeza y legitimidad que le asiste como tal en virtud de haber sido dictada por un tribunal competente, conforme a derecho y con todas las garantías del debido proceso legal.

- 3.- La oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República Argentina condenado por el delito de contrabando debe dejarse sin efecto, pues limitarse a verificar los requisitos formales específicos —art. 55, Constitución Nacional— cuando lo que se pretende es la obtención de un cargo público electivo de tan alta jerarquía institucional importa el incumplimiento de preceptos constitucionales, legales y doctrinarios vigentes y contribuye a permitir que se devalúe la confianza que deben inspirar los representantes.

- 4.- Dejar sin efecto la oficialización de la precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República Argentina por estar condenado por el delito de contrabando no importa desconocer las altas responsabilidades institucionales que aquél desempeñó ni prescinde de la presunción de inocencia de la que goza mientras no esté firme la condena dictada a su respecto.

- 5.- La oficialización de la precandidatura impugnada —en el caso, a senador nacional respecto de quien fue condenado por el delito de contrabando— debe dejarse sin efecto, en tanto las circunstancias de la causa encuadran cabalmente en los aspectos relevantes del caso "Partido Nuevo distrito Corrientes" de la Cámara Nacional Electoral —09/12/2003, LA LEY 2004-B, 996— y no existen elementos valorativos que permitan apartarse del criterio que resulta de ese precedente de aplicación.

120.371 — CNElectoral, 07/08/2017. - Acosta, Leonel Ignacio s/impugnación de precandidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano.

[Cita on line: AR/JUR/50186/2017]

CONTINÚA EN PÁGINA 6

El caso "Menem"

UNA SENTENCIA CON FUNDAMENTOS Y FINAL ABIERTO REENCAUZADA POR LA CORTE

Jorge Alejandro Amaya

SUMARIO: I. El caso. — II. El principio de universalidad del voto. Su perfil activo dinámico y su perfil pasivo restrictivo. — III. El precedente "Partido Nuevo". — IV. El precedente "Partido Nuevo" y sus dificultades constitucionales. — V. La aplicación del precedente al caso "Menem" ¿hay identidad o analogía de casos? Similitudes y diferencias. — VI. Conclusiones.

I. El caso

El pasado 7 de agosto la Cámara Nacional Electoral (CNE) se pronunció en el llamado caso "Menem" (1) declarando dejar sin efecto la oficialización de la precandidatura de Carlos Saúl Menem al cargo de Senador Nacional por la Provincia de La Rioja para las elecciones primarias del 13 de agosto de 2017.

Para así decidir, fundamentó su sentencia directamente en la aplicación del caso

"Partido Nuevo" (2), al que consideró un precedente de aplicación "incontroversible" (3), revisando dicha doctrina al inicio de la sentencia (4) (que merita sintéticamente que el requisito de idoneidad que exige el art. 16, Const. Nac., como principio de igualdad para ocupar cargos públicos implica no sólo una faz técnica, sino también moral, por lo que una condena penal —aunque no se encuentre firme— justifica la exclusión de un candidato de la oferta electoral).

El fallo fue motivo de interposición del recurso extraordinario (REF) por la línea interna política "Rioja Federal", el que fue concedido por el tribunal con fecha 10 de agosto. La Corte Suprema —el mismo día— emitió un pronunciamiento por unanimidad por el cual decidió el llamamiento de autos y dar traslado a la Procuración, anticipando que se pronunciaría sobre el caso con posterioridad a las PASO a través de "una sentencia útil que resuelva la cuestión planteada...".

El tema, como era de esperar, dividió inmediatamente a la política, la sociedad y la doctrina. Por un lado, por la relevancia institucional y política que posee el caso al implicar a un ex presidente de la Nación representante del partido que ha dominado la escena nacional desde el advenimiento de la democracia; por otro, porque la sociedad está expectante ante las acciones o inacciones del Poder Judicial en temas vinculados con la moral y la ética republicana.

La CSJN acaba de emitir pronunciamiento en fecha 22 de agosto, donde en un fallo unánime descalifica la sentencia de la Cámara Electoral por estar viciada de arbitrariedad, ordenando el dictado de un nuevo pronunciamiento en línea con sus postulados, los que sintéticamente pueden resumirse así: 1. La CNE no consideró las objeciones existentes sobre la legitimación del impugnante; ni concon la interposición tempestiva o no de la impugnación (5); 2. aplica dogmáticamente un precedente que considera incontrovertible (6); 3. No considera los cambios jurisprudenciales operados respecto al alcance de las garantías que rodean el proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (7).

II. El principio de universalidad del voto. Su perfil activo dinámico y su perfil pasivo restrictivo

El principio de universalidad del voto —receptado en los arts. 37, Const. Nac. (8) y 23

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) CNE, "Acosta, Leonel I. s/impugnación de precandidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano", expte. 6781/2017, sentencia del 07/08/2017.

(2) CNE Fallo N° 3275/03.
(3) Consid. 5°.

(4) Consids. 3° y 4°.
(5) Consids. 4°, 5° y 6°.

(6) Consids. 3° y 4°.
(7) Consids. 4°, 5° y 6°.

cuyo traslado fue contestado por el apoderado de la línea “Rioja Federal”.

2°) Que elevados los autos, dictaminó el fiscal electoral aconsejando la desestimación del recurso. Entre otras razones, y en lo que aquí interesa, sostuvo que la ley 26.571 no prevé la posibilidad de que terceros partidos o electores ajenos a dicho trámite puedan intervenir en el control de las condiciones constitucionales que deben reunir los candidatos.

La Cámara Nacional Electoral, sin hacer alusión a las razones formales esgrimidas tanto en la decisión de primera instancia como en el dictamen del Ministerio Público Fiscal, admitió el recurso deducido por la actora y revocó la resolución apelada, afirmando que lo hacía “sin perjuicio de la validez de los medios instrumentales hasta aquí aprobados y que, a esta altura del cronograma electoral, no resulte materialmente posible modificar, en resguardo de los derechos de los electores”. Citó, en apoyo de su decisión, su propio precedente en la causa “Partido Nuevo distrito Corrientes s/ oficialización de listas de candidatos a senadores y diputados nacionales - elecciones del 23 de noviembre de 2003” (sentencia CNE 3275/03).

3°) Que contra dicha decisión, la línea interna “Rioja Federal” interpuso recurso extraordinario federal, el que sólo fue concedido en lo relativo al alcance de normas federales. Ante la concesión parcial la apelante dedujo recurso de queja fundado en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

4°) Que de acuerdo con una reiterada jurisprudencia son descalificables las sentencias que omiten el análisis de cuestiones conducentes para la adecuada solución de la causa (Fallos: 312:1150; 315:1247, entre otros).

La doctrina mencionada es aplicable a este caso. El pronunciamiento de la Cámara no ha examinado si a luz de la ley 26.571 en esta etapa del cronograma electoral la actora estaba legitimada para impugnar una precan-

didatura de otra agrupación política. No es óbice que el tema fuera ajeno a los agravios planteados en el recurso extraordinario teniendo en cuenta que la legitimación constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y del art. 2 de la ley 27. Así, se ha resuelto que la existencia de los elementos constitutivos del caso judicial es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (conf. Fallos: 331:2257; 337:627, entre otros).

5°) Que, por otro lado, la omisión mencionada resulta relevante para la correcta decisión del pleito en el contexto de la ley 26.571 dado que lo atinente a la legitimación activa es una precondition para decidir las cuestiones procedimentales y sustantivas que han sido propuestas por las partes.

En ese orden, cabe destacar que la ley 26.571 prevé un mecanismo singular de competencia entre precandidatos para dirimir en definitiva quiénes serán los candidatos de cada agrupación o alianza política en las elecciones generales para cargos electivos. En especial, dicho ordenamiento establece un sistema de oficialización e impugnación de las precandidaturas que no ha sido, en modo alguno, examinado en la sentencia apelada pese a que resultaba indispensable para establecer si la actora contaba con legitimación.

6°) Que también resulta descalificable la sentencia apelada, pues no ha tratado la cuestión atinente al carácter tempestivo o intempestivo de la impugnación formulada y a la aplicación del instituto de la preclusión en el marco de las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias reguladas por la ley 26.571.

Que, el circunstanciado examen de este capítulo del asunto era de toda necesidad para dictar un pronunciamiento constitucionalmente sostenible, pues —por un lado— tales

cuestiones fueron las que sustentaron la decisión de primera instancia y sobre las cuales se apoyaron las presentaciones formuladas ante la Cámara por la demandada y el fiscal electoral. Y, además, el examen de que se trata debía también ponderar la especial trascendencia que esta Corte ha asignado en sus precedentes al principio de preclusión en materia electoral (Fallos: 314:1784; 331:866).

7°) Que, asimismo, resulta igualmente arbitraria la decisión de la Cámara Electoral cuando dogmáticamente intenta dirimir la inhabilitación de un candidato con la sola apelación a un fallo del mismo tribunal (caso “Partido Nuevo distrito Corrientes s/ oficialización de listas de candidatos a senadores y diputados nacionales - elecciones del 23 de noviembre de 2003”, sentencia de fecha 9 de diciembre de 2003 que el fallo en revisión describe en los considerandos tercero y cuarto), al que la alzada otorga entidad de precedente, sosteniendo que la “similitud” con el caso “resulta incontrovertible”, sin aportar los necesarios elementos que fundamenten adecuadamente tal conclusión.

En efecto, la Cámara soslayó las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos. En particular, omitió considerar que la impugnación formulada en el presente se enmarca en el régimen de la ley 26.571, cuyas particularidades fueron reseñadas en el considerando 5°. Tampoco tuvo en cuenta los cambios jurisprudenciales operados en lo que respecta al alcance de las garantías que rodean al proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (Fallos: 328:3399; 337:901, entre otros). De este modo, el tribunal *a quo* se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable. Así, en el pronunciamiento dictado en el expediente “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo”, esta Corte sostuvo que: “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse

sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...” (Fallos: 33:162, considerando 26; Fallos: 332:1963, voto de la jueza Argibay). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:5019 y 335:2028, entre otros).

8°) Que, en tales condiciones, corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias. Ello no importa abrir juicio sobre el fondo de los asuntos cuyo tratamiento se adeuda, sino poner de manifiesto que una carencia de tal magnitud no pueda dar conclusión jurídica razonable a la presente causa, por lo que deberán reenviarse los actuados para que el tribunal *a quo* dicte un nuevo pronunciamiento que cuente con fundamentos que lo sustenten como acto constitucional.

Esta solución es consistente con el carácter revisor de la jurisdicción apelada conferida al Tribunal por la Constitución Nacional, puesto que no puede pretenderse el dictado de un pronunciamiento final sobre aquellas cuestiones federales que no han sido ponderadas por los tribunales ordinarios que intervinieron en el proceso.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a efectos de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja la principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz.

CHDH — ha sido una conquista en contanteampliación en gran parte del mundo occidental y particularmente en los últimos años en la República Argentina.

En efecto, al implementar el carácter universal del sufragio, la llamada Ley Sáenz Peña⁽⁹⁾ inspiró otras normas que extendieron luego la composición del cuerpo electoral, como ocurrió —entre otros— con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones del año 1951⁽¹⁰⁾; el voto de los argentinos residentes en el exterior en 1991⁽¹¹⁾; el voto de los detenidos sin condena dispuesto en el año 2003⁽¹²⁾ luego del fallo de la Corte Suprema *in re* “Mignone”⁽¹³⁾; y el voto de los menores a partir de los 16 años⁽¹⁴⁾ reglamentado en el año 2012.

Profundizando esta línea “*pro voto activo*” en el año 2013 el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Ciudad de Buenos Aires declaró inconstitucional la norma del Código Electoral Nacional (CEN) aplicable a la ciudad que excluye del padrón electoral a los detenidos con condena firme⁽¹⁵⁾; y, recientemente en mayo de 2016 la Cámara Nacional Electoral (CNE) siguió la misma posición en la causa “*Procuración penitenciaria de la Nación*” declarando inconstitucionallos arts. 12

y 19, inc. 2° del Cód. Penal y 3° incs. e), f), y g), del CEN⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, en materia de igualdad respecto de las garantías que hacen al pleno ejercicio de los derechos políticos con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dictan en consecuencia (art. 37, Const. Nac.) la jurisprudencia de la CNE ha distinguido entre el derecho político de sufragio activo (de elegir) que tienen los ciudadanos, siguiendo —como vimos— una posición garantista y aperturista; y el sufragio pasivo (de ser elegidos) que, como veremos, ha restringido —principalmente— con base en la interpretación de los arts. 16 y 36, Const. Nac., referidos al requisito de idoneidad y ética para ocupar cargos públicos.

Al decir de la CNE, la restricción al derecho pasivo de sufragio se justifica porque aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente porque se espera de los elegidos cualidades singulares y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no esencialmente un derecho, sino que también constituye la oferta electoral⁽¹⁷⁾.

Esta afirmación conceptual —que lógicamente compartimos— ha sido utilizada por el Tribunal Electoral para *crear una restricción al derecho de sufragio pasivo que (lamentablemente) no encuentra sustento legal taxativo en nuestra normativa constitucional, legal, ni convencional*, contraviniendo —de esta manera y desde nuestra perspectiva— el principio de legalidad (arts. 18, 19, Const. Nac.) y la presunción de inocencia garantizado por el art. 18, Const. Nac., y el art. 8.2 de la CADH.

III. El precedente “Partido Nuevo”

La decisión de la CNE que considera *precedente aplicable* en el caso “Menem” fue tomada en “Partido Nuevo Distrito Corrientes s/ oficialización de listas de senadores y diputados nacionales - elecciones del 23/11/2003”, que pasó casi inadvertido en su momento, en razón del diferente peso institucional y político de los actores de ayer y de hoy.

El caso se relacionó con la postulación del Sr. Raúl Romero Feris al cargo de Senador Nacional por la Provincia de Corrientes. Sintéticamente los hechos fueron los siguientes: ante la formalización de la candidatura, ésta fue impugnada por pesar sobre el candidato dos sentencias condenatorias de Primera Instancia. El Juez Federal de Primera

Instancia con competencia electoral, con cita del art. 23.2 de la CADH, rechazó dicha impugnación por no hallarse firmes dichas condenas, poniendo de relieve además que el candidato cumplía con las condiciones que fija el art. 55, Const. Nac. para el cargo de Senador Nacional.

La decisión fue apelada ante la CNE y en el ínterin se produjo la elección popular, siendo el Sr. Romero Feris electo. Encontrándose su título en el marco de la Cámara respectiva a efectos que se le tomara juramento, el Tribunal de alzada se pronunciarevocando la sentencia del *a quo* y disponiendo el corrimiento de candidatos de la lista oficializada por el Partido Nuevo, por considerar que el candidato se encontraba inhabilitado para el cargo.

Descartando que el caso se hubiera tornado abstracto por haberse cumplido el acto electoral⁽¹⁸⁾, el Tribunal razonó de la siguiente manera para concluir que el candidato se encontraba inhabilitado:

Comenzó diciendo que para admitirse una candidatura a senador nacional, se requieren dos clases de requisitos: uno de carácter general, el de idoneidad; y otros de carácter particular fijados por el art. 55, Const. Nac.⁽¹⁹⁾.

{ NOTAS }

(6) Consid. 7°.

(7) Consid. 7°.

(8) El texto nacional encuentra concordancias con los arts. 1°; 16; 33; 38; 39; 40; 45; 51; 54; 75, inc. 23°; 94; 95; 96; 97; 98 CN y 21 DUDH; 25 PIDCP y art. 23 CADH.

(9) Ley 8871.

(10) Ley 13.010.

(11) Ley 24.007.

(12) Ley 25.858.

(13) CS, “Mignone, Emilio F. s/ hábeas corpus” (09/04/2002) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad

del art. 3°, inc. d), del Código Electoral Nacional.

(14) Ley 26.774.

(15) STJ CABA “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. N° 8730/12). Ver nuestro comentario en “Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio

queda al legislador?”, MJ-DOC-6552-AR | MJD6552, 23 de diciembre de 2013.

(16) CNE, “Procuración penitenciaria de la Nación y otro c. Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte s/ amparo - Acción de amparo colectivo - Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° Cód. Penal y 3° incs. e), f),

CONTEXTOS DEL FALLO

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional Electoral, 09/12/2003, "Partido Nuevo distrito Corrientes", LA LEY 2004-B, 996.

Contexto doctrinario del fallo

MIDÓN, Mario A. R., "Un hito trascendente en el control de idoneidad de candidatos electivos", LA LEY, 2004-B, 996.

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 7 de 2017.

Considerando: 1º) Que a fs. 15 el señor juez de primera instancia resuelve no hacer lugar a la impugnación deducida por el señor Leonel Ignacio Acosta respecto de la oficialización de la precandidatura a senador nacional del señor Carlos S. Menem para las elecciones primarias del próximo 13 de agosto.

Para así decidir, el *a quo* entiende que "se han vencido con exceso [...] los plazos legales previstos" para formular la impugnación que se pretende.

Contra esta decisión, el actor apela y expresa agravios a fs. 16/20.

Sostiene que la sentencia apelada incurre en un excesivo rigor formal "que profundiza la lesión a [las] instituciones" (fs. 18) al impedir resolver "sobre el fondo de una cuestión sumamente sensible y de trascendencia pública" (fs. 19).

Reitera lo dicho en su escrito de inicio respecto de que el señor Carlos Saúl Menem no reúne la condición de idoneidad suficiente para acceder al cargo público que pretende, por en-

contrarse condenado en proceso penal, por la comisión de delito doloso (fs. 17).

A fs. 23/28 el señor apoderado de la Lista "Rioja Federal" contesta los agravios. Afirma que la instancia de impugnación se encuentra precluida y que "es contradictorio afirmar que cualquier inhabilidad que no haya adquirido [...] carácter de definitivo [...] puede ser antepuesta al [p]rincipio de [i]nno-cencia que regula la Constitución Nacional" (cf. fs. 26/vta.).

A fs. 39/54 emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia, quien considera que debe rechazarse el recurso interpuesto.

2º) Que la naturaleza de la cuestión planteada exige, en primer término, recordar un principio básico según el cual "asegurar la legalidad de la composición de las listas presentadas es un deber ineludible de la justicia electoral" (cf. Fallos: CNE 1567/93; 1568/93; 1836/95; 1863/95; 2918/01; 2921/01; 2951/01; 3196/03; 3303/04; 3741/06; 4195/09; Ac. 32/09 y sus citas, entre otros).

En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal ha explicado —refiriéndose a la instancia del art. 60 y cc. del Código Electoral Nacional— que el proceso previsto para el registro de las candidaturas reviste especial trascendencia dentro del sistema electoral, pues tiene como finalidad comprobar que quienes se postulan para acceder a un cargo público reúnen las calidades constitucionales y legales necesarias para la función que pretenden (cf. Fallos: CNE 751/89; 1045/91; 1062/91; 1128/91; 2338/97; 2961/01; 3196/03 y 3303/04).

Al respecto, se añadió que el sistema está articulado teniendo como finalidad última y

suprema, resguardar la manifestación segura e indubitable de la voluntad del elector (cf. Fallos: CNE 2321/97; 3196/03 y 3303/04).

Con relación al proceso de elecciones primarias —como es el caso—, si bien es cierto que la ley 26.571 no prevé la oficialización judicial de las listas de precandidatos, sino que la encomienda a las autoridades electorales partidarias (arts. 27 a 30 de la ley cit.), no lo es menos que, planteada una impugnación por un elector habilitado respecto de un requisito constitucional —como el de la idoneidad (cf. art. 16 de la Constitución Nacional)—, resulta aplicable el criterio sentado en los precedentes reseñados. Ello, pues el carácter abierto y obligatorio de dichas elecciones impone equiparar las condiciones exigibles respecto de los comicios generales, para que el cuerpo electoral exprese libremente su preferencia entre la distintas nóminas oficializadas (cf. arg. Fallos: CNE 5080/13 y Expte. N° CNE 6033/2017/CA1, sentencia del 21 de julio de 2017).

En tales condiciones, y como se ha puesto de manifiesto en otras ocasiones, "no es difícil advertir las graves consecuencias que resultarían de una falta de pronunciamiento en esta instancia respecto de la viabilidad de la participación que se impugna, toda vez que se estaría admitiendo que se presentara al electorado una opción política cuestionada que podría luego ser dejada sin efecto. Y el Tribunal no puede en modo alguno crear una situación que origine tal posibilidad, pues frente al interés particular de las partes debe priorizar el interés político general (cf. arg. Fallos: CNE 227/85, 1059/91, 1908/95, 3194/03 y entre otros)" (cf. Fallos: CNE 3571/05 y Expte. N° CNE 6033/2017/CA1, sentencia del 21 de julio de 2017).

3º) Que ello sentado, se impone recordar que en el precedente de Fallos: CNE 3275/03 esta

Cámara dio tratamiento a una cuestión sustancialmente análoga a la planteada en el caso, revocando la oficialización de la candidatura a senador nacional de un ciudadano respecto del cual se había dictado condena en proceso penal, aun cuando ésta no se encontraba firme.

En dicha ocasión, se señaló que el derecho de sufragio pasivo o derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral (cf. Fallos: cit., consid. 3º).

Destacó el Tribunal en tal sentido, que el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, y "admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad", y que el artículo 55 determina que "son requisitos para ser elegido senador; tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, [...] y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella".

Resaltó asimismo, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en relación al art. 16 de la Constitución Nacional sostuvo que "la declaración de que todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad no excluye la imposición de requisitos éticos, como son los atinentes a la integridad de la conducta" (cf. Fallos: 238:183) y supone un conjunto de condiciones de distinta naturaleza. Así, incluye —por ejemplo— la aptitud técnica, la física y la moral (cf. Fallos: 321:194).

milable a quien no se halla incurso en proceso penal; y descarta la presunción de inocencia argumentando que si bien las condenas son de primera instancia:

"...gozan de la presunción de certeza y legitimidad que le asisten como tales en virtud de haber sido dictadas por un tribunal competente, conforme a derecho y con todas las garantías del debido proceso legal". "Por esto es que la candidatura se encuentra inhabilitada, resultando llamativo que sea precisamente durante el desarrollo de un proceso penal como el que atraviesa el candidato, el momento elegido para su postulación" (24).

El caso fue motivo de interposición del Recurso Extraordinario Federal (REF), concedido al igual que en el caso "Menem" por la Cámara, pero la Corte Suprema no llegó a expedirse, ya que, con posterioridad al dictamen del Procurador (que aconsejó la revocación de la sentencia) y antes que la Corte se pronunciara, el Sr. Romero Feris desistió del REF.

La doctrina sentada por la CNE en "Partido Nuevo" fue afirmada *obiter* tres años después de su dictado en el recordado caso "Patti" (25); y el pasado año en "Procuración Penitenciaria de la Nación" (26).

IV. El precedente "Partido Nuevo" y sus dificultades constitucionales (27)

Previo a ingresar a la crítica del precedente, el cual afronta —desde nuestra perspectiva—

dificultades constitucionales fuertes, cabe aclarar que adherimos con convicción, como la inmensa mayoría de los argentinos a la necesidad de consolidar un modelo democrático que se legitime en la confianza pública.

A estos fines la imposición de requisitos vinculados a la moral republicana para los postulantes a cargos públicos constituye una exigencia vinculada a la teoría de la representación democrática, como bien recuerda el Tribunal Electoral, pero aquéllos deben respetar los principios de legalidad, proporcionalidad y finalidad, como veremos.

El núcleo constitucional que protege los derechos políticos está concentrado en los arts. 37 Const. Nac. y 23 CADH.

El art. 23 de la CADH (con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, Const. Nac.) dispone que los ciudadanos tienen derecho... de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas y de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país autorizando la reglamentación del ejercicio de estos derechos y oportunidades *exclusivamente* (el destacado es propio) *por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y condena, por juez competente, en proceso penal* (el destacado es propio).

La jurisprudencia de la Corte IDH como las directrices de la Comisión IDH sirven como parámetros exegéticos en el *sub examine*.

En el caso "Castañeda Gutman", la CIDH aclaró que "la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental" que establece el numeral 2 del art. 23 de la CADH como causal de reglamentación de los derechos políticos constituyen "condiciones habilitantes" que "legítimamente" pueden ser establecidas por los Estados (28).

Siempre que no sean *desproporcionados o irrazonables*, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y se refieren a requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

En "Castañeda Gutman" la Corte también aclaró que los Estados podían regular otras "condiciones y formalidades" habilitantes para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos, *en la medida que reunieran los requisitos de legalidad, finalidad y proporcionalidad* (el destacado es propio).

Por ejemplo, en los casos "Yatama" y "Castañeda Gutman", la Corte había examinado la juridicidad internacional de condiciones habilitantes como la "pertenencia" a un partido político y ciertas formalidades de "inscripción" para la participación en un proceso electoral (29).

Ahora bien, el art. 23 de la CADH no solamente establece "condiciones habilitantes",

{ NOTAS }

y g), CEN" - Expte. N° CNE 3451/2014/CA1, 24/05/2016.
 (17) Fallos CNE 3275/03 y 4195/09.
 (18) Lo hace con citación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, *in re* "Bussi", sentencia del 04/11/2003. Consid. 2º.
 (19) Consid. 5º.
 (20) Consid. 5º.
 (21) Consid. 6º.
 (22) Consid. 7º.

(23) Consid. 8º.
 (24) Consid. 8º.
 (25) CNE, Fallo 3741/2006, 14 de septiembre de 2006.
 (26) Consid. 5º.
 (27) Hemos disentido anteriormente con esta jurisprudencia de la CNE. Cfr. AMAYA, Jorge Alejandro, "Los Derechos Políticos", Ed. Astrea, 2016; "La universalidad del voto en la jurisprudencia nacional. Entre la limitación

inconvenional y el activismo judicial", *Revista digital de la Asociación argentina de Derecho Constitucional (AADC)* N° 212, 01/03/2017. www.aadconst.org.ar/revistadigital/212-3/; "Derechos políticos y tensiones", *Suplemento de Derecho Constitucional*, Ed. La Ley, 09/11/2016, AR/DOC/3118/2016. Al respecto puede verse también nuestro trabajo "Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que

surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Diálogos desde la Diversidad. Tribunales supranacionales y tribunales nacionales* (CALOGERO PIZZOLO y Luca MEZZETTI Coord.) I - América, cap. II (ps. 17/46), Ed. Astrea, Buenos Aires, septiembre de 2016.
 (28) Cfr. Caso "Castañeda Gutman", párr. 155.
 (29) Cfr. Caso "Yatama", párrs. 210 y 217; y Caso "Castañeda Gutman", párrs. 170-173.

Por ello, explicó la Cámara que para admitirse una candidatura a senador nacional se requiere poseer dos clases de requisitos, uno de carácter general, el de la idoneidad, y los de carácter particular del artículo 55 anteriormente citado (cf. Fallos: cit., consid. 5°).

Concluyó, luego, que limitarse a verificar el cumplimiento de requisitos formales específicos, especialmente cuando lo que se pretende es la obtención de un cargo público electivo de tan alta jerarquía institucional, importa el incumplimiento de los preceptos constitucionales, legales y doctrinarios vigentes. Asimismo, tal accionar contribuiría a permitir que se devalúe la confianza que deben inspirar nuestros representantes, y el cuerpo que integrarán, en definitiva a mellar la confianza en el sistema democrático (cf. Fallos: cit., consid. 7°).

4°) Que en base a lo expresado, el Tribunal refirió que el requisito de idoneidad “estriba [...] en carecer de antecedentes penales [...] [en tanto] cuanto mayor sea la jerarquía del empleo o de la función, mayor debe ser el grado de moralidad a exigirse” (cf. Nestor Pedro Sagüés, “Sobre la reglamentación del principio constitucional de idoneidad”, Revista Jurídica Argentina LA LEY, 1980-C, Sec. Doctrina págs. 1216/1223).

Así, concluyó que el candidato entonces impugnado no reunía la condición de idoneidad para postularse a senador nacional, pues “se trata de un ciudadano sobre el que pesan dos sentencias condenatorias de primera instancia por la comisión de delitos tipificados y penados en el título XI del Código Penal. “Delitos contra la administración pública”, y que incluyen la accesoria de inhabilitación especial perpetua —la que especifica e inexorablemente se relaciona

con el ejercicio de cargos públicos—” (cf. Fallos: CNE 3275/03, consid. 8°).

Con relación a la circunstancia de que las condenas no estuvieran firmes, se destacó que más allá de la presunción de inocencia, “ello no enerva el criterio del tribunal en tanto [...] dichas condenas gozan de la presunción de certeza y legitimidad que le asisten como tales en virtud de haber sido dictadas por un tribunal competente, conforme a derecho y con todas las garantías del debido proceso legal” (cf. cit.).

5°) Que la similitud de condiciones que revisite el caso de autos respecto del precedente de mención —que no fue modificado por la Corte Suprema de Justicia al intervenir en la instancia extraordinaria (cf. Fallos: 332:1190)— resulta incontrovertible.

En efecto, de acuerdo a lo informado por la Cámara Federal de Casación Penal, el ciudadano Carlos S. Menem, ha sido condenado (05/03/2013) por la Sala I de ese Tribunal como coautor del delito de contrabando agravado. El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 resolvió —el 13 de junio de 2013— fijar la pena de siete años de prisión e inhabilitación especial de catorce años “para desempeñarse como funcionario o empleado público”. A su vez, la mencionada Cámara rechazó —con fecha 21 de junio de 2017— el recurso de casación deducido contra esta última resolución.

En tales condiciones, toda vez que en el *sub examine* no existen nuevas circunstancias ni elementos valorativos que permitan apartarse del criterio que resulta del precedente de aplicación, se impone concluir que no corresponde la oficialización de la precandidatura del nombrado.

sino que merita en el inc. 2° ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos. La restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el art. 23 inc. 2° estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal. Esta garantía es también coherente con la disposición del art. 27 de la CADH, que expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos.

De una interpretación del art. 23 inc. 2° conforme al sentido corriente de sus términos (30), se tiene que el término “condena por juez competente en proceso penal” no es equiparable a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”. Mientras estos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos

para tener efectividad, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” parecería, en principio, ser cerrado y definido.

¿Qué ha entendido el sistema interamericano por condena de juez competente en proceso penal? Sólo hay condena —y por lo tanto posibilidad de restricción de derechos políticos y consecuente inhabilitación para ser candidato— cuando hay sentencia definitiva, porque de lo contrario se haría prevalecer (como en “Partido Nuevo”) preceptos de índole procesal —como la presunción de certeza y legitimidad de las sentencias no consentidas— sobre disposiciones sustanciales como las de los arts. 18 de la Const. Nac. y 8.2. de la CADH.

En este sentido, en el caso “Ricardo Canese c. Paraguay” (31) la Corte Interamericana señaló: “...en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada” (32).

La doctrina de los órganos del sistema interamericano en torno a la extensión del principio de presunción de inocencia y al concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como causal de restricción autorizada de los derechos políticos quedó afianzada en el año 2011 en el caso “López Mendoza c. Venezuela” (33), donde la CorteIDH sostuvo

Cabe, a todo evento, señalar que en nada obsta a lo expresado, la circunstancia de que la ley 26.571, al incorporar al art. 33 de la ley 23.298 supuestos de inhabilitación por razón de “procesamiento” (cf. inciso “f”) o condena que “no fuere susceptible de ejecución” (cf. inciso “g”), se refiera a un determinado tipo de delitos.

Antes bien, mediante tales disposiciones el legislador no hizo más que plasmar el criterio —que sustenta el Fallo CNE 3275/03— con arreglo al cual el ejercicio del sufragio pasivo puede restringirse por existencia de condena no firme, más allá de la presunción de inocencia de la que goza una persona sometida a proceso penal.

6°) Que el pronunciamiento que aquí se emite no importa desconocer las altas responsabilidades institucionales que el señor ex Presidente de la Nación ha desempeñado, ni prescinde de la presunción de inocencia de la que goza —como se dijo— mientras no devenga firme la condena dictada a su respecto.

Como se ha explicado recientemente, apartarse de un precedente siempre exige una “especial justificación” (cf. “Dickerson v. United States”, 530 U.S. 428, 429 [2000]) y debe ser visto como la *ultima ratio*, cuando el juez, al considerar inconvenientes los criterios disponibles, no pueda eludir su aplicación” (cf. Sodero Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, Isonomía, N° 21, octubre 2004, p. 230) (cf. Expte. N° CNE 6647/2017/CAI, sentencia del 01 de agosto de 2017).

En afín orden de ideas, se ha señalado que “según [l]a doctrina del precedente, [...] la regla general que se explicita de un caso particular anterior (el precedente) es considerada obliga-

toria (stare decisis) en un caso subsiguiente que es igual, similar o análogo a aquél” (cf. Jones, Harry W., Kernochan, John M. y Murphy, Arthur, “Legal method. Cases and Materials”, Ed. The Foundation Press Inc., Mineola - New York, 1980, p. 7; Ginsburg, Jane, “Legal methods”, The Foundation Press Inc., Westbury, New York, 1996, p. 4; en Alberto F. Garay, “Los precedentes de la Corte y la importancia de los hechos de cada caso”, Abeledo Perrot N° 0003/015517, del 03/08/2011”) (cf. Fallo CNE 5043/13).

De conformidad con lo expresado en los considerandos que anteceden, las circunstancias de la presente causa encuadran cabalmente en los aspectos relevantes del caso resuelto mediante el Fallo CNE 3275/03 —cuya doctrina, entonces, se impone aplicar—, por lo que debe dejarse sin efecto la oficialización de la precandidatura impugnada, debiendo en consecuencia la lista “La Rioja Federal” del Frente Justicialista Riojano, proceder a su adecuación (cf. art. 10, decreto 443/2011). Ello, sin perjuicio de la validez de los medios instrumentales hasta aquí aprobados y que a esta altura del cronograma electoral no resulte materialmente posible modificar, en resguardo de los derechos de los electores.

En mérito de lo expuesto, la Cámara Nacional Electoral resuelve: Revocar la resolución apelada en los términos del considerando 6° de la presente. Regístrese, notifíquese con carácter urgente, comuníquese vía facsímil y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Firman dos jueces del Tribunal por encontrarse vacante el restante cargo de Juez de Cámara (cf. artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). —Santiago H. Corcuera. —Alberto R. Dalla Via.

que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones de un proceso judicial penal, en el que tienen respetarse las garantías judiciales consagradas en el art. 8° de la Convención Americana (34).

En el igual sentido, nuestra Corte en el caso “Mignone” sostuvo: “...resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la Convención citada denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional” (35).

Dos años antes del precedente “Partido Nuevo” nuestro Alto Tribunal ya había marcado esta senda garantista del sufragio pasivo en “Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos-Romero Feris” (36), al habilitar la candidatura a Gobernador Provincial de Raúl Romero Feris que se encontraba detenido con prisión preventiva firme, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Const. provin-

cial y del art. 3° inc. d) del Código Electoral Provincial, que disponían la inhabilitación para ser diputado y senador a los candidatos procesados con prisión preventiva firme.

El art. 3° del Código Nacional Electoral enumera quiénes están excluidos del padrón, entre otros y en lo que aquí interesa: “...e) los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;... l) Los inhabilitados según disposiciones de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos (37); m) Los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos”.

De lo expuesto surge que, en nuestro sistema constitucional, las restricciones a los derechos políticos (sufragio activo y pasivo) exclusivamente pueden provenir:

1. De las “condiciones y formalidades” habilitadas en el art. 23.2, CADH, reglamentadas siguiendo los principios de legalidad, proporcionalidad y finalidad.

2. De otras “condiciones y formalidades” que pueden crear los Estados en la medida que respeten los principios de legalidad, proporcionalidad, y finalidad.

3. De condena de juez competente en proceso penal con sentencia definitiva.

{ NOTAS }

(30) Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 (que codifica las reglas generales de interpretación de los tratados).

(31) CorteIDH, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, N° 111, párrs. 153 y 154.

(32) Con anterioridad se había expresado, en el caso “Neira Alegría y otros c. Perú”, Reparaciones - sentencia del 19 de septiembre de 1996, serie C, nro. 29, párr. 45, “...ya que las víctimas no habían sido condenadas por sen-

tencia firme por lo cual es aplicable el principio general de derecho de la presunción de inocencia (art. 8.2 Convención Americana).

(33) CorteIDH sentencia Serie C nro. 233, 1 de septiembre de 2011.

(34) Cfr. “Caso López Mendoza”, párr. 107.

(35) Fs. CS 325:524, consid. 15 del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

(36) Fs. CS 324:3143, 27/09/2001.

(37) El art 33 de la ley Orgánica de los Partidos Políticos (según ley 26.571) estipula “No podrán ser precandidatos en elecciones primarias ni candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales, ni ser designados para ejercer cargos partidarios”: a- Los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes...”; “...f) Las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves

violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24/03/1976 y el 10 de diciembre de 1983; g) Las personas condenadas por los crímenes descritos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución”.

4. Las personas incursoas en los *supuestos previstos en el art 33 de la ley Orgánica de los Partidos Políticos* (según ley 26.571).

V. La aplicación del precedente al caso “Menem” ¿hay identidad o analogía de casos? Similitudes y diferencias

La CNE aplicó el caso “Partido Nuevo” al caso “Menem” por considerarlo un precedente “*incontrovertible*”. Desde nuestra perspectiva existen similitudes y también notorias diferencias que han sido marcadas por la CSJN en su reciente sentencia revocatoria.

Como es sabido, un criterio jurisprudencial sólo puede reiterarse en la medida en que se presenten circunstancias fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico (38). Un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial siempre que las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas sean análogos entre sí (39).

Ciertamente el caso posee tres similitudes relevantes:

a) se trata de la postulación al mismo cargo electivo (Senador Nacional);

b) se trata de dos candidatos sobre los que pesa una condena penal;

c) en ambos casos está en juego sus derechos políticos pasivos (postulación al cargo), por lo cual parecería aplicable, en este aspecto, la misma reglamentación constitucional y legal.

Pero el caso también posee dos diferencias sustanciales, que lo alejan fáctica y normativamente del precedente:

a) en el precedente estamos ante una elección de candidatos; y en el caso de autos ante una elección de precandidatos (ley 26.571);

b) en el precedente la condena era de primera instancia; y en el caso “Menem” proviene de la Cámara de Casación Penal, máximo Tribunal Penal del país;

pero ni en “Partido Nuevo” ni en “Menem” existe una sentencia definitiva y, por consiguiente, la presunción de inocencia se mantiene incólume; ya que si bien en “Menem” hay *sentencia definitiva del superior tribunal de la causa* en los términos del sistema interno (40) no lo hay en los términos del sistema interamericano (41), ya que la condena no reviste el doble conforme que exige el sistema internacional, porque el ex presidente fue absuelto por el primer tribunal interviniente.

La condena de la Cámara de Casación Penal cumple hoy con el requisito convencional del doble conforme, al revisar no sólo cuestiones de derecho sino también de hecho (42). Aquí la presunción de inocencia —de haberse cumplido el doble conforme— estaría, desde nuestra perspectiva, fuertemente disminuida habiendo perdido su primacía, ya que el único recurso pendiente en el sistema interno es extraordinario y por consiguiente de extensión muy limitada, porque se ciñe —en principio— a las cuestiones federales exclusivamente, no abriéndose campo para una revisión amplia, salvo a través —excepcionalmente— de la doctrina de la arbitrariedad.

En dichas condiciones, *la sentencia definitiva podría constituir causal de inhabilitación* en los términos del art. 23.2 CADH (condena de juez competente en proceso penal), sin perjuicio de que se encuentre apelada por ante

la Corte Suprema a través de la instancia extraordinaria, ya que a los efectos de inhabilitación para ocupar cargos públicos resulta una restricción a los derechos políticos pasivos que proviene de una causal taxativa prevista literalmente en la CADH (art. 23.2); donde el Estado Argentino dio cumplimiento a las garantías del proceso penal previstas en el art. 8.2. (CADH); y respetando esta interpretación los principios de legalidad, proporcionalidad y finalidad para el afianzamiento de una sociedad democrática.

VI. Conclusiones

1. Los *derechos políticos* son *derechos humanos* que viabilizan el funcionamiento del sistema democrático y configuran lo que ha dado en llamarse “*el derecho humano*” a la democracia (43).

2. El perfil activo y pasivo del sufragio puede sea reglamentado por “*condiciones habilitantes*” que regulen su ejercicio exclusivamente por razones de “*edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental*” (art. 23 CADH) o por “*otras condiciones*” que impongan los Estados en la medida que cumplan con los requisitos de *legalidad, finalidad y proporcionalidad* (44).

3. Para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones y garantías de un proceso judicial penal (45).

4. La normativa constitucional y legal argentina sólo inhabilita a una persona para ser candidato en los supuestos el art. 3º del Código Nacional Electoral, que enumera quiénes están excluidos del padrón.

5. Cualquier otra causal de inhabilitación que el legislador crea conveniente establecer debe provenir *de una ley en sentido formal y material que respete los principios de finalidad y proporcionalidad* y se dicte dentro de los límites constitucionales.

6. El fallo de la CNE “Partido Nuevo” por sobre su finalidad encuentra clara tensión con el principio de legalidad (arts. 18 y 19, Const. Nac.) y la presunción de inocencia garantizado por el art. 18, Const. Nac., y el art. 8.2 de la CADH.

7. Respetaría el principio de presunción de inocencia y los principios de *legalidad, proporcionalidad y finalidad* a los fines de una inhabilitación electoral, la exclusión de un candidato sobre el que pesa una condena penal cuando emana del superior tribunal de la causa y se ha respetado el doble conforme del sistema interamericano.

Por más loable y deseable que nos parezca una sentencia y su finalidad, *los jueces no están llamados a pronunciarse sobre las virtudes cívicas ni sobre las aptitudes éticas de los candidatos electorales propuestos, sino sólo a controlar el cumplimiento o no de los requisitos preestablecidos por el constituyente y el legislador* (46).

Quizás este nuevo comentario, en alguna medida *políticamente incorrecto* (47), se vea apoyado con dicha afirmación final, cuyo eco replica palabras de quien fuera Ministro Decano de nuestro Alto Tribunal y destacado defensor de las libertades públicas: Carlos Santiago Fayt (48). ●

Cita on line: AR/DOC/2180/2017

{ NOTAS }

(38) Fs. CS. 323:1669.

(39) CS, sentencia del 10 de diciembre de 1997, S. 152 XXXII, “Sociedad Anónima Azucarera”, voto del juez Petracchi.

(40) Arts. 457 Cód. Proc. Penal; y 14, ley 48.

(41) CorteIDH, “Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica”; “Ricardo Canese vs. Paraguay”, “Mohamed c.

Argentina”.

(42) CS, “Casal, Matías E. y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20/09/2005.

(43) El art. 1º de la Carta Democrática Interamericana dice: “*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social,*

político y económico de los pueblos de las Américas”.

(44) Cfr. Caso “Yatama”, párrs. 210 y 217; y Caso “Casañeda Gutman”, párrs. 170-173.

(45) Cfr. “López Mendoza c. Venezuela”, CorteIDH sentencia Serie C nro. 233, 1 de septiembre de 2011.

(46) Ver voto Cfr. Fs. CS 324:3143, voto de los Dres. Fayt y Vázquez, consid. 17.

(47) Cfr. Nuestro comentario al caso “Bignone”, “Delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del proceso penal. Un comentario políticamente incorrecto a un fallo jurídicamente correcto”, Ed. La Ley, edición especial, diario del 18/05/2017.

(48) Cfr. Fs. CS 324:3143, voto de los Dres. Fayt y Vázquez, consid. 17.

JURISPRUDENCIA

Elecciones primarias

Impugnación de precandidatura a senador nacional. Ex Presidente de la República Argentina. Cuestionamiento de su idoneidad para el cargo. Pronunciamiento de la Corte Suprema posterior a la elección. Derechos de los electores.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciará con posterioridad a las elecciones primarias con relación a la impugnación de una precandidatura a senador nacional de un ex Presidente de la República por estar condenado penalmente, puesto que esto no compromete el acto electoral, cuando en la decisión de la Cámara electoral de dejar sin efecto la oficialización de aquélla se dejó en claro que era sin perjuicio de la validez de los medios instrumentales aprobados, que no era posible modificar en resguardo de los derechos de los electores.

120.372 — CS, 10/08/2017. - Acosta, Leonel Ignacio s/ impugnación de precandidatos elecciones primarias- Frente Justicialista Riojano.

[Cita on line: AR/JUR/50688/2017]

Buenos Aires, agosto 10 de 2017.

Considerando:

Que en el pronunciamiento impugnado ante esta Corte en la instancia del art. 14 de la ley 48, la Cámara Nacional Electoral, tras dejar sin efecto la oficialización de la precandidatura impugnada, dejó en claro que lo decidido era “...sin perjuicio de la validez de los medios instrumentales hasta aquí aprobados y que a esta altura del cronograma electoral no resulte materialmente posible modificar, en resguardo de los derechos de los electores”.

Que en las condiciones expresadas, queda suficientemente preservada la jurisdicción de esta Corte para dictar —con posterioridad a las elecciones primarias que se llevarán a cabo el próximo 13 de agosto— una sentencia útil que resuelva la cuestión planteada, a la par de no comprometerse la regularidad del acto electoral.

Por ello, se dispone ordenar el llamamiento de autos y dar intervención a la Procuración General de la Nación a fin de que dictamine sobre las cuestiones que, como constitucionales, se invocan. Notifíquese y remítase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz. — Horacio Rosatti.

Derechos personalísimos

Acción declarativa intentada por los descendientes choznos de quien fuera en 1815 el Director Supremo de las Provincias Unidas. Determinación de la filiación auténtica de un prócer. Ausencia de afectación del derecho a la identidad y al de conocer los orígenes. Rechazo del planteo basado en el derecho a la verdad. Rechazo de la pretensión por falta de legitimación y ausencia de “causa judicial”. Revisiónismo histórico ajeno a la función de los jueces.

Hechos: *Los descendientes choznos de quien fuera en 1815 Director Supremo de las Provincias Unidas promovieron acción declarativa con el objeto de que se determine la filiación auténtica de un prócer. Ello en el entendimiento de que éste sería hijo de un antepasado de ellos y de una joven guaraní. El Estado opuso defensa de falta de legitimación activa. En primera instancia se rechazó la excepción. Cámara revocó el decisorio y admitió la defensa planteada.*

1.- Los descendientes de quien fuera en 1815 el Director Supremo de las Provincias Unidas no tienen legitimación para

intentar una acción declarativa destinada a determinar una remota consanguinidad con un prócer, pues no se encuentra comprometido el derecho a la identidad o, más específicamente, al de conocer sus orígenes, en tanto aquélla no se define por el lejanísimo parentesco colateral denunciado sino por la pertenencia a una familia que en ningún momento se puso en duda.

2.- La excepción de falta de legitimación activa opuesta en una acción declarativa intentada por descendientes de quien fuera en 1815 el Director Supremo de las Provincias Unidas a fin de que se determine la filiación auténtica de un prócer debe admitirse, pues ellos no tienen un interés jurídico sustancial que invocar en la pretensión deducida, siendo que lo único que parece animarlos es la posibilidad de afirmar una vinculación remota y no directa con aquél y tal interés, por respetable que sea, no es jurídico.

3.- En una acción declarativa destinada a determinar la filiación auténtica de un prócer intentada por descendientes de quien fuera en 1815 Director Supremo de las Provincias Unidas no se encuentra comprometido el derecho a la verdad, pues éste se presenta especialmen-

te en casos de violaciones masivas y graves de derechos humanos, lo que no se verifica en el caso.

4. - La mera referencia a la existencia de un interés general o de la sociedad es insuficiente para fundar una acción declarativa tendiente a determinar la filiación auténtica de un prócer —en el caso, intentada por descendientes de quien fuera en 1815 Director Supremo de las Provincias Unidas—, sobre todo si se tiene en cuenta que los jueces actúan en causas judiciales y no constituyen tales la consulta ni la declaración teórica o general, por cuanto resultan cuestiones abstractas.
5. - La pretensión de llevar a los estrados judiciales la dilucidación de una acción declarativa destinada a determinar la filiación auténtica de un prócer por descendientes de quien fuera en 1815 Director Supremo de las Provincias Unidas debe rechazarse, pues una cuestión de tal naturaleza implica consagrar una suerte de revisionismo histórico que es ajeno a la específica función de los jueces.

120.373 — CNCiv., sala I, 11/07/2017. - D. A., E. J. y otro s/ filiación.

[Cita on line: AR/JUR/50167/2017]

! COSTAS

Se imponen las de ambas instancias en el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, de 11 2017.

Considerando: I. El Ministerio de Cultura de la Nación, investido de la legitimación extraordinaria concedida en la impugnada decisión de fs. 206, interpuso a fs. 250/253 recurso de apelación contra la resolución de fs. 240/243 por la que la juez de grado desestimó las defensas de defecto legal y falta de legitimación activa que opuso en su presentación de fs. 214/234. El recurso se fundó en el mismo acto de su interposición y fue contestado a fs. 256. La cuestión se integra con el dictamen del Fiscal de Cámara de fs. 262.

II. Es indudable que al deducir las excepciones que aquí se tratan el Estado Nacional ha exteriorizado su oposición a la particular acción promovida en estos autos. Es importante destacarlo, porque si bien es cierto que al realizar la presentación de fs. 199/201 dicha entidad expresó su voluntad de “colaborar en todo informe o intervención que resulte solicitada por V.S.” (fs. 199, *in fine*), luego de ello, una vez que se precisaron los términos y alcances de su actuación (fs. 206), opuso las mencionadas defensas y en concreto reclamó que su estudio y resolución se haga como de previo y especial pronunciamiento en razón de la “gravedad histórica de los hechos ventilados, y la inviabilidad de proseguir las actuaciones sin vulnerar derechos de todos los intervinientes y del país en su conjunto” (fs. 215, apartado 1).

Lo expuesto lleva a recordar que en estos autos los actores, en su alegada calidad de descendientes —choznos— de C. A., bautizado con el nombre de C. A. J. G. d. Á. d. I. G., también conocido como C. A. o C. M. A., que en el año 1815 fue Director Supremo de las Provincias Unidas, promovieron acción declarativa con el objeto de que se determine la filiación auténtica de J. F. d. S. M.; ello en la idea —transmitida, según dicen, por tradición oral de generación en generación en su familia— de que éste último, el Padre de la Patria, sería hijo, no de J. d. S. M. y G. M. como se conoce, sino de D. d. A. y P. d. L.,

padre de C. M., y de una joven cuyo nombre no precisan, aunque señalan que pertenecería a la etnia guaraní y sería oriunda de Yapeyú, actual Provincia de Corrientes.

No interesa detenerse en los demás detalles del relato efectuado en el escrito de demanda de fs. 65/68, mas sí destacar que, por un lado, al identificar el derecho involucrado, los actores mencionaron el de “identidad en sentido amplio”, y en concreto afirmaron que “no pretenden usufructos patrimoniales, sino ejercer sus derechos a conocer y demostrar la verdad acerca de sus ascendientes, en nombre propio, como miembros de las generaciones actuales de su familia y como ciudadanos argentinos por la trascendencia histórica del asunto” (fs. 66 vta.); y por el otro, que no existen descendientes vivos de S. M., dado que tuvo una única hija, M. T. d. S. M., quien a su vez concibió dos hijas —nietas del Prócer—, M. M. y J. D. B., quienes fallecieron sin dejar descendencia. Esta circunstancia, precisamente, determina la ausencia de un “legítimo contradictor”, tal como lo estimó la juez de grado, quien recogiendo el criterio propiciado por el Fiscal a fs. 153, dispuso a fs. 154 —en decisión cuyos alcances luego precisó a fs. 206— la intervención del Instituto Nacional Sanmartiniano, un organismo descentralizado dependiente del Ministerio de Cultura, con el objeto de que peticione lo que estime corresponder y, eventualmente, de considerarlo pertinente, contradiga o cuestione la pretensión deducida en estos autos (fs. 206).

En este marco, el Ministerio de Educación —dado que el Instituto Nacional Sanmartiniano carece de un servicio jurídico propio (v. fs. 199, apartado 1)— realizó la presentación de fs. 214/234 por la que, además de negar el relato y los datos históricos en que los actores sustentaron su pedido, interpuso las defensas mencionadas, que en prieta síntesis fundó, en el caso de la de defecto legal, en que S. M. no pudo tener cuatro filiaciones diferentes: a las dos conocidas, las otras dos denunciadas en estos autos; y en que la acción de filiación, sin previa impugnación de paternidad, carece de viabilidad jurídica. Y con relación a la de falta de legitimación activa, en que los actores no pueden iniciar una acción para determinar la filiación de alguien que no es su ascendiente en línea recta.

De este modo, previa sustanciación de los planteos con la contraria —que los contestó a fs. 236/237— y una vez oído el Fiscal (fs. 239), se llega al dictado de la resolución recurrida que, como se anticipó, rechazó ambos planteos.

Para así resolver la magistrada de grado sostuvo que en la actualidad existen mecanismos que permiten acceder a la verdad biológica sin necesidad de proyectar los vínculos, es decir, sin emplazamiento. Ello la llevó a concluir que no había obscuridad en el modo como había sido propuesta la demanda y que, por tanto, la excepción de defecto legal resultaba improcedente.

En cuanto a la impugnación de la legitimación de los actores, si bien reconoció que la solución de esta cuestión no aparecía tan clara, señaló que los derechos involucrados en el caso eran el derecho a la identidad y a la verdad. Destacó la importancia del primero de ellos en la constitución psicológica y emocional de la persona, y con relación al segundo afirmó que el Derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y sostengan sobre la ficción, el ocultamiento, la distorsión, el enredo jurídico o vericuetos procesales impeditivos del acceso a la verdad y su contenido, aunque éste resulte traumático.

Este derecho —por el derecho a la verdad—, agregó, se presenta en casos de

violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y guarda especial importancia en los juicios de filiación donde se intenta indagar sobre la verdadera paternidad y/o maternidad de una persona. Por ello y porque los actores no pretenden cuestionar o modificar ningún vínculo biológico sino determinar una “remota consanguinidad con un prócer” (*sic*), toda vez que con las pruebas producidas han demostrado tener un interés legítimo para accionar en tal sentido, concluyó en que también esta otra defensa debía ser desestimada.

Desde ya se anticipa que este colegiado no comparte la solución plasmada en la decisión recurrida.

III. Los actores, como se explicó, fundaron su interés en promover esta acción en el derecho a “conocer y demostrar la verdad acerca de sus ascendientes”. No viene al caso destacar la importancia que la identidad biológica tiene en la construcción de la propia identidad de los individuos, ni que para la persona se trata de un derecho esencial. Tal caracterización es tan evidente como lo es la circunstancia de que la identidad personal comienza a forjarse en el pasado del ser humano, es decir, en sus mismos orígenes biológicos. Sí cabe señalar que partiendo de esta conceptualización del derecho a la identidad como un derecho humano, se ha propiciado la consagración del derecho a conocer el propio origen.

Este derecho ha registrado un importante desarrollo jurisprudencial en nuestro país a través de acciones tendientes a conocer la filiación biológica, en especial en los conocidos casos de bebés apropiados ilegítimamente durante la última dictadura militar (Crovi, Luis D., “El derecho a la identidad y sus alcances”, publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, T° 2014 (abril), pág. 224; Rivera, Julio C., “Instituciones de derecho civil, Parte general”, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, 3ª edición actualizada, T° II, págs. 131/132, núms. 787 y 788).

Así, en el precedente de Fallos: 313:1117 (“Muller”), resuelto por la Corte Federal el 13 de noviembre de 1990, el ministro Petracchi señaló en su voto en disidencia que hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución Nacional, deben ser considerados garantías implícitas, comprendidas en el artículo 33 de la Carta Magna y merecedoras del resguardo y protección que aquélla depara a las explícitamente consignadas (considerando N° 9), entre las cuales “sin duda” —así lo destacó— debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen (considerando N° 10). Es de destacar que lo que en este caso se había cuestionado era la decisión —que la Corte, por mayoría, dejó sin efecto— de llevar al hijo adoptivo del recurrente a un servicio hospitalario a fin de que se proceda a extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad tendiente a establecer si existía o no correspondencia genética con personas que podrían ser sus abuelos de sangre.

En “Guarino” (Fallos: 319:3370), en cambio, el máximo tribunal confirmó la decisión que en el marco de un proceso donde se investigaba la separación de un niño recién nacido de sus padres desaparecidos durante la dictadura militar, ordenó la realización de un examen inmunogenético tendiente a confirmar o descartar la hipótesis de parentesco de un menor con el querellante. Lo que en concreto señaló la Corte fue que la medida no afectaba garantía constitucional alguna y debía entenderse razonablemente dirigida a la “averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el

fin y el objeto de todo proceso” (considerando n° 9). En “Gualtieri” (Fallos: 332: 1769), siguiendo esta línea, la Corte fue más allá y admitió el allanamiento para secuestrar material genético a los efectos de los estudios correspondientes.

Un nuevo paso en esta evolución se verificó al admitirse la extracción compulsiva de muestras para la realización de un examen de ADN a personas que podrían ser hijos de personas desaparecidas durante el último gobierno militar, es decir siempre que se trate de delitos de lesa humanidad (CNCasación Penal, Sala II, 2 de junio de 2011, “N. H., M.”, publicado en LA LEY, T° 2011-D, pág. 284).

Este desarrollo —que lejos está de pretender ser exhaustivo— no tiene otro objeto que comprobar que el conocimiento del propio origen no sólo es una cuestión trascendente para las personas, sino que no ha pasado inadvertida para los tribunales ni tampoco para la doctrina que ha observado que la expresión “derecho a conocer los propios orígenes” puede ser aplicada a dos situaciones diferentes: (i) derecho a conocer su propia condición, en muchos casos, el verdadero status jurídico —o sea, saber que se es hijo adoptivo, o hijo de fecundación asistida heteróloga, o hijo nacido fuera del matrimonio, etcétera—; y (ii) el derecho a conocer la identidad de los progenitores, o sea a individualizar concretamente a quienes aportaron el material genético (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Origen biológico. Derecho a conocer”, publicado en Jurisprudencia Argentina, T° 2009-I, págs. 1035/1036, apart. I.d)).

Ello es, por lo demás, lo que ha llevado al reconocimiento expreso de la figura en materia de filiación adoptiva en los artículos 595, inciso e) y 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación sancionado por la ley 26.994. Así fue expresado en los fundamentos que acompañaron al entonces Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación: “El desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía de otro que de él deriva: el derecho a conocer los orígenes. El anteproyecto mejora y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Cód. Civil vigente...”.

Por cierto que en el caso no está en juego un vínculo de tal especie. Podría argumentarse, para brindar sustento a la pretensión deducida, que la posibilidad de establecer una conexión con el propio origen familiar, tanto genético como social, es una cuestión que también afecta a todas las personas que, sin haber sido adoptadas o, incluso, que han nacido mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante anónimo, desconocen quién es su padre o madre biológico. Sin embargo, tampoco es ésta la situación en que se encuentran quienes han promovido estos actuados. Los actores no pretenden despejar alguna incertidumbre en punto a que son hijos de quienes aparecen como sus progenitores ni a determinar la identidad de éstos. Antes bien, como lo ha caracterizado la *a quo* en la sentencia apelada, lo que está implicado en la especie es la determinación de una “remota consanguinidad con un prócer”.

Cabe, pues, indagar en otras alternativas para intentar dar cabida y apoyo a la pretensión deducida y desde esta perspectiva puede recurrirse a las amplias fórmulas con que se ha conceptualizado la identidad de las personas. Pero ni aun concibiendo a ésta como “todo aquello que permite individualizar a la persona en sociedad, haciendo que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’”

(Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 113, núm. 12) podría arribarse a una conclusión distinta; y ello es así, porque en el caso no se encuentra comprometido el derecho a la identidad de los actores o el derecho de éstos a conocer sus orígenes.

Véase que, como se dijo, en ningún momento se ha puesto en duda su pertenencia a la familia A. ni su condición de descendientes de C. M. A., como así también del padre de éste, respecto de quien atribuyen la calidad de progenitor de J. F. d. S. M.

Es entonces que aun admitiendo que el derecho a conocer los orígenes no necesariamente debe evolucionar hacia el establecimiento de un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 7 de julio de 1989, “Gaskin c. The U.K.”; íd., íd., 13 de febrero de 2003, “Odièvre c. France”; entre otros), lo que de por sí permite desestimar uno de los argumentos en que la entidad recurrente ha fundado la excepción de defecto legal que opuso, es de toda evidencia que el derecho en que los actores intentan justificar su pretensión no es ni puede asimilarse al referido derecho a la identidad o, más específicamente, al de conocer los orígenes.

A todo evento, tal reclamo podría encontrar un mayor sentido y sustento si quien lo intentase fuere un descendiente de S. M. —que, como se explicó, no los hay en la actualidad—, que de tal modo pretende despejar la incertidumbre acerca de su vinculación con el linaje de la familia A., mas no a la inversa. Es que la identidad de los actores no se define por el lejanísimo parentesco colateral denunciado sino por su pertenencia a la familia A., que en ningún momento se ha puesto en duda.

IV. Descartada la incidencia en el caso del aludido derecho identidad o, para ser más específicos, el derecho a conocer los orígenes, corresponde detenerse en el restante derecho invocado en sustento de la acción declarativa de certeza promovida: el derecho a la verdad.

Sin embargo, también aquí la pretensión ensayada es manifiestamente inconsistente, en especial si se advierte que el mencionado derecho, como lo reconoce la juez de grado, se presenta especialmente en casos de violaciones masivas y graves de derechos humanos, lo que no se verifica en el caso.

Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución dictada el 24 de noviembre de 2015 al supervisar el cumplimiento, entre otras medidas de reparación, de doce sentencias dictadas contra Guatemala en las que se dispuso que dicho Estado debía investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. En dicha oportunidad recordó que en el caso “Bámaca Velásquez” había señalado que “el derecho a la verdad se encontraba ‘subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes [...]’, y que ‘sólo si se esclarecen todas las circunstancias de las violaciones de que se trata se podrá considerar que el Estado ha proporcionado a la víctima y a sus familiares un recurso efectivo y ha cumplido con su obligación general de investigar” (cfr. considerando 43 y las citas efectuadas en la nota al pie de página allí indicada), nada de lo cual, se insiste, aparece comprometido en autos.

Es cierto que el derecho a la verdad también ha sido referido como relacionado con el artículo 25 de la Convención America-

na de Derechos Humanos que establece el derecho a contar con un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 25/98, párrafo número 88); mas, como se viene explicando, el reclamo encarado por los actores carece de apoyo en el derecho a la identidad invocado y no se advierte —ni lo apuntan quienes han instado esta acción— que puede tenerlo en alguna otra norma.

V. Llegado a este punto conviene recordar que el Poder Judicial de la Nación sólo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (art. 116 de la Constitución Nacional); y a este respecto se ha señalado que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa (Fallos: 326:3007; 326:3639; 338:1347; 339:1223; etcétera).

Desde esta perspectiva y en función de lo apuntado en los apartados que anteceden, no es posible sostener que los actores sean titulares de la relación jurídica sustancial en que han sustentado su pretensión, la que en todo caso podría corresponder a un descendiente de J. F. d. S. M., pero no a ellos. No tienen, por tanto, un interés jurídico sustancial que invocar en la concreta pretensión deducida, siendo que lo único que parece animarlos es la posibilidad de afirmar una vinculación remota y no directa —más bien, colateral— con el L. J. F. d. S. M.; y tal interés, por respetable que sea, no es jurídico.

Por lo demás, la mera referencia a la existencia de un interés general o de la sociedad —que con llamativa ligereza de fundamentos se da por supuesto en la resolución apelada— es manifiestamente insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que los jueces actúan en causas judiciales y no constituyen tales la consulta ni la declaración teórica o general, por cuanto todo ello resultan cuestiones abstractas (Di Iorio, Alfredo J., “Temas de derecho procesal”, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 19, núm. 17).

Es ciertamente opinable la existencia de un interés de la sociedad en avanzar en el sentido propiciado en autos. Habrá quienes consideren que en lugar de ello, debería dejarse en paz la memoria de quien tanto contribuyó al forjamiento de nuestra Nación. Pero más allá de ello y cualquiera sea la postura que se adopte al respecto, lo cierto es que en el caso tanto los actores como el recurrente han sustentado sus contrarias posturas en versiones propiciadas por distintas fuentes históricas, por lo que en tal supuesto se aprecia la existencia en ese ámbito o plano de una cuestión controvertida basada en hechos que habrían tenido lugar hace más de dos siglos atrás y que comprometen, ni más ni menos, que al Padre de la Patria.

Es así que la pretensión de llevar a los estrados judiciales la dilucidación de una cuestión de tal naturaleza implica consagrar una suerte de revisionismo histórico que es ajeno a la específica función de los jueces. En este sentido acertadamente se ha sostenido que habilitar a los tribunales a la determinación judicial de este tipo de cuestiones sobre las que a la luz de los antecedentes aportados existen contiendas en los ámbitos propios, los convertiría en una suerte de academia de la historia, y lo cierto es que son las sociedades, las personas, y no los tribunales, quienes deben juzgar esos temas (CNCiv., Sala M, 3 de mayo de 2016, “M. de H., J. y otro c. M., F. y otros s/ Amparo”, publicado en LA LEY, T° 2016-D, pág. 520, en especial la cita que allí se hace de Enrique T. Bianchi —su aporte: “Verdades oficiales y delitos de

opinión”, publicado en Jurisprudencia Argentina, T° 1998-II, pág. 744—, en conclusión que ha sido compartida por Emilio A. Ibarlucía en el comentario que hace al referido fallo publicado en LA LEY, T° 2016-E, pág. 338).

Lo expuesto —se reitera para dejar en claro cuál es la posición de este colegiado sobre el tema en estudio— no implica negar el posible interés histórico y cultural en la cuestión que subyace en el fondo de la acción intentada, sino señalar que en todo caso ese interés podrá justificar que el Estado, a través de sus otros Poderes, avance en ese plano, promoviendo una investigación como la que se propone, pero lo que resulta evidente es que tal posibilidad nada tiene que ver con una acción judicial, sino con un quehacer más propio de un ámbito académico e histórico, ajeno al específico de los jueces, sobre todo si se advierte que la prueba de ADN solicitada por los actores carecería de la eficacia y seguridad que ofrece en otros casos donde el conflicto se plantea entre ascendientes y descendientes en grado próximo o inmediato.

Por estas razones, entonces, toda vez que no se advierte configurada la legitimación invocada por los actores, a lo que se agrega que tampoco es posible afirmar la existencia de una “causa judicial”, dado que la materia en debate debe ser atribuida a un poder distinto del judicial es que se admitirá la pretensión recursiva intentada, se revocará la resolución que fue su objeto e impondrán las costas de ambas instancias en el orden causado, habida cuenta las particularidades del asunto, que bien pudo haber inducido a los actores a peticionar en el sentido que lo hicieron, y la forma como se lo decide.

En consecuencia y por lo hasta aquí apuntado, se resuelve: Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 250/253, revocar la resolución de fs. 240/243 en tanto desestimó la excepción de falta de legitimación activa, que de este modo es admitida, e imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. Regístrese, notifíquese a los interesados y al Fiscal de Cámara en su despacho, y devuélvase. Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la C.S.J.N. — Carmen N. Ubiedo. — Patricia E. Castro. — Paola M. Guisado

Corretaje inmobiliario

Reclamo del cobro de dinero en concepto de comisión por una operación inmobiliaria frustrada. Demanda intentada por una sociedad anónima y su representante. Cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 20.266. Orfandad probatoria. Exigencia de matriculación para ejercer el corretaje. Pérdida del derecho a cobrar la comisión. Irrelevancia de la existencia de convención expresa. Inaplicabilidad del Código Civil y Comercial. Consecuencias consumadas de un hecho pasado. Rechazo de la pretensión por falta de legitimación.

Hechos: Se confirmó el rechazo de una demanda destinada al cobro de comisiones por una operación inmobiliaria frustrada intentada por una sociedad anónima y su presidente, quien había actuado

en la operatoria en su calidad de representante.

- Una sociedad anónima y su representante carecen de legitimación para reclamar el cobro de comisiones por una operación inmobiliaria frustrada si, por un lado, no se acreditó el cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 15 de la ley 20.266, aplicable por lo dispuesto en el art. 31 de la ley 25.280 y, por otro, aquél actuó en la operatoria en su carácter de representante y no por derecho propio, por lo que luego no puede pretender que prospere su reclamo a título personal, máxime cuando su postura lleva a desconocer que las sociedades constituyen un ente diferenciado de los socios que la integran.
- La ley 25.028 convalidó la posibilidad de revestir a las sociedades —a excepción de las cooperativas— la calidad de corredores en los supuestos en que tuvieran por único objeto la realización de operaciones de corretaje y estuvieran integradas exclusivamente por corredores matriculados, en tanto así lo dispone el art. 15 de la ley 20.266 respecto de los martilleros.
- La sociedad que ejerce la actividad del corretaje sin cumplir con las condiciones que establece el art. 15 de la ley 20.266 carece de acción para cobrar comisión, por aplicación de lo fijado en el último párrafo del art. 33 de esa normativa —texto agregado por ley 25.028—.
- La inobservancia de la matriculación por parte de quien ejerce el corretaje priva a este último del derecho de percibir su comisión, sin que ello pueda ser dispensado ante la existencia de convención expresa con apoyo en el principio general consagrado en el art. 1197 del Código Civil derogado, pues tal recaudo responde al interés público y a la necesidad de asegurar la idoneidad, corrección, responsabilidad y profesionalidad de quienes se dedican a la actividad.
- El Código Civil y Comercial resulta inaplicable a una acción destinada a reclamar comisiones supuestamente debidas por una operación inmobiliaria frustrada, pues, al tratarse de consecuencias ya consumadas de un hecho pasado, deben regirse por la normativa vigente al momento de su ocurrencia.

120.374 — CNCom., sala F, 22/06/2017. - Sebastian Cantero S.A. c. Kirchuk, Mario Eduardo s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/48299/2017]

COSTAS

Se imponen a los actores vencidos.

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 22 de 2017.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 522/533?

La doctora Tevez dijo:

I. Antecedentes de la causa

a. Sebastian Cantero S.A. inició demanda contra Mario Eduardo Kirchuk a fin de obtener el cobro de u\$s 46.464 y/o lo que en más o en menos resultara de la prueba, con más los intereses calculados hasta el momento del pago y las costas del proceso.

Relató que su reclamo se fundaba en las comisiones adeudadas por la accionada, en

virtud de haber frustrado la compraventa del inmueble sito en ... , CABA. Aclaró que la operación fracasó en tanto su contraria no concurrió, en la fecha y el lugar acordado, a la firma de la escritura traslativa de dominio.

Explicó que Sebastian Cantero S.A. es una sociedad que brinda “servicios inmobiliarios integrales, tales como administración de alquileres, localización de inmuebles para venta, compra y renta, tasación de inmuebles, asesoría fiscal, jurídica y contable en materia inmobiliaria, la valuación de proyectos inmobiliarios, la elaboración de estudios de mercado y el corretaje, entre otros servicios”(fs. 54 vta.).

Indicó, asimismo, que su presidente es el Sr. R. S. C., corredor matriculado en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la matrícula ... T° ... F° ...

Refirió que, el 05/01/2010, la Sra. María Teresa Pastoriza y el Sr. Marcos Giana, ex cónyuges y propietarios del inmueble apuntado, la autorizaron a gestionar la venta del inmueble por un valor igual o superior a u\$s 650.000, en los términos que surgen del documento de fs. 55.

Señaló que, el 01/02/2010, el Sr. Kirchuk suscribió la “Reserva de compra N° 10.118”, en la que se comprometió —entre otras cosas— a pagar el precio de u\$s 640.000 y el 4% de dicha suma (con más el IVA) a la actora en concepto de honorarios y/o comisión. Agregó que, con motivo de la reserva, el demandado entregó el cheque N° ... por \$18.000.

Aseguró que, pese a que la oferta resultaba inferior al valor pretendido por los vendedores, gracias a la intervención del Sr. R. S. C., éstos aceptaron el ofrecimiento.

Manifestó que, en consecuencia, se firmó el documento titulado “Confirmación de compra— Aceptación de oferta— Entrega de dinero a cuenta de precio”, en el que se asentó —entre otros puntos—: “el cambio del cheque mencionado por la suma de u\$s 5.000” (fs. 57) y que “el comprador (...) entrega a Sebastian Cantero S.A. la suma de u\$s 15.000, los que en nombre y representación de los propietarios son tomados a cuenta del precio” (fs. 57 vta.).

Mencionó —luego— que, el 26/03/2010, el demandado solicitó se extendiera el plazo para escriturar hasta el 09/04/2010, tal como se asentó en el instrumento denominado “Pedido de extensión de plazos-Entrega de dinero a cuenta de precio”. Agregó que, en dicha ocasión, el Sr. Kirchuk entregó otros u\$s 10.000 a cuenta del precio.

Señaló que, según lo acordado con el Sr. Kirchuk a fin de escriturar los vendedores y la actora se presentaron el 09/04/2010, a las 10h, en el Banco Comafi ubicado en la Av. Callao y Juncal. Indicó que, en dicha oportunidad, el comprador y su escribano no se presentaron a perfeccionar el acto y que, el día anterior, cancelaron la reserva de sala efectuada anteriormente. Aclaró que tal circunstancia quedó asentada en un acta notarial.

Relató que, en virtud del incumplimiento del accionado, entregó a los vendedores los u\$s 30.000 recibidos en concepto de adelantados a cuenta de precio.

Indicó que el valor reclamado incluía no solo la comisión pactada con el Sr. Kirchuk, sino también la estipulada con los propietarios; pues, por culpa de aquél, se vieron frustradas ambas retribuciones.

Finalmente, transcribió las comunicaciones entre las partes con posterioridad al fracaso del negocio.

Ofreció prueba y se fundó en derecho.

b. En fs. 130/133, la accionante modificó y amplió la prueba oportunamente ofrecida.

c. En fs. 135/135 vta., se presentó el Sr. R. S. C., por derecho propio. Solicitó ser tenido por parte en los términos del art. 90, inc. 2, del Cpr. y se adhirió en todo a la demanda instaurada por Sebastián Cantero S.A.

d. En fs. 190/197, se presentó el Sr. Kirchuk y solicitó el rechazo de las acciones.

Luego de una pormenorizada y categórica negativa de los hechos relacionados por sus contrarias, desconoció la autenticidad de la prueba documental arrojada por éstas.

Aclaró que el vínculo comercial solo se entabló con Sebastián Cantero S.A. y que el Sr. S. C. siempre actuó como presidente y en representación de dicha sociedad, por lo que cabía rechazar la demanda iniciada por éste a título personal.

Asimismo, señaló que la persona jurídica demandante no cumplía con los requisitos legales necesarios para reclamar la comisión pretendida, pues sus socios no son todos corredores matriculados y su objeto social no es exclusivamente el corretaje inmobiliario.

A continuación, dio su versión de los hechos. Relató que a través de “Marwin Propiedades”, cuyo titular es el Sr. F. W., el 01/02/2010 suscribió con Sebastián Cantero S.A. una reserva de compra del inmueble sito en “A. Figueroa 1587/89 CABA por la suma de u\$s 640.000” (fs. 192 vta.), condicionada a la obtención de un crédito privado que gestionaría la sociedad actora. Mencionó que, en dicha ocasión, entregó un cheque por \$18.000.

Expresó que, el 04/02/2010, Sebastián Cantero S.A. le informó que había logrado conseguirle el crédito y que, por tal razón, el mismo día firmó con ésta un documento en el que se asentó —entre otras cosas— que se reemplazaba el cheque por la suma de u\$s 5.000.

Agregó que, el 10/02/2010, la accionante le exigió reforzar la seña con u\$s 15.000 adicionales y firmar un instrumento que, entre sus cláusulas, maliciosamente indicaba que la vendedora se desligaba de responsabilidad por la falta de planos de la propiedad.

Manifestó, asimismo, que Sebastián Cantero S.A. la obligó a suscribir un documento con fecha 26/03/2010, en donde figuraba que el comprador solicitaba una prórroga para escriturar y entregaba otros u\$s 10.000 a cuenta de precio.

Resaltó que, una semana antes de concluir el negocio, su escribano le mencionó que el VIR (Valor inmobiliario de referencia) no coincidía con el precio de venta, y que ni Sebastián Cantero S.A. ni los vendedores habían cumplido con el procedimiento COTI.

Señaló que, el 08/04/2010, el Sr. W. y el Sr. C. convinieron rescindir la operación, por cuanto la sociedad actora no logró conseguir la financiación prometida y las partes no pudieron acordar el precio de venta. Aclaró que, en dicha comunicación, los mencionados pactaron no cobrar comisión alguna por la operatoria frustrada.

Transcribió las comunicaciones entre las partes luego de la cancelación del negocio.

Ofreció prueba.

II. La sentencia de primera instancia

El magistrado de grado dictó sentencia en fs. 522/533.

Rechazó la demanda entablada por Sebastián Cantero S.A. y el Sr. R. S. C. contra el Sr. M. E. K., con costas (Cpr. 68).

Para así decidir, sostuvo que los accionantes carecían de legitimación activa.

Respecto de Sebastián Cantero S.A., indicó que incumplía los dos requisitos legales para que una persona jurídica ejerza el corretaje, a saber: i) la totalidad de los socios deben ser corredores matriculados; y ii) el objeto social debe ceñirse a los actos de corretaje (art. 15 y 31 de la ley 20.266).

Con relación al Sr. C., remarcó que, más allá de su título habilitante para ejercer la profesión de intermediario inmobiliario, lo cierto era que en la operatoria de marras jamás intervino a título personal, sino que lo hizo como presidente de la sociedad actora.

De esa forma, sostuvo que, habida cuenta la falta de legitimación de los demandantes, devenía abstracto explayarse sobre las restantes incidencias planteadas por las partes en sus piezas inaugurales.

III. Los recursos

Apelaron los accionantes en fs. 538. Sus recursos fueron concedidos libremente en fs. 539. Sus expresiones de agravios de fs. 546/552 fueron contestadas por el demandado en fs. 554/556.

En fs. 557 se llamaron autos para dictar sentencia y en fs. 558 se practicó el sorteo previsto en el Cpr. 268.

IV. Los agravios

Las quejas de los actores, en sustancia, transitan por los siguientes carriles: i) el art. 1346 del Cód. Civil y Comercial, que recepta la jurisprudencia sobre el asunto de autos, no exige los requisitos legales mencionados por el *a quo* a fin de justificar la falta de legitimación de Sebastian Cantero S.A.; ii) en su carácter de accionista y socio mayoritario, el accionante tiene legitimación para pretender la comisión adeudada y el resarcimiento del daño sufrido en su patrimonio personal; iii) “la intervención del Sr. C. como presidente de la sociedad como corredor en la operación fue aceptada por ambas partes sin cuestionarla. Tal cláusula y la referencia expresa que ella contiene no puede tener otra interpretación que las partes han admitido la intervención de la sociedad —“firma”— reconociéndole por ese acto el derecho al cobro de comisión” (fs. 550 vta.).

V. La solución

1. Preliminarmente, aclaro que el análisis de los agravios esbozados por los recurrentes no seguirá necesariamente el método expositivo adoptado por ellos y que no atenderé todos sus planteos recursivos, sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto de la causa (Cfr. CSJN: “Altamirano Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 11/11/1986; íd: “Soñes, Raúl c. Administración Nacional de Aduanas”, del 12/02/1987; Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

2. El art. 2 de la ley 25.028 derogó el Capítulo I del Título IV del Libro I del Código de Comercio —arts. 88 a 122—, denominado “De los corredores”. Por tal motivo, perdió vigencia el art. 105 del CCom., que prohibía a los corredores “contraer sociedad de ninguna clase de denominación”.

Asimismo, el art. 1 de la ley 25.028 reformó la ley 20.266, que regula la actividad de los martilleros. En particular, sustituyó los arts. 1 y 3 e incorporó los arts. 31 a 38.

En particular, el art. 31 establece que resulta aplicable al ejercicio del corretaje lo dispuesto en la misma norma respecto de los martilleros. De allí que la ley 25.028 convalidó la posibilidad de revestir a las sociedades —a excepción de las cooperativas— la calidad de corredores en los supuestos en que tuvieran por único objeto la realización de operaciones de corretaje y estuvieran integradas exclusivamente por corredores matriculados, en tanto así lo dispone el art. 15 de la ley 20.266 respecto de los martilleros.

Resalto que dicha modificación legislativa recogió la jurisprudencia por entonces predominante, que admitía el ejercicio del corretaje por parte de sociedades —siempre que cumplieran los dos requisitos mencionados— y, por derivación de ello, el derecho al cobro de la comisión correspondiente (cfr. Tevez, Alejandra N. en “Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado”, dirigido por José María Curá y coordinado por Julio C. García Villalonga, T. IV., págs. 363 y 364, LA LEY, 2ª edición ampliada y actualizada; y fallos allí citados: CNCom., Sala B, “Conde S.R.L. Propiedades c. Meres S.A.”, 21/04/1975; Sala E, “Las Gamas S.A. c. S.A. Ganadera Entrerriana”, 22/04/1982; Sala D, “Pemaco S.A. c. Okragly, Samuel s/ ordinario”, 03/07/1990; Sala A, “Alvear Propiedades S.A. c. De Amorrortu, Horacio María s/ cobro de pesos”, 09/10/1990, entre otros).

En esa línea, esta Sala tiene dicho que la sociedad que ejerce la actividad del corretaje sin cumplir tales condiciones carece de acción para cobrar comisión, por lógica aplicación de lo fijado en el último párrafo del art. 33 de la ley 20.266 —texto agregado, como dije, por ley 25.028— (“Stopello Propiedades S.R.L. c. Costa, Juan José y otro s/ ordinario”, 09/12/2014”; “Predial Propiedades S.R.L. c. Kandel Guy y otros s/ ordinario”, 01/09/2016”, en concordancia con: CCom., Sala E “Armando Pepe S.A. c. Varig S.A. s/ ordinario, 27/09/2004; Sala A, “Mario Korn Propiedades S.A. c. Cattaneo de Mandra, Haidée s/ ordinario”, 26/02/2010; entre otros).

Es que la matriculación resulta imprescindible en tanto responde al interés público y a la necesidad de asegurar la idoneidad, corrección, responsabilidad y profesionalidad de quienes se dedican a la actividad de corretaje. Por ello, la inobservancia de dicha exigencia legal priva el derecho de percibir comisión y no puede ser dispensada ni siquiera ante la existencia de convención expresa celebrada sobre el punto con apoyo en el principio general consagrado por el CCiv. 1197 (CSJN, *in re*: “Caracciolo, Ernesto y otro c. Provincia de San Luis”, del 17/03/1987).

En esa inteligencia, se ha sostenido que la necesidad de una actuación personal e indelegable en el ejercicio del corretaje (ley 20.266: 36 inc. k. y 19 inc. c.), es lo que determina la necesidad de matriculación. A su vez, la exclusividad del objeto atiende a que la sociedad tenga dedicación única a la actividad de corretaje a fin de asegurar una efectiva y satisfactoria prestación del servicio ofrecido (CNCom., Sala E, “Miriam Campos Propiedades S.A.C.I.F. c. Banco Columbia S.A. s/ ordinario”, 08/06/2010; en igual sentido, esta Sala en: “Stopello Propiedades S.R.L. c. Costa, Juan José y otro s/ ordinario”, 09/12/2014”; “Predial Propiedades S.R.L. c. Kandel Guy y otros s/ ordinario”, 01/09/2016”).

A todo evento, señalo que las circunstancias del caso resultan hechos acacidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación (01/08/2015). De allí que su aplicación en el *sub examine* contraviene la regla del art. 7 de dicho ordenamiento, que proscribía la aplicación re-

troactiva de la ley (CNCom., esta Sala, mi voto en: "Concepto & Luz S.R.L c. Fideicomiso Vila Verde s/ ordinario", del 25/04/2017).

En este sentido, explica la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci que las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las ya constituidas. Establecida la relación, el cambio de ley no puede afectar su constitución, excepto que el legislador, de manera expresa, confiera efecto retroactivo a la nueva ley ("La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", pág. 35, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015).

Es claro así que las cuestiones que aquí se discuten en torno a las comisiones supuestamente debidas por la frustrada operación inmobiliaria resultan consecuencias ya consumadas de un hecho pasado y deben regirse por la normativa al momento de su ocurrencia.

3. Sentado lo anterior, la sociedad actora debió demostrar que su único objeto social era el ejercicio del corretaje y que estaba constituida exclusivamente por corredores matriculados.

Veamos. De la cláusula tercera del estatuto social de Sebastian Cantero S.A. surge que "tiene por objeto realizar, por cuenta propia, o de terceros o asociada a terceros en el país o en el exterior, las siguientes actividades: construcción de edificios urbanos o rurales (...) y en general todo tipo de obras de ingeniería y arquitectura sean públicas o privadas. También, la compra, venta, permuta, explotación, arrendamiento, alquiler, intermediación y administración de bienes (...)" (fs. 8/8vta.).

Asimismo, el instrumento referido evidencia que la entidad actora fue constituida por el Sr. C. y el Sr. R. (fs. 12vta./13). Y si bien se demostró la calidad de corredor del primero (fs. 280/281 y fs. 300, contes-

taciones de oficio del Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires), lo cierto es que no se probó dicha condición respecto del Sr. R.

Sobre tal base, concluyo que Sebastian Cantero S.A. no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 20.266, aplicable al caso por lo dispuesto en el art. 31 de la ley 25.280.

Por tal motivo, carece de legitimación para reclamar el cobro de comisiones derivadas de las tareas de corretaje inmobiliario invocadas en la demanda.

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo recursivo de la actora.

4. El Sr. C. arguyó que si bien actuó "en representación de la sociedad a la cual pertenece ejerciendo su profesión de corredor inmobiliario" (fs. 548vta.), debido a su carácter de accionista y socio mayoritario, tiene legitimación para pretender las comisiones adeudadas y el resarcimiento del daño sufrido en su patrimonio personal.

Adelanto que el argumento del recurrente resulta insuficiente a los fines de desvirtuar lo decidido por el magistrado.

Sobre el punto, alcanza con mencionar que la postura del apelante lleva a desconocer que las sociedades constituyen un ente diferenciado de los socios que la integran (art. 2 de la ley 19.550).

En efecto, resalto que habiendo tenido el Sr. C. la facultad de actuar por derecho propio en la operatoria objeto de autos —debido a su acreditada calidad de corredor inmobiliario—, optó por hacerlo en su carácter de presidente y en representación de la sociedad anónima que lleva su nombre (fs. 17/20, fs. 23, fs. 25/27, fs. 37 y fs. 39). De allí que no puede pretender ahora que prospere su reclamo a título personal.

Remarco también que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, el accionado sí se opuso a la acción iniciada por el actor. Obsérvese que, en su contestación de demanda, dijo: "En cuanto a la persona

física, S. C., la demanda debe ser rechazada por los siguientes (sic) argumentos: 1. Jamás intervino en forma personal en la operación inmobiliaria (...) 2. Jamás intervino en el intercambio cablegráfico (...) 3. Jamás intervino en proceso de mediación prejudicial obligatoria" (fs. 192).

Por todo ello, corresponde desestimar la queja.

VI. Conclusión

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mi distinguido colega del Tribunal, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de grado. Con costas a los actores vencidos (conf. arg. art. 68 del Cpr.).

Así voto.

El doctor *Barreiro* dijo:

Comparto la solución propiciada por la doctora *Tevez*; mas ello es así por los fundamentos expuestos en mis votos: "Stoppel Propiedades S.R.L. c. Costa Juan José y otro s/Ordinario" del 09/12/2014 y "Predial Propiedades S.R.L. c. Kandel Guy y otros s/Ordinario" del 01/09/2016, a los cuales me remito en razón de brevedad.

Con tal salvedad adhiero al voto de mi distinguida colega.

Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar la sentencia de grado. Con costas a los actores vencidos (conf. arg. art. 68 del Cpr.). II. En tanto el despacho de las presentaciones de fs. 559 y fs. 560 ha sido derivado a la instancia de grado en razón del momento en que fueron efectuadas, se encomienda asimismo la notificación de la presente decisión. III. Devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15). Firman sólo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tevez*. — *Rafael F. Barreiro*.



THOMSON REUTERS
LA LEY

LEGAL ONE
La primera y única solución de inteligencia jurídica

THOMSON REUTERS LEGAL ONE

es un socio inteligente porque analiza, interpreta y se adapta a sus necesidades de manera proactiva. Es la única plataforma que reúne información, herramientas y gestión en un mismo lugar, asegurando exactitud y eficiencia en la performance de su estudio.



Conozca más en legalone.com.ar
o llámenos al **0810 222 5253**

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

the answer company™
THOMSON REUTERS®

ACTUALIDAD

CUESTIONES ACTUALES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN "MANUALES DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL"
DE EDITORIAL ABELEDO PERROT

Jueves 7 de septiembre de 2017 a las 17:00 hs.
Salón de actos del Colegio Nacional de Monserrat

Disertantes:

- *José Fernando MÁRQUEZ*. Presentación de la Colección.
- *Graciela MEDINA*. "La situación de la mujer en el Código Civil y Comercial".
- *Julio César RIVERA*. "El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial".
- *Ramón Daniel PIZARRO*. "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial. La cuestión de los deberes morales".

SE SORTEARÁN ENTRE LOS INSCRIPTOS EJEMPLARES DE LA COLECCIÓN