

La Ley de Sociedades reformada por la que sancionó el Código Civil y Comercial

Daniel Roque Vítolo

SUMARIO: I. Introducción a las reformas incorporadas por la ley 26.994 al régimen societario. — II. Evaluación general de la ley 26.994 en lo que hace a la reforma al régimen societario. — III. Sociedades de un solo socio. — IV. Una regularidad que no confronta con la desaparecida irregularidad. — V. Hacia un nuevo régimen de nulidades societarias. — VI. Las nuevas sociedades “libres”. — VII. ¿Qué ocurre con las sociedades de hecho con objeto comercial? — VIII. La eliminación de las sociedades civiles. — IX. El nuevo instituto de la “subsanción” societaria. — X. ¿Qué ocurre con el instituto de la subsanción y el tema del plazo de duración de la sociedad? — XI. Colofón.

➔ El tipo propuesto para la constitución de sociedades unipersonales —sociedad anónima— no es el más adecuado. Hubiera resultado más conveniente restringir la constitución de sociedades unipersonales a la utilización del tipo de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ello porque bajo este tipo se garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio de único socio importa la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio de donde, en su actuación en el mercado, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero conocerá quién es el real y actual titular del 100% del capital social

I. Introducción a las reformas incorporadas por la ley 26.994 al régimen societario

Finalmente, la Cámara de Diputados dio tratamiento al Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el mes de septiembre de 2014 (1) en forma sorpresiva, (2) y sancionó el nuevo cuerpo legal como ley 26.994 el día 1 de octubre de 2014, siguiendo el texto remitido por el Poder Ejecutivo; y la Presidenta de la Nación promulgó dicha ley el día 7 de octubre de 2014, por intermedio del decreto 1795/2014.

Entre las principales modificaciones introducidas por la ley 26.994, a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales merecen mencionarse las siguientes:

a) Se elimina el concepto de sociedad “comercial”, y la diferenciación entre ésta y la “sociedad civil”, de modo en que se genera un nuevo instituto en el ámbito del derecho positivo, cuales la simple “sociedad”, —art. 2.1. del Anexo II—.

b) Como consecuencia de ello, se eliminan los conceptos de *sociedad comercial* y *sociedad civil*, y la ley 19.550 pasa a denominarse “Ley General de Sociedades”, a secas art. 2.1. del Anexo II—.

c) Se incorpora —aunque con restricciones— la posibilidad de la constitución y funcionamiento de sociedades unipersonales, con lo que la naturaleza jurídica de las sociedades no será ya solamente la de un contrato plurilateral de organización, sino que podrá —en ciertos casos— tener su origen en una declaración unilateral de voluntad, y hasta en el acaecimiento de un hecho, en los casos de unipersonalidad derivada—nueva redacción otorgada al art. 1º de la ley 19.550, y la incorporación del nuevo art. 94 bis—.

d) Se regulan algunos aspectos particulares para las sociedades unipersonales, tales como los referidos a integración del capital suscripto —nueva redacción otorgada a los arts. 11, inciso 4, 186 y 187 de la ley 19.550—, a su denominación social —nueva redacción otorgada al art. 164 de la ley 19.550— y a su régimen de fiscalización —incorporación de un inciso específico en el art. 299 de la ley 19.550—.

e) Se disponen normas en materia de inscripción de actos y documentos societarios en un Registro Público, que vendría a reemplazar al actual Registro Público de Comercio—, y se

establecen reglas de procedimiento —nueva redacción otorgada al art. 5 de la ley 19.550.

f) Se fijan plazos para la inscripción de documentos, se señalan las consecuencias de la inscripción tardía, y se determinan los autorizados para llevar adelante los trámites respectivos —nueva redacción otorgada al art. 6 de la ley 19.550—.

g) Se disponen exigencias en materia de la información que las sociedades deben consignar en la documentación que de ellas emane —nueva redacción otorgada al art. 5 de la ley 19.550—; y

h) Se modifica el sistema de nulidades societarias y las consecuencias de la atipicidad —nueva redacción otorgada a los arts. 16 y 17 de la ley 19.550—.

i) Se elimina el régimen de irregularidad societaria, y de las sociedades de hecho, creándose un sistema de sociedades simples, o libres, a las que se denomina “Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, las que integran la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550 —arts. 21 a 26 de la ley 19.550—.

j) Atento a los cambios producidos en el régimen patrimonial del matrimonio, se admite que los cónyuges puedan integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, y hasta la reguladas en la Sección IV —nueva redacción otorgada al art. 27 de la ley 19.550—.

k) Se modificaron normas referidas a las sociedades constituidas o en las que participaran menores, incapaces o con capacidad restringida, en consonancia con las modificaciones que incorpora el nuevo Código en la materia, y a raíz de la derogación de la ley 14.394 —nueva redacción otorgada a los arts. 28 y 29 de la ley 19.550—.

l) Se modificaron las limitaciones en la capacidad de derecho —o *legitimación*, según fuera la posición doctrinaria adoptada— de las sociedades por acciones para poder constituir y participar en otras sociedades —nueva redacción otorgada al art. 30 de la ley 19.550—;

m) Se incorpora una norma en materia de exclusión de socios para permitir la operatividad de una nueva norma incorporada como art. 94 bis —nueva redacción otorgada al art. 93 de la ley 19.550—.

n) Se ajusta la terminología en el texto del actual art. 94 para el régimen de resolución y elimina como causal disolutoria la reducción a uno del número de socios —nueva redacción otorgada al art. 94, e incorporación de un art. 94 bis al texto de la ley 19.550—

o) Se contempla la posibilidad de remoción de las causales de disolución societaria —nueva redacción otorgada al art. 100 de la ley 19.550—.

p) Se elimina la sanción establecida actualmente en el art. 164, párrafo 2º, de la ley 19.550 para los casos de omisión en consignar en la denominación social las siglas del tipo social escogido.

q) Se modifica el art. 285 para adecuar el régimen de sindicatura a la circunstancia de que, al derogarse el Código Civil, quedan eliminadas del texto normativo las sociedades civiles.

II. Evaluación general de la ley 26.994 en lo que hace a la reforma al régimen societario

La ley 26.994 —en lo que hace a la reforma del régimen de sociedades comerciales— era algo no previsto originariamente en los objeti-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. La Ley de Sociedades reformada por la que sancionó el Código Civil y Comercial

Daniel Roque Vítolo..... 1

NOTA A FALLO. La regulación de las acciones de clase. La creación del registro de acciones colectivas

Juan Vicente Sola..... 6

Responsabilidad por el uso indebido de la cámara oculta en el periodismo de investigación. Lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen

Pedro Chaparro Matamoros..... 8

JURISPRUDENCIA

ACCIONES COLECTIVAS. Legitimación activa del intendente municipal. Servicio de televisión paga. Presunto incumplimiento de resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior. Determinación del abono mensual. Defensa del consumidor. Creación del Registro de acciones colectivas (CS)..... 5

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

DERECHO A LA INTIMIDAD. Ex miembro de un grupo terrorista. Imágenes tomadas con cámara oculta. Responsabilidad de la cadena de televisión y la productora. Intromisión en los derechos a la intimidad, imagen y honor (TS España, sala de lo Civil)..... 8

La Ley de Sociedades reformada por la que sancionó el Código Civil y Comercial

● VIENE DE TAPA

vos fijados para la reforma al dictarse el decreto 191/2011, de donde las propuestas reformadoras que incluía el Anteproyecto excedían —y en mucho— las adaptaciones necesarias de la legislación incluida en el Código de Comercio en este campo, las que debieron limitarse exclusivamente:

(i) a incluir una regulación de las sociedades unipersonales, y

(ii) otorgar una alternativa jurídica a las sociedades civiles constituidas y a constituirse hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen legal, dado que la derogación del Código Civil importaría la desaparición de este instituto del régimen normativo.

Sin embargo, la intervención del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para corregir el exceso, y la inacción de la Comisión Bicameral y del Congreso para intentar reformular la normativa, no ha sido mejor que la iniciativa originaria; aunque hay que reconocer que ha tenido ribetes más moderados.

Lo cierto es que las reformas introducidas por la ley 26.994 a la ley 19.550 nos parece que no responden a la realidad negocial actual ni a una verdadera adecuación de la ley 19.550 a las condiciones del mercado; y tampoco se condice con el momento particular que se vive en el mundo; y se advierte —a primera vista— como una reforma —cuando menos— apresurada, pues no se ha alcanzado a evaluar siquiera, al diseñarla, el impacto que producirá el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la normativa actualmente vigente (3).

A simple modo de ejemplo —como temas vinculados al espectro societario— podrían mencionarse —y ya lo hemos hecho con anterioridad— (4) las reformas introducidas al régimen de capacidad de las personas físicas —arts. 22 y ss. del nuevo Código—; al régimen sobre las personas jurídicas —arts. 141 y ss.—; a los mecanismos de solución de disputas y controversias —arts. 1649 y ss.—; al sistema de actos y hechos ilícitos —que dejan de ser regulados en la ley 26.994 y que hoy se encuentran previstos en los arts. 1066 y ss. del Código Civil vigente—; al régimen general de representa-

ción —arts. 366 y ss.—; al régimen de obligaciones, deberes y responsabilidad de los administradores —arts. 159 y ss.—; a los sistemas de documentación y contabilidad —arts. 320 y ss.—; al funcionamiento de los órganos de las personas jurídicas —arts. 158 y ss.—; a la disolución y liquidación de personas de existencia ideal —arts. 163 y ss.—; o las sociedades civiles que desaparecen del Código y a las cuales no se les otorga regulación sustitutiva, entre otras disposiciones, que deben confluír y alinearse con la disciplina societaria en su conjunto.

Lo prudente hubiera sido que, una vez conformado el texto del cuerpo principal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —ley 26.994—, y tomando en cuenta sus regulaciones, se hubiera procedido recién a proyectar modificaciones al texto de la ley 19.550. No olvidemos que por la envergadura de la reforma, el nuevo Código sólo regirá a partir del 1 de enero de 2016, con lo que se hubiera podido revisar adecuadamente —y en forma responsable— el texto de la ley 19.550, para modificarla.

Por ello, haber reformado la Ley de Sociedades en forma simultánea a la consideración de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —como lo ha hecho la ley 26.994— en nada ayudará al cometido encarado, sino que, por el contrario, sólo agregará mayor confusión y ocasionará mayores posibilidades de aumentar indebidamente la litigiosidad cuando las normas entren en vigor (5).

Igualmente, también hubiera resultado aconsejable la apertura de un debate más amplio sobre la reforma de esta ley especial, en particular para poder diferenciar —de una vez por todas— la estructura jurídica de las grandes sociedades y empresas, y de las sociedades cotizadas —por una parte—, y las pequeñas y medianas empresas —por la otra parte— que están estructuradas como sociedades cerradas y de familia; temas sobre los cuales la ley 26.994 nada dice (6).

Intentaremos resumir, seguidamente, algunas de las principales reformas incorporadas por la ley 26.994 a la ley 19.550.

III. Sociedades de un solo socio

Una de las reformas a la cual el legislador ha asignado mayor relevancia bajo la ley 26.994 es la posibilidad que el nuevo régimen legal otorgará a los sujetos para poder constituir —a partir del 1 de enero de 2016— sociedades unipersonales, con lo que se elimina la exigencia de pluralidad de socios para permitir el nacimiento de una sociedad.

Este nuevo instituto queda regulado bajo las siguientes reglas:

a) La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir bajo el tipo de sociedad anónima —nuevo texto de art. 1º según ley 26.994—;

b) Consecuentemente la sociedad unipersonal sólo puede ser constituida por instrumento público y por acto único —art. 165 actual—;

c) En caso de sociedad anónima unipersonal la denominación social deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura a la sigla “S.A.U.” —nuevo art. 164 según ley 26.994—;

d) Sin embargo, el legislador suprimió —por motivos que se desconocen— el segundo párrafo del art. 164 que actualmente dispone que, si se omitiere colocar esa mención ello hará responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con ésta, por los actos que celebren en esas condiciones. Queda esto —entonces— como una obligación sin sanción.

e) La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal —art. 1º bajo la nueva redacción—.

f) En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo —nuevo art. 11, inciso 4, y reformas a los arts. 186, inciso 3, y 187, según ley 26.994—;

g) La reducción a uno del número de socios de las sociedades anónimas no conforma una causal de disolución de dichas sociedades anónimas —nuevo art. 94 bis—, sino sólo deben cumplir con la exigencia de:

g.1.) adecuar la denominación social a la exigencia del art. 164, sustituyendo las expresión “Sociedad Anónima” o la sigla “S.A.” por la expresión “Sociedad Anónima Unipersonal” o “S.A.U.”, respectivamente —aunque no haya sanción si no lo hacen—, y

g.2.) cumplir con el régimen impuesto por el art. 299, de fiscalización estatal permanente —al cual quedan sometidas todas las sociedades unipersonales, debiendo contar tanto con directorio como con sindicatura plural integrada con número impar, con un mínimo de tres integrantes (arts. 255 y 284)—.

h) Las sociedades constituidas bajo el tipo de sociedades anónimas podrán entrar y salir libremente de la unipersonalidad con la sola condición —en cada caso— de adecuar su denominación social a la situación en que se encuentren y cumplir —o no— según sea el caso, con las exigencias del régimen de fiscalización estatal permanente —art. 299— en su caso —interpretación armónica del nuevo régimen legal—;

i) Las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en caso de que durante el plazo de vigencia el número de socios quedara reducido a uno y no se decidiera disolverla, transformarla, o recomponer la pluralidad de socios en el término de tres meses —art. 94 bis propuesto—, (7) quedarán transformadas “... de pleno derecho...” en sociedades anónimas (8).

j) Las sociedades anónimas unipersonales pasan a integrar el elenco de las sociedades del art. 299 y estarán sujetas a fiscalización estatal permanente —nuevo texto del art. 299, inc. 7—.

Resulta paradójico que —según fuera expresado por la Presidente de la República al anunciar el Anteproyecto y —también— al promulgar la ley 26.994— el propósito perseguido por el legislador era brindar a los empresarios y comerciantes un instrumento ágil, sencillo y flexible para poder limitar su responsabilidad en el tráfico —en un primer sentido— y a la vez favorecer el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) —en un segundo aspecto, favoreciendo las inversiones, donde la regulación terminara resultando apta sólo para los grandes grupos empresarios y las empresas multinacionales, para poder operar a través de subsidiarias totalmente controladas—.

Pues bien, del modo en el cual la ley 26.994 regula a la sociedad unipersonal, este instrumento ha quedado reducido a una herramienta que sólo resultará útil para el desarrollo de las subsidiarias totalmente controladas de propiedad de grandes empresas comerciales e industriales, nacionales y extranjeras. Todo lo contrario de lo que se perseguía.

Hay que destacar —además— que el tipo propuesto para la constitución de sociedades unipersonales —sociedad anónima— no es el más adecuado. Hubiera resultado más conveniente —en nuestra opinión— (9) restringir la constitución de sociedades unipersonales a la utilización del tipo de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ello porque bajo este tipo —el de la S.R.L.— se garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio de único socio —es decir, en caso de transmisión por cualquier título de las cuotas sociales representativas del capital social— importan la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio de donde, en su actuación en el mercado, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero conocerá —por exhibición del contrato o por su inscripción en el Registro Público— quién es el real y actual titular del 100% del capital social (10).

Otra de las cuestiones controvertidas de la ley 26.994 es la decisión de modificar el art. 94, inciso 8, de la ley 19.550 agregando un art. “94 bis” que contempla el caso de eliminación de la causal disolutoria por reducción a uno del número de socios.

En la nueva norma se dispone que “*La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima, (11) si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.*”

Encontramos dos razones para objetar esta reforma: i) la forma discriminatoria entre tipos con que la misma ha sido concebida; y ii) la imposibilidad de que una sociedad pueda cambiar de tipo “... de pleno derecho...”

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, creada por decreto 191/2011 había preparado un Anteproyecto, el cual incluía —no sin polémica— un proyecto de reforma parcial a la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, el cual incorporaba una serie no menor de modificaciones al régimen societario, que no formaban parte del cometido encomendado por el Poder Ejecutivo. Fue por ello que, luego de haber sido anunciado y hecho público dicho Anteproyecto el 27 de marzo de 2012 por la Presidente de la República, en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, fueron suprimidas —posteriormente— la mayoría de las iniciativas plasmadas en dicho Anteproyecto, conformando el Proyecto que fue girado al Congreso de la Nación. Luego de más de un año de labor, una Comisión Bicameral encargada de revisar el Proyecto dio a conocer públicamente su informe preliminar el 14 de noviembre de 2013, y el definitivo el 20 de noviembre del mismo año, el

cual comprendía —con disidencias en sus versiones— los puntos de vista del Frente para la Victoria, la Unión Cívica Radical, el Pro y el Peronismo Federal, girándose luego al Senado para que fuera tratado el 27 de noviembre próximo pasado. El dictamen de la mayoría —Legisladores del Frente para la Victoria— respetó prácticamente en forma íntegra el texto que el Poder Ejecutivo había propuesto para reformar la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, desvirtuando rumores que habían trascendido según los cuales el texto que finalmente se propondría en la materia contendría nuevos institutos y modificaría mayores aspectos que los que contempla el régimen legislativo actual para estas entidades. El Senado de la Nación, en la madrugada del 28 de noviembre aprobó el texto del nuevo Código. Seguidamente el nuevo Jefe de Gabinete, Jorge Capitanich, informó públicamente que el tratamiento del Proyecto, que había obtenido media sanción por parte del Senado, recién sería considerado por la Cámara de Diputados en el mes de

marzo de 2014. Sin embargo, al iniciarse el período ordinario de sesiones de este año el tratamiento del Código Civil y Comercial de la Nación no apareció entre los temas que la Cámara de Diputados tendría en consideración.

(2) Muchos involucrados en el proceso de elaboración del Código consideraban que el Proyecto —que contaba con media sanción del Senado— había sido abandonado, en razón de que el propio Poder Ejecutivo había remitido al Congreso otras iniciativas legislativas de leyes especiales que contenían disposiciones similares, sino idénticas, que las establecidas en el Proyecto de Código. De tal suerte se especulaba con que, si se había comenzado a remitir normas individuales, el intento codificador había naufragado. Pero ello no fue así.

(3) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades comerciales. Del Anteproyecto a la sanción del Senado”, LA LEY, 2013-F-982.

(4) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades comerciales. Del Anteproyecto...”, cit.

(5) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades comerciales. Del Anteproyecto...”, cit.

(6) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la Ley 19.550 en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

(7) Ello resulta contradictorio con la norma que dispone que la sociedad unipersonal sólo podrá constituirse bajo el tipo de sociedad anónima —nuevo art. 1º, según ley 26.994—.

(8) Nadie ha podido explicar cómo se llevaría a cabo tal transformación “de puro derecho”.

(9) En una posición que venimos sosteniendo desde hace muchos años.

(10) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales...”, cit.

(11) El Anteproyecto disponía que se transformaba en Sociedad de Responsabilidad Limitada, porque habilitaba la constitución cualquier tipo social unipersonal.

1. La discriminación entre tipos

La primera objeción mencionada se refiere a la forma discriminatoria con que se consideran los otros tipos sociales que no sean los mencionados en ese art. 94 bis, y lo contradictoria que esta norma con lo dispuesto en el referido art. 1º, bajo su nueva redacción.

En efecto; si el art. 1º dispone que las sociedades unipersonales sólo pueden constituirse bajo el tipo de sociedad anónima, no se entiende cómo podrán sociedades de otros tipos —la sociedad colectiva o las sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo— al quedar reducidas a un solo socio seguir operando como sociedad colectiva o sociedad de responsabilidad limitada, ya que el texto propuesto para el art. 94 bis señala que “... la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución...”. Lo mismo ocurriría con las sociedades de la denominada Sección IV.

De tal suerte:

a) la sociedad anónima pluripersonal en la cual se reduzca a uno el número de socios y no recomponga la pluralidad de socios en el término de tres meses pasará a regirse por las normas de la sociedad anónima unipersonal;

b) las sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada en las cuales se reduzca a uno el número de socios no se disolverán y continuarán actuando bajo el régimen de sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente, y continuarán funcionando como tales, pero con un solo socio —lo que resulta un tanto extravagante—;

c) las sociedades en comandita simple y por acciones y las sociedades de capital e industria en las cuales quede reducido a uno el número de socios, se transformarán de pleno derecho en sociedades anónimas, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

Tanto en los casos mencionados en b) como en c), no habría derivación al régimen de la Sección IV del Capítulo I, pues el nuevo art. 21 en la redacción asignada por la ley 26.994 está referido a sociedades que no “... se constituyan...” o que “... omitan...” requisitos o “... incumplan con las formalidades...”, y no a aquellas que por circunstancias sobrevinientes queden reducidas a uno en el número de socios, supuesto —éste— que, bajo la ley 26.994 —debemos insistir— desaparece como causal de disolución.

2. La transformación de una sociedad “... de pleno derecho...”

La segunda razón es que tampoco puede soslayarse que no es posible que una sociedad quede “transformada” en otro tipo “de pleno derecho” cuando la propia ley de sociedades —en disposiciones cuya modificación el Anteproyecto no propicia— regula un procedimiento específico, (12) complejo y con exigencias documentales precisas (13) para poder acceder a la transformación de una sociedad comercial —a partir del 1º de enero será solamente “sociedad”—; (14) quizás lo adecuado debería haber sido consignar que la sociedad “...deberá transformarse...”, colocando alguna sanción si no se transformare en el plazo que

la ley señale; básicamente, cambiar el régimen de responsabilidad.

Todo hace pensar que esta norma no será operativa.

IV. Una regularidad que no confronta con la desaparecida irregularidad

El modo en el cual se ha eliminado el instituto de la irregularidad societaria —que no desaparece, aunque se lo ignore en el nuevo articulado sancionado por la ley 26.994— (15) reemplazando dicho régimen por las denominadas “Sociedades de la Sección IV”, es algo que no parece permitir acceder a resultados adecuados.

En efecto, ¿cómo puede mantenerse una norma que dispone cuál es el mecanismo de acceso al concepto de “regularidad”, si no se registra sanción en la ley respecto de la falta de acceso a tal régimen?

Es decir que, por una parte, se mantiene el concepto de “regularidad” —art. 7 sin modificaciones— y, por otra parte, se elimina el régimen actual de “irregularidad” —arts. 21 y siguientes— para sustituirlo por un sistema de sociedades libres, donde se admite hasta la atipicidad, y que no es —exactamente— la contracara de la “falta de regularidad” (16).

Evidentemente, lo que ha ocurrido es que, en este punto, al legislador se le ha escapado por error la necesidad de modificar el texto del art. 7 de la ley 19.550 —lo que omitió— para adecuarlo a la nueva concepción que pretendía imponer por la ley 26.994.

El error es manifiesto, pues debe prestarse atención a que en el texto del art. 7 —que no es modificado por la ley 26.994— se sigue haciendo alusión al Registro Público “... de Comercio...”, instituto eliminado por la ley 26.994 al derogar el Código de Comercio, y que sería reemplazado por un “Registro Público” —a secas— de próxima creación.

V. Hacia un nuevo régimen de nulidades societarias

La modificación al texto del art. 21 de la ley 19.550 establece que la sociedad que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley se rige por lo dispuesto en la Sección IV.

De tal suerte, la omisión de requisitos o elementos *tipificantes*, como de los *no tipificantes*, tendrá —salvo lo relativo a los efectos del tipo— la misma sanción: *colocar a estas sociedades bajo el régimen de la Sección IV*, lo que relativiza en forma absoluta el principio de tipicidad.

En este caso, las sociedades que omitan elementos o requisitos no tipificantes —los del art. 11—, al igual que las sociedades atípicas —actual art. 17—:

a) serán plenamente válidas y eficaces, pues se les retira la sanción de anulabilidad —nuevo art. 21—;

b) las cláusulas del contrato social o del estatuto serán plenamente oponibles entre socios —nuevo art. 22—;

c) a diferencia de lo que ocurre con las sociedades atípicas, producen los efectos del tipo *a contrario sensu* —nuevos arts. 17 y 21—;

d) son oponibles las normas en materia de representación frente a terceros, si se exhibe el contrato —nuevo art. 23—;

e) los socios, salvo pacto en contrario, no responden solidariamente frente a terceros, sino solamente en forma mancomunada —nuevo art. 24—;

f) estas sociedades pueden ser titulares de bienes registrables —nuevo art. 23—; y

g) las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad típica, incluso respecto de los bienes registrables —nuevo art. 26—.

Como puede advertirse, la ley 26.994 incorpora, en esta materia, un régimen de amplia libertad de actuación sin contrapeso de contralor o fiscalización alguno (17).

VI. Las nuevas sociedades “libres”

Como lo hemos señalado, la ley 26.994 introduce una modificación sustancial a la Sección IV, del Capítulo I, de la ley 19.550 —en su redacción actual— referido a la “Sociedad no constituida regularmente”, para colocar allí un régimen específico dedicado a “... las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, donde convivirán: (18)

a) las sociedades que no se constituyan según los tipos previstos en el Capítulo II —es decir, sociedades que no se constituyan bajo los tipos de sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita simple, de responsabilidad limitada, sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones—;

b) las sociedades que omitan requisitos esenciales —tipificantes o no tipificantes—; y

c) las sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por la ley —el problema aquí será determinar qué ha entendido el legislador por “formalidades”— (19).

Como puede verse, ello responde a los cambios que se pretenden introducir en el régimen de regularidad, tipicidad y nulidad en materia societaria, lo que convierte —como lo hemos adelantado— a esta Sección en un verdadero “cajón de sastre” (20).

Del mismo modo, parecería que en esta sección no tendrían cabida antiguos habitantes de esa sección —sociedades irregulares y sociedades de hecho con objeto comercial— y tampoco las sociedades que se eliminan de la regulación en el Código Civil —sociedades civiles—. De tal suerte —entonces— el “cajón de sastre”, (21) en principio, no albergará a:

a) las sociedades de hecho con objeto comercial —y ahora también sin objeto comercial—, pues desaparecen de la consideración positiva;

b) las sociedades irregulares —pues desaparece el instituto de la “irregularidad” del régimen legal—; y

c) las sociedades civiles, que desaparecen también del régimen legal como tales por derogación del Código Civil.

Claro está que debemos preguntarnos —como lo hemos hecho— (22) qué ocurrirá con estas sociedades constituidas con anterioridad al 1 de enero de 2016, que es la fecha en la cual comenzará a regir el nuevo régimen legal impuesto por la ley 26.994.

Intentaremos dar alguna respuesta a ello en los acápitales siguientes.

VII. ¿Qué ocurre con las sociedades de hecho con objeto comercial?

Es suficientemente conocido que la sociedad de hecho es aquella conformada entre socios en virtud de relaciones fácticas y que no se encuentra instrumentada en un documento o instrumento orgánico a través del cual se regulen los derechos, obligaciones y relaciones entre dichos socios (23).

Éste es el único caso en que actualmente la Ley de Sociedades determina la *comercialidad* de una sociedad dependiendo de su objeto, ya que en todos los otros casos el carácter comercial de la sociedad y la aplicación del régimen legal derivan de la circunstancia de que se haya adecuado la constitución de la sociedad a alguno de los tipos contemplados por la ley.

Las sociedades de hecho con objeto comercial escapan —hoy— a la regla de comercialidad establecida por el régimen de tipicidad del artículo 17.

Nada establece la ley 26.994 respecto de estas sociedades, y ello es porque ha decidido directamente ignorarlas, manteniendo el requisito del contrato escrito para que exista “sociedad”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la ley 19.550, el cual establece que el contrato por el que se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado.

La situación es confusa, porque —por otra parte— algunas señales parecen indicar que la intención del legislador es la posibilidad de incluir estas sociedades de hecho en la Sección IV por carecer de la “formalidad” del contrato escrito (24).

Pero ocurre que el propio régimen previsto por la ley 26.994 para los arts. 21 a 26 —a pesar de que mencionan dentro de los supuestos abarcados aquellas sociedades en las cuales “... se incumpla con las formalidades previstas en esta ley”— (25) pareciera referirse sólo a contratos celebrados por escrito, dado lo que los mencionados artículos disponen expresamente, pues:

a) se admite la invocación del contrato entre los socios, incluso las cláusulas relativas a la representación, la administración y demás que dispongan sobre la organización y gobierno de la sociedad (26) —¿cómo conocer el contenido

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(12) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la ley 19.550...”, cit. y la bibliografía allí mencionada.

(13) Ver ADROGUÉ, Manuel y GARCÍA CUERVA, Héctor, “Instrumentación y registración de las transferencias de inmuebles en la constitución, disolución, transformación, fusión y escisión de sociedades comerciales”, en LA LEY, 1979-B, 1019; MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro P., “Transformación de sociedades y asentimiento conyugal. Nuevo criterio de la Inspección General de Justicia”, en R. S. y C., Nº 182, enero de 2003; VERÓN, Alberto V., “Transformación de sociedades. Apuntes sobre su instrumentación y tributación”, en RDCom. 1979-541.

(14) Ver sobre el tema la bibliografía citada en VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 co-

mentada”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

(15) En efecto; se mantiene la norma del art. 7 que dispone que la sociedad sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

(16) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550”, LA LEY, ejemplar del 28/5/2012.

(17) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la ley 19.550...”, cit.

(18) Sobre estos aspectos hemos publicado un artículo específico. Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, LA LEY, ejemplar del 6/8/2012.

(19) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la Ley

de Sociedades...”, cit.

(20) La Real Academia Española establece dos acepciones para la expresión “cajón de sastre”. La primera es “un conjunto de cosas diversas y desordenadas”; la segunda refiere a “persona que tiene en su imaginación gran variedad de ideas desordenadas y confusas”. La expresión es muy antigua y hace referencia al oficio de los sastres, quienes en sus cajones tenían un gran desorden entre hilos, alfileres, dedales, etc. La expresión se popularizó en lengua castiza, haciendo referencia a algo que guarda elementos muy distintos, y sin ningún orden ni concierto. Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las Reformas a la Ley 19.550...”, cit.

(21) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “La Reforma a la Ley 19.550...”, cit.

(22) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley General de Sociedades...”, cit.

(23) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales...”, cit.

(24) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares...”, cit.

(25) Esto abre la posibilidad de considerar a las sociedades de hecho, que han incumplido con la forma escrita prevista en el art. 4 de la norma legal.

(26) Ello no ocurre hoy, pues en una sociedad irregular o de hecho no es lícito que los socios entre sí invoquen derechos o defensas emergentes de las estipulaciones del contrato social. CNCom., sala C, 15-3-88, LA LEY, 1989-D, 71; en igual sentido, JCom. Nº 3 de Córdoba, 23-3-84, LLC, 1984-888.

● VIENE DE PÁGINA 3

del contrato y sus cláusulas sin instrumento escrito?— (nueva redacción del art. 21, párrafo 1º, y art. 23, párrafo 1º);

b) se admite la oponibilidad del contrato ante terceros si los terceros lo conocieron —¿cuál es el alcance del conocimiento por parte del tercero del contrato en los casos en los cuales no hay instrumento escrito?— (nueva redacción del art. 21, párrafo 2º);

c) se admite la posibilidad de que los terceros invoquen el contrato contra la sociedad, los socios y los administradores —¿cómo sabrán quiénes son ellos, o el contenido del contrato, si no hay instrumento escrito?— (nueva redacción del art. 21, párrafo 2º *in fine*);

d) se dispone que en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato —¿cómo puede exhibirse un contrato que no está instrumentado por escrito? (nueva redacción del art. 23, párrafo 1º);

e) se establecen normas para adquirir bienes registrables, donde la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios, instrumentando tal reconocimiento por escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano —¿quiere decir esto que las sociedades de hecho no podrán ser titulares de bienes registrables, salvo que instrumenten por escrito dicha sociedad dejando de ser “sociedades de hecho”?— (nueva redacción otorgada al art. 23); y

f) se legisla un nuevo régimen de responsabilidad para estas sociedades de la Sección IV, donde los socios responden simplemente en forma mancomunada por las obligaciones sociales y en partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción surja de una estipulación expresa —¿cómo podrá aplicarse este criterio si la sociedad no ha sido instrumentada por escrito?— (nueva redacción otorgada al art. 24); entre otros supuestos.

Como puede advertirse, no parecen quedar comprendidas en los casos regulados en la Sección IV las sociedades de hecho con objeto comercial, las cuales la ley 19.550 en la actualidad no sólo reconoce, sino que —además— equipara en su regulación a las sociedades “no constituidas regularmente” —sociedades, estas últimas, que bajo la ley 26.994 también desaparecen, sin perjuicio de que se mantenga el instituto de la “regularidad”— (27).

La problemática no es menor, porque estas sociedades de hecho son sujetos de derecho —arts. 2, 21, 22, 23, 24, y concordantes de la ley 19.550, y art. 33, parte segunda, inciso 2, del actual Código Civil—, con lo que no pueden quedar remitidas al régimen de contratos asociativos previsto por los arts. 1442 a 1447, del

Libro II, Título IV, Capítulo 16, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, donde se establece que dichos contratos —los contratos asociativos— “... no se les aplican las normas sobre sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas, sociedades, ni sujetos de derecho...”, bajo pena de considerar que se les ha suprimido o cancelado el carácter de sujetos de derecho por imperio del nuevo régimen legal.

¿Ha sido idea del legislador que estas sociedades —entonces— integren la Sección IV? La respuesta debería ser —en principio— afirmativa.

Ahora bien, tal como han quedado redactados los artículos correspondientes a la mencionada Sección IV ¿es ello posible?

Este es el desafío para la doctrina y la jurisprudencia.

VIII. La eliminación de las sociedades civiles

Otra de las disposiciones que la ley 26.994 trae es la eliminación de las sociedades civiles del ámbito de la legislación positiva.

Al disponerse la derogación del Código Civil, con la sanción del nuevo cuerpo legal quedarán derogados —a partir del 1º de enero de 2016— los arts. 1648 y siguientes de aquel cuerpo normativo que regulan actualmente a las sociedades civiles; y nada dice el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación respecto de qué ocurrirá con las sociedades civiles existentes (28).

Uno de los autores integrante del grupo que redactó la propuesta de modificaciones que integró el Anteproyecto de Reforma original (29) ha sostenido que —justamente— parte de la redacción propuesta para reformar el texto de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 tuvo como objetivo poder incluir en los mismos a la actual sociedad civil, (30) la que con la sanción del nuevo Código y la derogación del actual Código Civil hubiera quedado —de lo contrario— sin regulación alguna; posición que enfatizó en esta misma revista, (31) y que fuera rebatida por nosotros en una publicación posterior —a la que remitimos en este punto por razones de espacio— (32).

Lo cierto es que, aun con la mayor buena voluntad que pudiéramos poner, no resulta convincente el argumento.

Ello porque, más allá de que se haya pretendido —no dudamos de la buena intención de los autores— incorporar a la sociedad civil dentro del articulado de la ley 19.550 mediante la propuesta de una nueva redacción para los arts. 21 a 26 y disponiendo —como principio general— la responsabilidad mancomunada de los integrantes de las sociedades de la Sección IV —algo similar a la responsabilidad por la porción viril a que alude el Código Civil en la actualidad—, (33) resulta imposible comprender a la actual sociedad civil en la pretendida

nueva Ley General de Sociedades, (34) dado que la sociedad civil (35) no encuadra dentro del concepto de “sociedad” que define el art. 1º de la ley 19.550 actualmente, ni tampoco luego de la reforma propuesta en el Proyecto y plasmada posteriormente en la ley 26.994 (36).

En efecto: (37)

a) según lo dispone el art. 1648 del Código Civil, “habrá la sociedad civil cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado” (38);

b) por otra parte, conforme a la redacción actual del art. 1º de la ley 19.550 que la ley 26.994 no altera —salvo en lo que hace a la inclusión de la sociedad unipersonal— habrá sociedad “si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y participando en las pérdidas...” (39).

Como puede advertirse, la diferencia no es menor, dado que en el concepto de sociedad comercial que hoy regula la ley 19.550, y en la que pretende regular la ley 26.994 a partir del 1º de enero de 2014, se encuentra la exigencia de que los aportes se apliquen “a la producción o intercambio de bienes y servicios...”, mientras que en la sociedad civil tal exigencia no existe limitándose la regulación a disponer que se persiga “el fin de obtener una utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí...” los socios. Por otra parte, la sociedad —hoy comercial— regulada por la ley 19.550 requiere de una adecuación en su organización a un tipo preestablecido en la ley, lo que no ocurre con la sociedad civil (40).

Quiere decir entonces que la ley 26.994 equivoca el enfoque de un modo esencial, pues se detiene en lo accesorio sin haber advertido lo principal.

Dicho de otro modo, el legislador se ha preocupado por disponer para las sociedades comprendidas en la Sección IV un régimen de responsabilidad mancomunada, (41) o el reconocimiento de que pueda tratarse de sociedades sin plazo de duración determinado, (42) para intentar incluir en ellas a la actual sociedad civil, y no ha advertido que la actual sociedad civil no encuadra en el propio concepto de “sociedad” que la ley 26.994 ha delineado —en su art. 1º— para la nueva Ley General de Sociedades, manteniendo le exigencia de que bajo la figura societaria subyazca una verdadera empresa.

Tampoco nos dice la ley 26.994 qué ocurrirá con las sociedades civiles existentes en la actualidad (43) y el impacto que pudiera ocasionar la reforma en ellas (44).

Si se deseaba incorporar a las sociedades civiles en la Sección IV, ¿no era más razonable hacerlo en forma expresa y regulando tal

situación? (45). De hecho el Proyecto de 1998 contenía una norma expresa al respecto; de la cual el Poder Ejecutivo —en esta oportunidad— se ha apartado.

Pero, así las cosas, nosotros sostenemos, en este punto —e interpretando la reforma introducida al régimen por la ley 26.994— que: (46)

(i) Todo parece indicar que, sin aclararlo, el legislador ha querido restringir el concepto de sociedad sólo para aquellos casos en los cuales dos o más personas, o un sujeto en particular, resuelven conformar una organización en la cual subyazga la existencia de una empresa, en los términos del art. 1º de la ley 19.550, reservando sólo para estos emprendimientos el régimen dispuesto por la ley 19.550, y el otorgamiento del carácter de sujeto de derecho en los términos del art. 2º del mencionado cuerpo legal, como “sociedad”.

(ii) De tal suerte, quienes deseen a partir del 1 de enero de 2016 constituir lo que hoy se denomina “sociedad civil” y regulan los arts. 1648 y ss. del actual Código Civil, no podrán acceder al régimen de la ley 19.550, sino que deberán recurrir al instrumento regulado en los arts. 1442 a 1447 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de los *Contratos Asociativos*. Claro está que, en este caso, deberán resignar su aspiración de que el contrato a celebrarse pueda hacer nacer un sujeto de derecho, como hoy lo admiten los arts. 33, inciso 2º y concordantes del actual Código Civil.

Sin embargo subsiste el inconveniente respecto del futuro de todas las sociedades civiles constituidas y a constituirse hasta el 1 de enero de 2016 y, más allá del debate o de las cuestiones que pudieran plantearse, todo indica que lo más conveniente es una interpretación en el sentido de que dichas sociedades, a partir del 1 de enero de 2016, deberían regirse por lo establecido en los propios contratos y, supletoriamente, por las disposiciones de la Sección IV.

Si bien esta no es la interpretación más ortodoxa, puede contribuir a superar incertidumbres y conflictos.

IX. El nuevo instituto de la “subsanción” societaria

Debemos insistir en el hecho de que la ley 26.994, si bien mantiene la norma relativa a la regularidad —disposición contenida en el art. 7—, carece de normas en materia de irregularidad (47).

Desapareciendo —entonces— el concepto de irregularidad, no habrá sociedades irregulares, y tampoco habrá sociedades que deban ser regularizadas. Consecuentemente, se elimina del texto legal el instituto de la regularización.

Pero ocurre que igualmente existen las sociedades atípicas —que pasarían a constituir una suerte de sociedades de libre creación— (48) y aquellas en las cuales los socios hubieran omitido algunos requisitos o elementos no tipificantes, pero comunes a todo contrato de

{ NOTAS }

(27) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares...”, cit.

(28) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley General de Sociedades 19.550 con las reformas de la ley 26.994. Comentada y anotada”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

(29) Se trata de, Rafael Mariano Manóvil, quien disertó sobre ciertos aspectos del Proyecto en una Jornada llevada a cabo en la Facultad de Derecho el día 12 de junio de 2012.

(30) La posición fue controvertida por otro participante del panel, Ricardo A. Nissen.

(31) Ver MANÓVIL, Rafael Mariano, “Las sociedades de la sección IV en el Proyecto de Código”, LA LEY, ejemplar del 24/10/2012.

(32) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedad civil: ¿quo vadis?”, Revista Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, nº303, febrero de 2013, págs.128 y siguientes.

(33) Ver art.1747 del Código Civil actualmente en vigencia.

(34) Recordemos que la ley 26.994 sustituye el nombre de la ley eliminando la calificación de “comerciales”.

(35) Ver al respecto SMITH, Juan C., “Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado Anotado y Concordado”, BELLUSCIO, Augusto C., Director, ZANNONI, Eduardo A., Coordinador, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

(36) Ver FARGOSI, Horacio P., “Sociedad Anónima-Adecuación”, LA LEY, ejemplar del 3/7/2012.

(37) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares...”, cit.

(38) Ver el art.1648 del actual Código Civil.

(39) Ver el art.1º de la ley 19.550 y el texto asignado a dicho artículo por la ley 26.994.

(40) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedad civil: ¿quo vadis?...”, cit.

(41) Reforma introducida al art.24.

(42) Reforma introducida al art.25.

(43) Ver VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades Comer-

ciales. Del Anteproyecto...”, cit.

(44) A simple modo de ejemplo su transformación en sociedades de responsabilidad limitada si quedaran conformadas por un solo socio en un futuro; o quedar alterado el régimen previsto por el art.1663 del Código Civil; o quedar obligadas a un procedimiento de “saneamiento”, si es solicitado por la propia sociedad o los socios o incluso no permitiendo su inmediata disolución cuando se trate de sociedades civiles sin plazos de duración, entre otros supuestos.

(45) En VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedad civil: ¿quo vadis?...”, cit., formulamos una propuesta de reforma al art.1º de la ley 19.550 que incluyera el siguiente texto: “Artículo 1º.— Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, o con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad

unipersonal sólo se podrá constituir bajo el tipo de sociedad de responsabilidad limitada y por instrumento público. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal. Las sociedades civiles constituidas hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se regirán para el futuro conforme a lo que dispongan sus respectivos contratos y a lo dispuesto en la Sección IV del Capítulo I, salvo en lo que se refiere al instituto de la subsanción, el cual no les resulta aplicable, conservando su personalidad jurídica sin solución de continuidad”.

(46) Es lo sostenido en VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley General de Sociedades...”, cit.

(47) Sobre esto se encuentran mayores precisiones en VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares...”, cit.

(48) En efecto; al ser absolutamente válidas, tener personalidad jurídica, poder ser titulares de bienes registrables y poder oponer las cláusulas estatutarias o contrac-

sociedad —los del art.11—, que también serían sociedades incluidas en la Sección IV.

La ley genera un nuevo texto del art. 25, mediante el cual intenta resolver estas carencias bajo un instituto denominado “subsanción”.

Pues bien, este *procedimiento subsanatorio* funciona —según el art. 25 del texto reformado— de la siguiente manera:

a) tanto la sociedad —por sí misma— como los socios, sin indicación de tiempo y durante todo el tiempo de duración de la sociedad, ni necesidad de invocación de causa, pueden tomar la iniciativa de promover la *subsanción* de la sociedad;

b) la ley no indica a quiénes debe notificarse, ni los mecanismos de notificación de tal iniciativa;

c) la decisión de subsanar las omisiones o defectos, debe ser tomada por unanimidad de socios —la ley 26.994 no indica el mecanismo, es decir, si es por reunión de socios, si es por comunicaciones de la voluntad por otros medios, si es una mera consulta, u otras—;

d) ante la falta de acuerdo unánime, la subsanción no tendrá lugar, salvo que se solicite la misma judicialmente —la ley 26.994 no lo dice, pero imaginamos que la acción judicial deberá ser promovida o por la sociedad o por los socios que hubieren votado favorablemente la subsanción; tampoco indica plazo para la promoción de la demanda, ni quién o quiénes son los sujetos pasivos de la acción—;

e) el trámite fijado por la ley 26.994 para el procedimiento es el juicio sumario —que ya no existe más en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación—, pues fue eliminado con la reforma de la ley 25.488;

f) el juez podrá, en su sentencia, suplir la falta de acuerdo y ordenar la “subsanción” de la sociedad, con la limitación de que no puede imponer mayor responsabilidad a los socios que no la consientan —¿estamos frente a una sen-

tencia judicial de cumplimiento discrecional por parte de los afectados?; esto la ley 26.994 no lo indica—; y —finalmente—

g) los socios disconformes podrán ejercer el derecho de receso dentro de los diez días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92 de la ley —es decir, que no se trata de un supuesto estricto de “receso”, sino de una “exclusión”, instituto que difiere sustancialmente de aquél— (49).

X. ¿Qué ocurre con el instituto de la subsanción y el tema del plazo de duración de la sociedad?

La ley 26.994 no modifica el art. 11, inciso 5, de la ley 19.550 que dispone que el instrumento constitutivo de la sociedad debe fijar un “... plazo de duración, que deberá ser determinado...”

En esto, la ley 26.994 se aparta de la norma general que la propia ley de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en el texto principal del Código para el resto de las personas jurídicas privadas, cuya duración —en principio— es ilimitada, salvo que la ley o el estatuto dispongan lo contrario (50).

Es decir que para las sociedades esta norma general no rige y queda desplazada por la norma especial que dispone que toda sociedad debe tener un plazo de duración determinado —art. 11, inc. 5, de la ley 19.550—.

Sin embargo, el nuevo texto dispuesto para el art. 25, párrafo 3º, de la ley 19.550, incluye una norma específica para las sociedades en las cuales la ausencia del requisito esencial no tipificante —el plazo de duración—habilita a cualquiera de los socios para provocar la disolución de la sociedad, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios.

Los efectos de la disolución —es decir la disolución misma, pues la disolución es un “instante”— se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa días de la última notificación.

La norma no parece tener muchos sentido; menos aún cuando también se propone completar el texto del artículo señalando que los

socios que deseen permanecer en la sociedad deben *pagar* a los salientes su parte social.

En efecto, no se entiende cuál es el propósito de esta norma, ni cómo funciona. Otro desafío para la doctrina y la jurisprudencia.

XI. Colofón

Como puede advertirse, la reforma introducida por la ley 26.994 a la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 —que a partir del 1 de enero de 2016 pasará a denominarse “Ley General de Sociedades”— presenta muchos interrogantes.

Y ello deriva de la forma en la cual la reforma societaria ha sido construida a lo largo de estos tres años desde la sanción del decreto 191/2011.

En efecto:

i) la encomienda otorgada por el Poder Ejecutivo a la Comisión Redactora creada por decreto 191/2011 no incluía la directiva de reformar la Ley de Sociedades Comerciales 19.550;

ii) sin perjuicio de ello, la Comisión, auxiliada por una subcomisión de tres juristas, incorporó al Anteproyecto una serie de propuestas de reforma (51) que excedían con creces la necesidad de receptar en la normativa societaria a la sociedad unipersonal, (52) y buscar una salida a las sociedades civiles existentes, dado que las mismas serían definitivamente eliminadas del régimen legal;

iii) seguidamente, durante el año posterior, un conjunto de funcionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —sin mantener contacto con la subcomisión redactora de la parte atinente al régimen societario— procedió a corregir y modificar el texto del Anteproyecto, y eliminó muchas de las propuestas de la Comisión —la mayoría de ellas—, modificó otras, y agregó alguna disposición complementaria, conformando lo que fue el Proyecto de Reforma remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo;

iv) posteriormente la Comisión Bicameral, en despachos de minoría (53), objetó alguna de

las reformas, pero no encaró un análisis profundo de la normativa, a punto tal de mantener errores y omisiones que la doctrina había puesto de manifiesto suficientemente a lo largo del año 2013;

v) finalmente, tanto el Senado de la Nación como la Cámara de Diputados —siguiendo las directivas del Poder Ejecutivo— se ciñeron al texto remitido por éste, sancionándolo como ley 26.994.

Como puede advertirse, no existió en este caso una coordinación general en la elaboración del texto de reformas a la Ley de Sociedades, ni permeabilidad a los comentarios generados por la doctrina en este punto; y ello se nota en el texto definitivo sancionado por la ley 26.994, el cual presenta claroscuros.

Sin embargo, es evidente que tanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, como las reformas introducidas a la legislación complementaria, comenzarán a regir a partir 1º de enero de 2016, de modo que existe más de un año de plazo para poder encarar los ajustes y modificaciones al texto de reforma de la ley 19.550, corrigiendo los desaciertos en que incurre la ley 26.994, o para —al menos— otorgar ciertas precisiones que contribuyan a una mejor interpretación del alcance de las nuevas normas sancionadas en materia de sociedades.

Confiamos en que esto pueda ocurrir. ●

Cita on line: AR/DOC/3838/2014

MAS INFORMACIÓN

Curá, José María - Carreira González, Guillermo, “La tipicidad societaria en el Proyecto de Reforma del Código”. Sup. Act. 07/08/2014, 1 - Enfoques, 2014 (septiembre), 76.
Cesaretti, Oscar - Cesaretti, María, “La irregularidad societaria en el Proyecto de Código”. LA LEY, 2013-B, 1064.
Manóvil, Rafael M., “Algunas de las Reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”. LA LEY, 2012-F, 1334.

{ NOTAS }

tuales con la mera exhibición del contrato, pasan a conformar casi una nueva categoría de sociedades donde los socios pueden imaginar las cláusulas y convenciones que deseen.

(49) Efectivamente; tanto en cuanto a las causales como al modo de valorar la participación del socio los regímenes difieren. En el caso de la exclusión 1) El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión; 2) Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas; 3) La sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las

operaciones en curso al tiempo de la separación; 4) En el supuesto del artículo 49, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero; 5) El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio. En el caso del receso las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo las ca-

sas de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94, inciso 9), en los que deberá pagarse dentro de los sesenta (60) días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. Además, el derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes; en este caso, los reincidentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento

en que notificaron el receso.

(50) Ver art.156 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

(51) Puede consultarse el texto completo de aquella propuesta en VÍTOLO, Daniel Roque, “Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales...”, cit.

(52) Una inquietud particular de la Presidente de la República, que otorgaba especial trascendencia a esta reforma como una necesidad, para que el empresario pudiera limitar su responsabilidad y se promovieran las inversiones.

(53) El despacho mayoritario respetó el texto remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo sin modificaciones.

JURISPRUDENCIA

Acciones colectivas

Legitimación activa del intendente municipal. Servicio de televisión paga. Presunto incumplimiento de resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior. Determinación del abono mensual. Defensa del consumidor. Creación del Registro de acciones colectivas.

Véase en página 6, Nota a Fallo

Hechos: Un intendente municipal, con fundamento en la ley 24.240, promovió acción de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable de su partido, tendiente a que una empresa de televisión paga cumpliera las resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior 50/10 y 36/11, por las cuales se esta-

blecieron fórmulas para fijar los precios de los abonos. A esos fines, solicitó el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se suspendiera el aumento del costo. La medida fue concedida en ambas instancias. Interpuesto recurso extraordinario cuestionando la legitimación del accionante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia.

1.- El intendente municipal carece de legitimación para accionar, con base en la ley 24.240, en defensa de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable de su partido, para que una empresa de televisión paga cumpla con las resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior 50/10 y 36/11, por las cuales se establecieron fórmulas para determinar los precios de los

abonos, pues, bajo la apariencia de una relación de consumo, el planteo resulta inherente a una situación jurídica propia del derecho administrativo con relación a la cual no cabe extenderle la legitimación representativa prevista en aquella norma para la autoridad de aplicación.

2.- La legitimación activa dada a un intendente municipal para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable de su partido afectó el debido proceso y se apartó del derecho aplicable, pues la resolución 50/10 de la Secretaría de Comercio Interior, que estableció fórmulas para determinar los precios de los abonos de televisión por cable, cuya aplicación se impuso en el caso a la demandada mediante una

cautelar innovativa, fue dictada por la autoridad de aplicación de la ley 20.680 y sus modificatorias, y ésta se encuentra autorizada para usar todas las atribuciones que le asigna la ley para intervenir o disponer temporariamente de aquellos elementos indispensables para el eventual contralor.

3.- En atención al incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, generando un dispendio jurisdiccional y el riesgo del dictado de sentencias contradictorias, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estima necesaria la creación, mediante acordada del Tribunal, de un Registro de Acciones Colectivas en el

VIENE DE PÁGINA 5

cual deberán inscribirse todos los procesos de esta naturaleza que tramiten ante los tribunales del país.

- 4.- Si bien el art. 45, último párrafo de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la norma, la competencia de éstas se limita al control, vigi-

lancia y juzgamiento del cumplimiento de aquélla y de sus normas reglamentarias, sin que se extienda al contralor y juzgamiento de las eventuales infracciones a las normas jurídicas que regulan el mercado y que son dictadas en el marco de una específica asignación legal de competencia, como es el caso de resoluciones de la autoridad de aplicación.

- 5.- La medida cautelar innovativa concedida con el objeto de suspender el aumen-

to del abono del servicio de televisión por cable, con sujeción a lo dispuesto en la Resolución 50/10 de la Secretaría de Comercio Interior, debe ser revocada, pues el *a quo* omitió ponderar los agravios de la empresa demandada en cuanto a la incidencia que tenía en el pleito la precautoria dictada en otra causa, en la que se dispuso que debía suspenderse la aplicación de aquel acto respecto de todos los licenciatarios del servicio representados por la Asociación Argentina de

Televisión por cable (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

118.127 — CS, 23/09/2014. - Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ amparo.

Cita on line: AR/JUR/49753/2014

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

NOTA A FALLO

La regulación de las acciones de clase

LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE ACCIONES COLECTIVAS

SUMARIO: I. Introducción. — II. La acción colectiva o de clase es un proceso para resarcir pequeños daños y para asegurar el cumplimiento de la reglamentación. — III. La acción colectiva requiere un reconocimiento y certificación judicial en una etapa temprana del proceso. — IV. El abogado de la acción colectiva como “El Procurador General Privado”. — V. Los acuerdos en las acciones de clase requieren de una homologación judicial más estricta. — VI. Honorarios de abogados. — VII. Las acciones colectivas y la regulación a través del litigio. — VIII. Los casos de acción de clase iniciada por una autoridad gubernamental. — IX. La información adecuada a los integrantes de la clase. El registro público de acciones de clase. — X. Reflexión final.

Juan Vicente Sola

I. Introducción

En un fallo y una acordada la Corte Suprema ha continuado con la regulación de las acciones de clase, ya previstas en el art. 43 de la Constitución y concretadas por los precedentes: “Halabi”, “Padec” y “Consumidores Financieros”. Esta importante evolución producto del orden espontáneo del derecho estableció paulatinamente en nuestro país a las acciones colectivas o de clase (1).

En este caso “Municipalidad de Berazategui” se discuten dos cuestiones constitucionales importantes: La primera es si un organismo gubernamental puede iniciar una acción de clase. En este caso se trataba de un municipio que buscaba representar a la clase de algunos de sus habitantes en una acción referida a una actividad cuya regulación es competencia de otra jurisdicción de gobierno, en este caso la Nación.

Aunque no lo analiza este precedente queda abierto el caso de la acción de clase iniciada por una autoridad gubernamental, actuando dentro de su competencia. Este caso, en el que el órgano gubernamental demanda a una clase de individuos para asegurar el cumplimiento de normas que están dentro de su competencia queda dentro de la llamada “regulación mediante el litigio” (2).

La segunda cuestión constitucional que plantea el caso “Municipalidad de Berazategui”, es el conflicto planteado por la duplicación de acciones de clase que tienen un mismo contenido. La sentencia anuncia la reglamentación de las acciones colectivas a través de la creación de un registro.

Este caso debe ser analizado juntamente con los precedentes anteriores referidos a las acciones colectivas o de clase. De esta manera podemos concluir los siguientes puntos comunes:

II. La acción colectiva o de clase es un proceso para resarcir pequeños daños y para asegurar el cumplimiento de la reglamentación

Si bien en principio todos los individuos y las pequeñas empresas deben confiar en que

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Para un análisis más amplio sobre la evolución de las acciones colectivas o de clase en nuestro derecho ver SOLA, Juan Vicente. “Las acciones de clase en el derecho argentino”, LA LEY, 2014-C, 735.

(2) Tomado del derecho norteamericano el “*regulation*

by litigation”. Ver Sola, Juan Vicente. La regulación a través del litigio. LA LEY 04/11/2011, I.

los organismos públicos harán cumplir la ley y los reglamentos iniciarán acciones en contra de las empresas que violen las normas existentes en materia de defensa del consumidor y de la competencia, de protección del medio ambiente y en todos los otros casos de derechos de incidencia colectiva, en la práctica no es así. Los organismos públicos carecen de recursos suficientes para controlar y detectar cualquier incumplimiento y eventualmente sancionarlos.

Al mismo tiempo, las decisiones de las agencias gubernamentales pueden estar también limitadas por las influencias políticas que entren en conflicto con los intereses de una clase de personas. De todas maneras aunque las acciones gubernamentales fueran eficaces y limitaran la actividad ilegal no obtendrían una compensación que pudiera resarcir los perjuicios que sufrieron quienes fueron víctimas del incumplimiento. Como consecuencia de todos estos factores, las acciones colectivas entabladas por los representantes de un grupo de personas añaden una importante dimensión al cumplimiento de la reglamentación.

La sociedad moderna expone cada vez más a las personas a situaciones frente a las cuales no existe una vía eficaz de reparación, ya sea porque no cuentan con la información suficiente o porque los costos de la reparación individual son prohibitivamente elevados. Si cada persona debe hacer valer sus derechos de manera individual solo existirá una compensación aleatoria o fragmentaria si es que llega a existir. Este resultado no sólo es desafortunado para el caso particular, sino que impedirá que las sanciones impuestas por las normas actúen como desincentivos y pierdan el efecto disuasorio en el que se basa gran parte del derecho contemporáneo. La necesidad de asegurar un remedio grupal efectivo e inclusivo se convierte en una necesidad institucional (3).

III. La acción colectiva requiere un reconocimiento y certificación judicial en una etapa temprana del proceso

La acción colectiva requiere de un reconocimiento o certificación por parte del juez interviniente en una etapa temprana del proceso. Es

decir no posterior a la contestación de la demanda, a menos que fuera rechazada *in limine*, cuando fuera manifiestamente improcedente. Es decir es un acto procesal que no puede ser postergado hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia. Los requisitos fundamentales de la certificación son los siguientes:

Todas las acciones colectiva o de clase deben cumplir cuatro requisitos:

* La clase es tan numerosa que la acumulación de todos los miembros es impracticable,

* Hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase,

* Los reclamos o defensas de las partes sean típicos de los reclamos o defensas de la clase; y

* Los representantes de la clase proteger de manera justa y adecuada los intereses de la clase.

Las acciones de clase, aun en casos de tratarse de casos de daños masivos, siempre tienen un contenido regulatorio. La primera cuestión a resolver es quién llevará adelante el caso si el daño individual de cada uno de los reclamantes es pequeño, aunque el agregado de todos ellos sea de gran magnitud. Los actores, representantes de la clase, asumen un riesgo porque ignoran qué posible retorsión puedan sufrir de las empresas demandadas. Frente a esta situación compleja la primera alternativa que una asociación asuma la representación de las personas que sufran este menoscabo de sus derechos. Es una opción que continúa una larga tradición en los Estados Unidos tanto en derechos civiles como económicos, al mismo tiempo es una opción establecida en el art. 43 de la Constitución.

La Constitución en ese mismo artículo establece primariamente la legitimación del “interesado” y es ésta la de mayor aplicación práctica en el derecho comparado. A través de los años se observa que son abogados particulares quienes analizan las potenciales violaciones del derecho, identifican a los individuos o empresas que puedan representar a la clase y finalmente inician la acción colectiva en nombre de una clase de individuos u organizaciones.

mas Pursuing Public Goals for Private Gain”. Rand Corporation. 2000. Para un análisis económico de la influencia de las acciones de clase en la regulación ver EPSTEIN, Richard A., “Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion”. *Article University of Chicago Legal Forum*, 2003.

(3) Para una descripción detallada del ejercicio de las acciones de clase ver: HENSLER, Deborah R.; PACE, Nicholas; M., DOMBEY-MOORE, Bonita; GIDDENS, Beth; GROSS, Jennifer; MOLLER, Erik K., “Class Action Dilem-

El incentivo que tienen estos letrados tanto, el cobro de sus honorarios como la satisfacción de obtener una reparación a quien sufrió un daño indebido y desincentivar perjuicios futuros. Como señalara la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor 521 U.S. 591*, se requiere un patrocinio letrado especializado y eficaz. Para que la acción colectiva cumpla con su objetivo de asegurar el cumplimiento de la regulación y defender adecuadamente los intereses de la clase, los letrados especializados en acciones de clase obtienen un porcentaje del monto total del pleito, que incluye una participación en lo obtenido por todos los miembros de la clase. Si pierden sin embargo no obtendrán compensación alguna y deberán asumir el costo de los gastos asumidos durante todo el proceso. Los letrados particulares que defienden intereses públicos deben identificar a sus potenciales clientes, es decir buscar la clase que sufre de un daño, definirla con claridad para obtener la certificación judicial y representar sus intereses. Todo ello requiere de un considerable esfuerzo, de dedicación y sobre todo de especialización. El objetivo de las normas sobre acciones colectivas o de clase, es asegurar el equilibrio entre los incentivos particulares de los abogados y los objetivos públicos que se obtienen con este tipo de acciones.

IV. El abogado de la acción colectiva como “El Procurador General Privado”

Al mismo tiempo debe asegurarse que el abogado de la clase cumple con los requisitos para su adecuada representación. El tribunal también debe asegurarse que el abogado de la acción colectiva tenga la capacidad para representar de manera justa y adecuada a la clase propuesta, para lo cual puede realizar una investigación independiente.

Si el objetivo tanto de las acciones de clase normativas como en las resarcitorias, es asegurar que se cumplan las normas, la pregunta sería: ¿Quién puede iniciar este tipo de litigios? Si cada individuo o entidad están perjudicados sólo en un monto pequeño aunque el daño total sea grande, o si las personas involucradas que no conocen los detalles del derecho que regula el comportamiento de las grandes empresas es probable que ningún particular se anime a iniciar una demanda de por sí.

Frente a estos casos una alternativa es recurrir a los grupos o asociaciones sin fines de lucro que puedan controlar el comportamiento empresario o de organismos gubernamentales. Esta alternativa fue prevista por la Constitución en el art. 43. Pero la alternativa prevista en primer lugar en la Constitución, es que la acción la inicie el interesado a través de abogados especializados. Estos abogados particulares asumen el papel de la detección de posibles violaciones jurídicas, la identificación de las personas o empresas que puedan servir como representantes para iniciar las acciones de clase en representación de un grupo de personas o empresas en situación similar. Lo que caracte-

teriza a los abogados de las acciones colectivas es su especialización.

También deben tener la capacidad de asumir los riesgos de litigar temas novedosos. El objetivo de las acciones colectivas es obtener el equilibrio adecuado entre los incentivos privados de abogados y los fines públicos.

El recién creado Registro resuelve el problema de la notificación de la acción de clase a todos sus miembros y de esta manera permite eventualmente el ejercicio del derecho de excluirse de la acción, el llamado “opt out” en las acciones de clase. Por lo tanto la inscripción debe realizarse inmediatamente de reconocida la acción colectiva o de clase por el juez. Este reconocimiento o certificación de la acción debe hacerse en la primera oportunidad posible por el juez.

Si el juez certifica la clase y los demandados no pueden ganar su rechazo y exclusión del registro, deberán desarrollar una defensa tanto de las cuestiones de hecho como de derecho y el caso se resolverá por conciliación o por decisión judicial.

V. Los acuerdos en las acciones de clase requieren de una homologación judicial más estricta

En la mayoría de los litigios civiles, la conciliación entre las partes es una cuestión privada. Pero debido a que las decisiones que se tomen en las acciones colectivas son vinculantes para los integrantes de la clase, aun cuando hubieran comparecido ante el tribunal, se requiere un mayor escrutinio por parte del juez, previa a la homologación de los acuerdos concluidos entre el abogado de los actores y de los demandados que resuelven el caso. Estos acuerdos conciliatorios deben ser justos, adecuados y razonables, y se espera que los jueces celebren las audiencias para asegurar su equidad.

VI. Honorarios de abogados

En las acciones colectivas no existe generalmente un acuerdo de *quota litis* ya que los integrantes de la clase no han sido convocados directamente por los letrados. En ese caso es la regulación judicial de los honorarios, la que debe tener en cuenta el monto del pleito para todos los integrantes de la clase o en el caso de las acciones declarativas, el trabajo realizado por los letrados. Puede sin embargo existir una cláusula de honorarios en los convenios que concluyan al proceso, que estará sujeta a una homologación judicial.

VII. Las acciones colectivas y la regulación a través del litigio

Las acciones colectivas permiten un ejercicio más activo y preciso de la llamada “Regulación a través del litigio”. En la regulación a través del litigio es un juez quien crea una norma jurídica a través del precedente establecido en su decisión. Pero tiene dos formas según quién sea el iniciador de los procesos judiciales que sean el origen de esos precedentes. En su versión más tradicional es una persona o empresa insatisfecha con la reglamentación la que ataca su constitucionalidad, legalidad o razonabilidad a través de un juicio. En esta característica de regulación a través del litigio la norma jurídica que ha sido aprobada por el legislador o la administración se transforma en un primer proyecto de la norma definitiva, ya que esa reglamentación final será redactada definitivamente a través de una decisión judicial cuando ésta analiza su constitucionalidad y razonabilidad. La norma general hipotética es transformada por la decisión judicial para hacerla aplicable a un caso concreto; y al hacerlo, deberá contrastarse con el resto del ordenamiento jurídico y particularmente con la Constitución. Pero también debe asegurarse su aplicación razonable. Por ese motivo puede decirse que una norma que no ha sido analizada y aplicada judicialmente no es una norma completa: es una norma hipotética.

VIII. Los casos de acción de clase iniciada por una autoridad gubernamental

Hay una segunda y más reciente versión de la regulación a través del litigio, que es pertinente de analizar en este caso “Municipalidad de Berazategui” y que ocurre cuando un órgano de Gobierno demanda a personas o empresas privadas por el no cumplimiento de una reglamentación existente. El objetivo del litigio no es de imponer una sanción, sino establecer la interpretación correcta de un reglamento y determinar su contenido normativo. De la misma manera que en otras formas de regulación, el resultado final es un conjunto de normas detalladas que imponen comportamientos futuros. La diferencia es que la determinación de la norma final es a través de un precedente judicial, es decir, una norma creada por la decisión judicial luego de un debate entre las partes y, en algunos casos, luego de una negociación entre las partes que ofrezcan una conciliación al juez. En este último caso es el acuerdo, en que las partes negocian, que establece la nueva norma o una nueva versión de una antigua norma y que el juez acepta y transforma en obligatoria.

En el caso “Municipalidad de Berazategui” se plantea esta situación de una acción de clase iniciada por una autoridad gubernamental para asegurar el cumplimiento de una norma. Surgen dos interrogantes. El primero es determinar si un Municipio representa a todos o algunos de sus habitantes de manera que pudiera iniciar una acción de clase en su nombre. El segundo es si puede hacerlo en cuestiones que no sean de su competencia como órgano de gobierno, se recuerda que en este caso se trataba del Gobierno nacional. En este caso la situación se encontraba oscurecida por la existencia de una medida cautelar innovativa que tiene dudosa constitucionalidad en cuando a que puede tener efectos gravosos sin la posibilidad de defensa de la otra parte, lo que afecta el derecho de defensa.

La respuesta a la primera cuestión es que el Municipio puede iniciar una acción colectiva en representación de clase de todos o algunos de sus habitantes en los temas que son de su competencia constitucional o legal. De esta manera el órgano gubernamental se asegura el cumplimiento de sus normas y establece a través del debate en el proceso judicial, el contenido definitivo de las mismas. De lo contrario el debate judicial se produciría luego del intento de aplicación administrativa y se podrían producir dilaciones y decisiones judiciales contradictorias. Con una acción colectiva el órgano gubernamental se asegura tanto el contenido como la aplicación definitiva de la normativa en cuestión.

La Corte Suprema niega esta competencia a la Municipalidad porque está en consideración una actividad que corresponde al Gobierno de la Nación. De esta manera, señaló que: *Que de este modo, el debate gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual, la autoridad nacional referida cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el cual, a su vez, la accionada pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos.*

En suma la función de la Municipalidad está dentro de las competencias establecidas dentro de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y dentro de la Constitución Nacional en relación con los municipios y pueden iniciar una acción colectiva en representación de la clase de todos o algunos de sus habitantes en cuestiones que sean de su competencia. Pero no en temas que sean de la competencia de la Provincia o del Gobierno nacional. La capacidad de iniciar la acción judicial, colectiva o no, corresponde a los gobiernos según sus competencias para legislar en el tema.

En estas circunstancias una acción judicial colectiva por un órgano gubernamental evita la multiplicación de los procesos, que establezcan diferentes tarifas según las circunstancias ocasionales de cada actor. Según lo expresó la Corte en este caso: *Que ello también afecta las relaciones de competencia, protegidas como derecho de incidencia colectiva en la Constitución Nacional (art. 43), ya que no es posible competir en un mercado cuyos precios son fijados por los jueces en distintas jurisdicciones para uno de los oferentes y no para otros.*

Es decir puede haber una acción de clase iniciada por un organismo gubernamental pero exclusivamente dentro de los límites de su competencia constitucional y legal.

IX. La información adecuada a los integrantes de la clase. El registro público de acciones de clase

En el caso “Municipalidad de Berazategui” se planteó la cuestión de la duplicación o multiplicación de acciones de clase. La respuesta que dio la Corte Suprema es altamente elogiada y es la creación del Registro de Acciones Colectivas por la Acordada 32/2014. La creación de este Registro cumple una imprescindible actividad regulatoria de las acciones de clase que va mucho más allá de evitar su multiplicación en casos análogos. Podemos analizar algunas de las importantes consecuencias de la creación de este Registro:

La acción colectiva requiere la adecuada comunicación a los integrantes de la clase. Como la tarea de la notificación individual puede ser compleja, la Corte Suprema de EE.UU., estableció la doctrina del “esfuerzo razonable” (*Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 de 1974*) Como esos costos de notificación debían ser asumidos por los actores esto podía impedir el avance de la acción de clase. La propuesta que adelanta la Corte Suprema resuelve este posible conflicto a través de la creación de un Registro accesible a todos y que permita la consulta pública y asegure la debida difusión de la acción de clase entre todos sus integrantes. Permite que si alguien no desea participar en ella pueda excluirse sin perjuicio del avance de la causa para el resto de los miembros.

En la acordada 32/2014 se crea el Registro de Acciones Colectivas, en ella se había hecho referencia en la sentencia del caso “Municipalidad de Berazategui” como solución a la necesidad de: *Evitar el escándalo jurídico de sentencias contradictorias.*

Como fuente normativa la Acordada menciona que los procesos colectivos tienen su fuente en el art. 43 de la Constitución y en los precedentes reiterados de la Corte (Fallos 317:218 y sus citas)

Finalmente señala las características que tiene el Registro que se crea:

3º) Que las razones y propósitos que justifican la creación del Registro imponen otorgarle carácter público y gratuito, incorporándolo a la página web del Tribunal y habilitando su consulta por toda persona mediante un procedimiento sencillo, que será debidamente informado.

La existencia del Registro asegura que el juez pueda analizar las características y certificar la clase para luego enviar la correspondiente comunicación al Registro.

De esta manera la creación del Registro Público, reglamenta el reconocimiento y certificación de la acción colectiva, requiere que el juez reconozca o rechace la acción en las primeras instancias del proceso y también que asegure la adecuada representación la clase. Al mismo tiempo la autoridad del Registro, verificará la existencia de los requisitos al inscribir a la acción colectiva.

En el Reglamento del Registro de Acciones Colectivas se señala:

En el Registro se inscribirán ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordantes definiciones dadas por esta Corte en los precedentes “Halabi” (Fallos: 332:111) y P.361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21 de agosto de 2013.

2. La inscripción comprende a todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten —juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros— y el fuero ante el que estuvieran radicadas.

3. La obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

5. La autoridad responsable del Registro verificará, en el plazo de dos días, el cumplimiento de los recaudos contemplados y, de corresponder, mandará efectuar la inscripción pertinente, que se comunicará en el día al tribunal de la causa. Asimismo, en dicha oportunidad, hará saber la existencia de otras acciones que tengan similar o idéntico objeto.

6. Se inscribirán en el Registro las resoluciones ulteriores dictadas durante el desarrollo del proceso, que correspondan al desplazamiento de la radicación de la causa, modificación del representante de la clase, alteración en la integración del colectivo involucrado, otorgamiento, modificación o levantamiento de medidas cautelares etc.

El mal metafísico

Esta acordada cumple también con un objetivo de clarificación para la doctrina sobre los derechos de incidencia colectiva y los medios procesales para su protección. Hasta el presente las acciones de clase han tenido en nuestro derecho un desarrollo espontáneo, fueron previstas de manera esquemática en el art. 43 de la Constitución pero su definición surgió a través de demandas judiciales y su regulación fue producto de esos procesos. Son en esto similares al amparo, los *amicus curiae* y las acciones declarativas de certeza con contenido constitucional se establecieron por precedentes judiciales y no por la legislación. Este desarrollo espontáneo produce equívocos en la terminología utilizada que lleva en muchos casos a la confusión y a razonamientos innecesariamente complejos. Expresiones como derecho colectivos, efecto *erga omnes* y efecto expansivo de la sentencia pueden llevar a visiones erróneas de las acciones colectivas o de clase. Las palabras siempre tienen el contenido de su definición, pero si ésta no es clara su aplicación lleva a equívocos. Por ejemplo, los derechos son siempre individuales y pueden ejercerse siempre a través de procesos que las personas inicien individualmente. En el caso de las acciones de colectivas o de clase como consecuencia que resultado de una acción individual es tan reducido que la hace poco práctica se establecen acciones que incluyan todos los casos análogos. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que hay complejidades probatorias que hacen imposible que estos medios se reiteren y produzcan en incontables juicios, también en estos casos se admiten las acciones colectivas o de clase. Pero la acción individual no está prohibida.

La expresión “efecto *erga omnes*” corresponde a los derechos reales. En las acciones colectivas sus efectos se limitan a toda la clase que inició el juicio.

● VIENE DE PÁGINA 7

Finalmente el llamado “efecto expansivo” es aplicable a todos los precedentes constitucionales, en los que un fallo de la Corte Suprema es aplicado como una norma a todos los casos futuros. Esto ocurre independientemente que la demanda de origen sea

una acción colectiva o una acción individual. Simplemente un precedente constitucional es una norma aplicable para el futuro. Es cierto que en el caso de una acción colectiva el precedente se aplica directamente a todos los miembros de la clase y no es necesario iniciar nuevamente un pleito para asegurar el cumplimiento del precedente. Pero el precedente es aplicable de todas

maneras como la norma constitucional que en realidad es.

X. Reflexión final

En este caso “Municipalidad de Berazategui” sobre acciones de clase iniciadas por órganos de Gobierno se completan los precedentes anteriores y de determina el contenido de las

acciones colectivas. Al mismo tiempo la Acordada que crea Registro de Acciones Colectivas confirma que las acciones de clase están firmemente incorporadas al derecho argentino. Esperemos tengan la influencia benéfica que han tenido en otras jurisdicciones. ●

Cita on line: AR/DOC/3907/2014

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Derecho a la intimidad

Ex miembro de un grupo terrorista. Imágenes tomadas con cámara oculta. Responsabilidad de la cadena de televisión y la productora. Intromisión en los derechos a la intimidad, imagen y honor.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: Un individuo promovió acción contra un canal de televisión y una productora audiovisual a fin de reclamar un resarci-

miento por la intromisión en su vida privada, producida en virtud de la emisión, sin su autorización, de una grabación en las que reporteros le hacían preguntas sobre su pasado en el grupo terrorista (ETA). La Audiencia Provincial hizo lugar a la demanda, al considerar que había existido una ilegítima intromisión en el honor, imagen e intimidad del demandante. El Tribunal Supremo de España confirmó el decisorio, en lo principal.

1.- Un canal de televisión y una productora audiovisual deben resarcir los daños ocasionados a un antiguo miembro de un grupo terrorista —ETA— como consecuencia de la intromisión en los derechos

fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, pues grabaron y difundieron un video tomado mediante una cámara oculta, contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista, mostrando sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente.

2.- El canal de televisión y la productora audiovisual accionados vulneraron el derecho al honor del actor, al difundir su imagen tomada mediante una cámara oculta e incluir una frase refiriendo a que aquél se encontraba sujeto a la disciplina de un grupo terrorista al cual perteneció antiguamente, pues ello

se hizo claramente en su desprestigio y con una cierta carga de represalia por haberse negado a conceder una nota periodística.

118.128 — TS España, sala de lo Civil, 29/04/2014. - D. Jesús María Zubeldia Arandia c/ Antena 3 de Televisión, S.A. y Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.

Cita on line: ES/JUR/3/2014

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

NOTA A FALLO

Responsabilidad por el uso indebido de la cámara oculta en el periodismo de investigación

LESIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.— II. Concepto de periodismo de investigación.— III. La posición de los tribunales españoles en relación con el periodismo de investigación.— IV. Comentario.

Pedro Chaparro Matamoros (*)

I. Consideraciones preliminares

Uno de los formatos de programa televisivo que más éxito está alcanzando en la sociedad actual es aquel en el que se debate el resultado alcanzado en una investigación que trata de sacar a la luz un determinado fraude cuyo conocimiento se considera de importancia pública. El periodismo de investigación basa su éxito en una fórmula que mezcla, por una parte, el evidente interés de los ciudadanos en conocer los distintos tipos de fraudes ante los que se pueden encontrar; por otra parte, el periodismo de investigación vive también, y so-

bre todo, del morbo y la curiosidad ajena de los telespectadores, que desean conocer quiénes son los estafadores que se encargan de prestar los servicios irregulares: es decir, desean, como se dice coloquialmente, “ponerles cara”.

Es este segundo motivo el que más problemas jurídicos plantea. Y es que los reporteros que se encargan de realizar las investigaciones para sacar a la luz el fraude suelen proceder del siguiente modo. Se internan en la consulta o recinto que el supuesto estafador tiene habilitado para recibir a los clientes, y una vez allí, haciéndose pasar por uno de és-

tos, conversan con el estafador, haciendo hincapié en las cuestiones que puedan resultar de dudosa legalidad y en las condiciones del servicio prestado, especialmente el precio, que suele ser desorbitado. Lo característico de estos casos es que la conversación es grabada con una cámara oculta, que, en ocasiones, graba también el rostro y el cuerpo del interlocutor de los periodistas, que suele ser el estafador, aunque algunas veces es alguno de sus asistentes (secretarias, por ejemplo). Posteriormente, de las imágenes captadas se selecciona la parte más interesante de la conversación (generalmente, la más morbosa), y ésta es emitida en el programa posterior en el que se debate sobre la legalidad de las prácticas denunciadas.

Es aquí, precisamente, donde surgen los problemas de este tipo de periodismo. La grabación, en recintos privados, de la imagen y de la voz del supuesto estafador, entra en conflicto con los “derechos de la personalidad” (1) garantizados por el art. 18.1 de la Constitución Española (2) (CE, en adelante). Así, la emisión de la imagen del estafador choca con su derecho a la propia imagen (3); por otra parte, el hecho de poner en conocimiento público la actividad fraudulenta que venía desempeñando atenta contra su derecho a la intimidad (4), en la medida en que dicha actividad pertenecía al ámbito que aquél se había reservado frente al conocimiento y la acción de los demás; en fin, en estos casos puede quedar también vulnerado el derecho al honor (5), lo que se producirá, bien cuando en el programa los contortulidos emitan apelativos o calificativos injuriosos contra el estafador, o bien cuando se le imputen a éste, ya sea directa o indirectamente (es decir, de-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Becario de investigación F.P.U. del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Secretario de la Revista Boliviana de Derecho (rBD) y Secretario del Instituto de Derecho Iberoamericano.

(1) Sobre el concepto de “derechos de la personalidad”, MILLÁN SALAS, F. y PERALTA ORTEGA, J. C.: “El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental”, Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 5, 1995, p. 207, ponen de relieve las distintas terminologías empleadas por los autores para referirse a ellos: así, hay quien se refiere a ellos con el término genérico y amplio de “Derechos fundamentales”; otros, en cambio, hablan de “derechos individuales”; en fin, los hay también que se refieren a ellos como “bienes de la personalidad”.

(2) A este respecto, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “Empleo de cámaras ocultas en reportajes periodísticos”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2/2009, p. 23, pone de manifiesto que: “Tanto desde el mundo del Derecho como del Periodismo, voces autorizadas cuestionan la generalización de esta técnica, preguntándose si puede sacrificar-

se, siempre y en cualquier caso, el derecho a la intimidad en beneficio de la libertad de información”.

(3) Muchas han sido, desde antiguo, las dificultades existentes para perfilar el concepto de este derecho respecto a los derechos al honor y, especialmente, a la intimidad. Y es que la autonomía del concepto del derecho a la propia imagen siempre ha sido una cuestión discutida y sobre la que no ha existido unanimidad en la doctrina. Es tal la confusión entre el derecho a la propia imagen por un lado, y los derechos al honor y a la intimidad, por otro, que en el ámbito periodístico suele decirse, de manera poco apropiada, que la difusión de noticias que atacan el buen nombre de la persona vulneran su imagen, cuando *stricto sensu* lo que se lesiona es el derecho al honor. Con todo, en nuestros días la cuestión de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen se encuentra ya superada. A ello contribuyó, de manera decisiva, que el Tribunal Constitucional se pronunciara expresamente sobre la cuestión. Así, en la STC núm. 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81), el Constitucional define el derecho a la propia imagen como: un derecho que “que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales

que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.—, perseguida por quien la capta o difunde”. En lo que se refiere a la autonomía del derecho a la propia imagen, el Tribunal Constitucional incide en que: “En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo”, si bien reconoce que “en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional”. No obstante, a pesar de esa indiscutida relación, el Tribunal Constitucional diferencia los ámbitos que protegen cada uno de los citados derechos aseverando que: “lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salva-

guardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo”.

(4) El concepto de intimidad hace referencia, estrictamente, a aquel ámbito de la vida de una persona que ésta desea que sea privado, en el sentido de encontrarse fuera del alcance y conocimiento de terceros. No obstante, la doctrina ha puesto de manifiesto que en la actualidad se asiste a una expansión del concepto de intimidad, que conecta con la noción de inviolabilidad del domicilio en sentido amplio. Así, LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., “Nueva concepción del derecho a la intimidad. Comentario a la STS Sala 1ª, de 29 de abril (RJ 2003, 3041)”, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, vol. VII, 2003, p. 199, afirma que: “de un tiempo a esta parte, una corriente doctrinal, destacando la vinculación del derecho a la intimidad con el libre desarrollo de la personalidad, abogaba por una ampliación o desarrollo de este contenido, en aras de integrar también aquellos supuestos de inmisiones que afectasen gravemente al área vital de la persona”, como podrían ser unas inmisiones sonoras excesivas en el domicilio de una persona que redujeran su calidad de vida.

(5) Derecho que, desde una perspectiva constitucional, ampara “la buena reputación de una persona, protegién-

jándolo entrever), actividades que realmente no lleva a cabo.

II. Concepto de periodismo de investigación

1. La denuncia social como origen del periodismo de investigación

El objetivo del periodismo de investigación es, precisamente, la denuncia social de determinadas actividades fraudulentas que están siendo llevadas a cabo, y que, habida cuenta el perjuicio que pueden suponer para quien las contrata, normalmente económico o para la salud, se considera que deben ser conocidas por el público en general. La denuncia social se erige, por tanto, en el motivo original que impulsa al periodismo de investigación. Sin la existencia de fraudes que tratan de ocultarse y de mantenerse al margen de la sociedad, el periodismo de investigación no tendría sentido.

2. La proliferación de programas en que se emiten reportajes de investigación: el ánimo de lucro de las productoras de televisión

No obstante, lo cierto es que el periodismo de investigación no vive ajeno a la mercantilización que ha sufrido la sociedad. En este sentido, el periodismo de investigación resulta, en muchos casos, un “caramelo” para las productoras de televisión, cuyo ánimo de lucro resulta imparable. Y es que los programas en los que se emiten reportajes de investigación suelen obtener unos índices de audiencia considerables, lo que se traduce en beneficios para las productoras de televisión (6).

Lo anterior se muestra claramente en una situación fáctica. Y es que, a pesar de la proliferación de condenas por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y, principalmente, a la propia imagen, las productoras de televisión no renuncian a seguir emitiendo unos programas que les reportan mayores beneficios que el coste en letrados que deban

asumir y de las eventuales indemnizaciones que deban pagar (7). Con todo, el sistema se mantiene porque, en cierta manera, beneficia a todas las partes implicadas (8).

3. La delimitación del periodismo de investigación respecto al periodismo convencional

El periodismo de investigación puede considerarse, en mi opinión, como un nuevo género periodístico. Ya no se recurre a él únicamente cuando surge un escándalo público que deba ser investigado, sino que se utiliza también, y cada vez más, con carácter proactivo, es decir, se usa para tratar de descubrir fraudes de los que la sociedad debe hacerse eco. Ésta es precisamente su diferencia característica respecto del periodismo convencional, esto es, el hecho de que no informa sobre hechos o sucesos cotidianos, sino sobre fraudes o escándalos que por su relevancia social resultan de interés público (9).

En la medida en que se trata de un género específico de periodismo, tiene ciertas particularidades respecto al periodismo convencional. Y la principal, como han puesto de manifiesto Díaz Güell y Suárez Espino (10), es la relativa al factor tiempo. Un reportaje de investigación necesita su tiempo. La búsqueda de pistas, la obtención de testimonios de las víctimas del presunto estafador o de alguno de sus empleados, la selección de las imágenes grabadas para su posterior emisión..., son todos ellos elementos que aconsejan que un reportaje de investigación deba efectuarse en un determinado plazo de tiempo.

Es decir, al contrario que en el periodismo convencional, acuciado por la continua aparición de noticias (tanto nacionales como internacionales) que obliga a los periodistas a cubrir las con todo tipo de urgencias, el periodismo de investigación es un proceso largo, en el que no existe ninguna presión más allá de la que se autoimponga el periodista de lograr un buen reportaje.

4. Clases de periodismo de investigación

Es habitual distinguir en esta sede entre dos supuestos de periodismo de investigación. Por un lado, el periodismo de investigación que tiene como objeto la denuncia social de determinados servicios fraudulentos, que, como ya se ha tenido ocasión de señalar, utiliza el siguiente *modus operandi*: un periodista se introduce con una cámara oculta en la clínica, recinto..., donde se prestan los referidos servicios y, haciéndose pasar por un cliente interesado en contratar el servicio, graba la conversación con el estafador. En dicha conversación, para que quede patente el fraude, el periodista incide en aquellas cuestiones que puedan resultar de dudosa legalidad y en las condiciones del servicio, especialmente el precio. Además, en algunas ocasiones se graba también el rostro y el cuerpo de los interlocutores de los periodistas. La información obtenida es primaria, de “primera mano”.

Por contraposición al anterior se encuentra el periodismo de investigación que tiene como objeto la crítica de los comportamientos éticos de los políticos. Este periodismo de investigación, a diferencia del que tiene por objeto la denuncia social, utiliza un método consistente en la “reconstrucción” de los hechos, en el que predomina la información secundaria y el uso de cámaras ocultas no es frecuente. Generalmente, se utiliza en los casos de corrupción política o de escándalos similares que salpican a los políticos, procediendo del siguiente modo: una vez producido el escándalo, se investiga sobre cómo tuvo lugar, reproduciendo de forma aproximada todas aquellas conversaciones importantes que mantuviera el político implicado con terceras personas (11).

Sin perjuicio de la clasificación anterior, no quedaría analizado de forma completa este apartado si no se abundara en los diferentes temas o supuestos que suele abordar el periodismo de investigación que tiene por objeto la

denuncia social. Lo cierto es que, habida cuenta la ingeniería humana y el desarrollo de las comunicaciones (especialmente Internet), los fraudes sobre los que puede tratar el periodismo de investigación de denuncia social son cada vez mayores, de forma que carecería de sentido ofrecer una clasificación estanca de los mismos. Su carácter dinámico aconseja, por tanto, la elaboración de una lista que configure, no una casuística cerrada, sino un *numerus apertus*.

Así, y como temas más destacados de este tipo de periodismo, podemos citar: a) La prestación de servicios sin estar cualificado profesionalmente para ello (por ejemplo, desempeñar la profesión de fisioterapeuta sin contar con la titulación oficial exigida (12); o atribuirse poderes de parapsicología, sanatorios de cualquier dolor o defecto físico o erradicadores de cualquier tipo de presencia espiritual (13)); b) La prestación de servicios relacionados con la salud (generalmente operaciones de cirugía estética (14) careciendo de las instalaciones y del material adecuado, lo que puede traducirse en todo tipo de problemas para el paciente (riesgos, contagios, enfermedades, etc.); c) El tratamiento otorgado a ancianos en centros y residencias de la tercera edad (15); d) La utilización de métodos basados en el acoso para la contratación de determinados bienes y servicios cuya necesidad suele ser nula (16); o, en fin, e) La utilización de Internet para cometer fraudes, como, por ejemplo, el *phishing* (17).

III. La posición de los tribunales españoles en relación con el periodismo de investigación

Como he tenido ocasión de explicar, en los últimos años se ha producido un auge de este formato televisivo, que ha ido acompañado del uso, a la hora de obtener información, del método consistente en la cámara oculta (18). Método que, como se puede intuir, puede resultar lesivo de ciertos derechos fundamenta-

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

dola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el público por afrentosas”. V. en este sentido SSTC núm. 107/1988, de 8 de junio (RTC 1988, 107); núm. 185/1989, de 13 de noviembre (RTC 1989, 185); núm. 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171); núm. 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 172); núm. 223/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 223); núm. 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 170); núm. 139/1995, de 26 de septiembre (RTC 1995, 139); núm. 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176); núm. 3/1997, de 13 de enero (RTC 1997, 3); núm. 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180); núm. 52/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 52); núm. 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9); y núm. 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51). El honor es un derecho cuya protección en los tribunales atiende, al igual que sucede en el caso de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, a la existencia de un acto, con trascendencia pública, que lo lesiona. A este respecto, SUÁREZ OJEDA, M., “La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)”, Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 84, 1994 (reseña de GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La degradación del derecho al honor: honor y libertad de información”, Civitas, Madrid, 1993), p. 681, considera que: “Sobre todo lo que afecta al honor es la publicidad; por ello la mayoría de los conflictos con respecto al honor no suelen ser entre particulares, sino personas que ven afectado su honor por la actividad de los medios de comunicación social. Ello tiene dos explicaciones: primero, indudablemente es más grave y hay argumentos ciertos y comprobables de la existencia de la trasgresión, y segundo, convierte al ataque en público y notorio”.

(6) Este hecho debe tenerse en consideración, a mi juicio, en una necesaria reformulación del concepto de periodismo de investigación. El ánimo de lucro de las productoras de televisión debe, por tanto, ser tenido en cuenta a la hora de enumerar los distintos motivos que impulsan un reportaje de investigación. Incluso, podría decirse que la denuncia social ha quedado desplazada, hasta el punto de convertirse, no en un fin en sí mismo, sino en un instrumento, es decir, en una “excusa” o pretexto buscado intencionadamente para emitir un programa que suele “disparar” los índices de audiencia.

(7) SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “El derecho a la imagen y a la intimidad a raíz de la STC de 16 de abril de 2012”, Diario La Ley, Año XXXIII, núm. 7900, Sección Tribuna, 12 julio 2012, p. 2, señala en este sentido que: “el ‘castigo civil’ a través de estas sentencias es corto e insuficiente, las indemnizaciones no superan los 30.050 euros, que para un medio de comunicación puede ser poco teniendo en cuenta la rentabilidad por audiencia que consigue y este castigo además es solidario entre todos los demandados (que suelen ser el medio de comunicación que lo proyecta, así como la productora que realiza la información e incluso el periodista) algo que también considero insuficiente, ya que puede obtenerse un pronunciamiento particular para cada demandado de acuerdo a cada hecho concreto lo que considero que sería más justo”. De la misma forma, JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M., “La ‘cámara oculta’ frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1ª, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)”, Diario La Ley, Año XXX, núm. 7152, Sección Tribuna, 8 abril 2009, pp. 1-2, aseveran que la cámara oculta se vale de la ventaja que le reporta “la incertidumbre del resultado de una eventual acción civil de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que, de prosperar, podría salirle hasta barata en comparación con las ganancias derivadas de la emisión”.

(8) Por una parte, las productoras y cadenas de televisión obtienen beneficios cuantiosos a pesar de tener que reparar, en ocasiones, los daños que hayan podido causar a los derechos de la personalidad de los estafadores. Por su parte, los estafadores, a pesar del daño padecido, y que puede reducir sustancialmente su prestación de servicios (habida cuenta que la sociedad ya está puesta al tanto del engaño o fraude), obtienen indemnizaciones sustanciales como consecuencia de la eventual intromisión en los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad.

(9) Por tanto, como advierten PONCE PEÑARANDA, C., MARTÍNEZ OTERO, J. y GARCÍA MOLINER, L., “La legitimidad jurídica y deontológica del uso de cámaras ocultas en periodismo”, RdNT, núm. 30, 2012, p. 23, el periodismo de investigación “se distingue del resto de géneros periodísticos fundamentalmente por su vocación de desenmascaramiento o denuncia, así como en la mayor profundidad en el tratamiento de los temas abordados”.

(10) DÍAZ GÜELL, L., “Periodismo y periodistas de investigación en España 1975-2000: contribución al cambio político económico y social”, Tesis Doctoral, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 19, pone de relieve que: “si hay algo que caracteriza al periodismo de investigación por encima de otras modalidades informativas, es el factor tiempo”, y añade que: “En la práctica diaria, el profesional de la información dedicado a investigar hechos o historias periodísticas encuentra un plazo límite de tiempo en el que debe escribir sus historias, plazo que por una mera cuestión de medios suele ser más estricto en la prensa semanal, que dispone de menos informaciones alternativas a la historia encargada y que puede, llegado el caso, forzar un poco más el sentido de las mismas. Por esto, se le tolera un ejercicio más laxo de la profesión de lo que se permitiría a un diario, dependiendo también de su fortaleza como empresa”. SUÁREZ ESPINO, M. L., “El tratamiento jurídico de las cámaras ocultas en el periodismo”, Diario La Ley, Año XXXI, núm. 7505, Sección Doctrina, 9 noviembre 2010, p. 1, ha afirmado, por su parte, que: “El reportero de investigación no está tan presionado por las prisas que impone la hora de cierre de las rotativas, puede profundizar en un asunto controvertido a través de un proceso de investigación que a menudo resulta lento y tedioso”. V. en el mismo sentido SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “El derecho a la imagen y a la intimidad a raíz de la STC de 16 de abril de 2012”, cit., p. 2.

(11) El objetivo, por tanto, no es la denuncia social de un fraude, sino simplemente mostrar a la sociedad cómo se produjo el escándalo y sus diferentes fases. Se trata, en consecuencia, y por así decirlo, de un periodismo de investigación *a posteriori*, en el que, de alguna manera, en la medida en que el escándalo ya se conoce, no es frecuente el uso de cámaras ocultas, pues el fraude del político ya ha sido sacado a la luz.

(12) V. en este sentido STS del Pleno núm. 1233/2009, de 16 de enero (RJ 2009, 419).

(13) V. en este sentido STS núm. 536/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4247). V. el comentario a esta sentencia de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009: Derecho sobre la propia imagen, captada por cámara oculta para difusión en reportaje televisivo de investigación”, CCJC, núm. 83, 2010.

(14) V. en este sentido STS núm. 336/2010, de 20 de mayo (RJ 2010, 3709).

(15) V. en este sentido STS núm. 522/2009, de 7 de julio (RJ 2009, 4456).

(16) Por ejemplo, el acoso telefónico que suelen padecer determinados colectivos, generalmente ancianos y personas pusilánimes, a quienes se les acaba convenciendo para la compra de bienes como enciclopedias o determinados electrodomésticos fuera de toda necesidad.

(17) Práctica consistente en solicitar datos confidenciales sensibles, tales como claves de usuario, contraseñas de cuentas bancarias, etc., para acceder a los espacios personales de las víctimas y, haciéndose pasar por ellas, realizar movimientos en beneficio del estafador, como pueden ser extracciones de dinero, compras, etc.

(18) En relación con la validez del uso de las cámaras ocultas en el periodismo de investigación, pueden consultarse, entre otros, los siguientes artículos: CARRILLO LÓPEZ, M., “El amarillismo no es periodismo de investigación”, Derecom, núm. 10, 2012; CONTRERAS NAVIDAD, S., “El uso legítimo de la cámara oculta en el periodismo de investigación”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1/2012; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., “Empleo de cámaras ocultas en reportajes periodísticos”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2/2009; JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M., “La ‘cámara oculta’ frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1ª, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)”, Diario La Ley, Año XXX, núm. 7152, Sección Tribuna, 8 abril 2009; MACÍAS CASTILLO, A., “Ilicitud de reportaje de investigación con cámara oculta: vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante”, Actualidad Civil, núm. 8, 2009; MAGDALENO ALEGRÍA, A., “La utilización de la cámara oculta en el periodismo de investigación: ¿el fin justifica los medios?”, Teoría y realidad constitucional, núm. 30, 2012; MIRANDA ESTRAMPES, M., “Legitimidad del empleo de sistemas de captación de la imagen y el sonido y su relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen”, Diario La Ley, Año XXXII, núm. 7674, Sección Tribuna, 15 julio 2011; REDONDO GARCÍA, M., “La cámara oculta. Entre la ley y la deontología”, Derecom, núm. 14, 2013; SUÁREZ ESPINO, M. L., “El tratamiento jurídico de las cámaras ocultas en el periodismo”,

● VIENE DE PÁGINA 9

les, lo que ha dado lugar a una reciente pero, ciertamente, ya consolidada, jurisprudencia en relación con esta materia.

1. El punto de partida del Tribunal Supremo: el carácter de ultima ratio de la cámara oculta

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo (19) sobre la cámara oculta no dejan lugar a dudas: admite su uso, pero un uso muy condicionado. Así, la doctrina del alto tribunal sobre la cuestión es muy clara y no admite fisuras: se admite que el uso de la cámara oculta pueda ser legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible (20).

En la práctica, sin embargo, su uso ha sido sancionado en los supuestos de periodismo de investigación de denuncia social, por entenderse que no resulta proporcionado. Eso sí, se acepta, explícitamente, un uso matizado de dicho método, en el sentido de distorsionar la voz y difuminar la imagen de la persona filmada, a efectos de hacerla irreconocible (21). A mi juicio, este punto es fundamental en relación con la lesión de los derechos de la personalidad. Si la imagen y el sonido se distorsionan hasta tal punto que la persona filmada resulte irreconocible, es evidente que no se estará lesionando su derecho a la propia imagen (22).

2. La doctrina del Tribunal Constitucional: la aparente prohibición del uso de la cámara oculta

Más contundente se ha mostrado el Tribunal Constitucional con el uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación. Así, como línea de principio, la STC 12/2012, de 30 de enero (23) (RTC 2012, 12), parece haber prohibido el empleo de la cámara oculta (24), habida cuenta, por una parte, el especial efecto intrusivo que tiene en los derechos de la personalidad; y, por otra, su carácter prescindible a los fines de denuncia social que tiene el “periodismo de investigación”. En este sentido, afirmó que en el caso no podía prevalecer la libertad de información, y ello “no sólo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva —la llamada cámara oculta— en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente

la utilización del método mismo (cámara oculta)”. Se observa, en consecuencia, la, a priori, prohibición radical de usar la cámara oculta, con independencia de que en el caso concreto concurría un elemento muy valorado por el Tribunal Supremo, a efectos de conceder primacía a las libertades de información y expresión, como es la relevancia pública de la información (25). Por otra parte, la prohibición parece proyectarse sobre el uso de la cámara oculta de forma integral, sin ninguna consideración acerca de la posibilidad de emplear métodos que distorsionen la voz y el sonido.

La sentencia es, desde luego, muy criticable, pues, conforme a lo dicho anteriormente, el empleo de una cámara oculta es intrusivo en la medida en que se produce una vulneración de los derechos a la propia imagen y a la intimidad, pero si se utilizan técnicas que distorsionen la imagen y el sonido, la utilización de la cámara oculta sería, a mi juicio, plenamente lícita (26).

Algo más de luz parecen haber arrojado las posteriores SSTC núm. 24/2012, de 27 de febrero (RTC 2012, 24), y núm. 74/2012, de 16 de abril (RTC 2012, 74), segunda y tercera, respectivamente, del Tribunal Constitucional en pronunciarse sobre este tema, y que, a pesar de mostrar continuismo con la anterior (lógico, por otra parte, habida cuenta la proximidad en el tiempo de sendas sentencias), sí que abordan expresamente la cuestión de la distorsión de la imagen y del sonido.

En este sentido, la STC núm. 24/2012, de 27 de febrero (RTC 2012, 24), parece admitir, a sensu contrario, que la utilización de dicha técnica habría sido suficiente para salvaguardar el derecho a la propia imagen. Así, afirma que: “Las imágenes [...] se obtuvieron y reprodujeron sin el consentimiento de la persona afectada y su emisión se efectuó [...] de manera que, si bien estaba algo difuminada parte del rostro, ello no impedía reconocer plenamente a la afectada”. De lo que parece desprenderse, a contrario, que si la difuminación hubiera impedido reconocer a la persona afectada, no se habría lesionado su derecho a la propia imagen.

Por su parte, la STC núm. 74/2012, de 16 de abril (RTC 2012, 74), señaló que: “Las imágenes, tal como también han declarado probado las resoluciones judiciales, se obtuvieron y reprodujeron sin el consentimiento de la persona afectada y su emisión se efectuó reproduciendo la representación de su aspecto físico sin matiz alguno, de manera que era patente la cognoscibilidad del recurrente”, de lo que puede deducirse que, si concurriera “matiz alguno”, es decir, si se hubieran distorsionado las imágenes y, en consecuencia, no hubiera sido posible reconocer a la persona filmada subrep-

tiamente, el derecho a la propia imagen no debería haber prevalecido sobre la libertad de información.

IV. Comentario

La sentencia que es objeto de este comentario no escapa a la doctrina recién explicada del Tribunal Supremo. Sin embargo, tiene matices propios, que explicaré a continuación, derivados del hecho de que el periodismo de investigación no es, como en la práctica totalidad de los supuestos que han llegado al Tribunal Supremo, de denuncia social, sino de reconstrucción de hechos históricos; en este caso, el reportaje abordaba la desaparición de tres jóvenes gallegos y de un terrorista en el año 1973.

Ello propicia que la ponderación de algunos elementos sea ligeramente distinta a la que se efectúa en el periodismo de investigación de denuncia social. Así, en los casos de denuncia social, el estafador no tiene el carácter de personaje público, lo que supone un grave inconveniente para las productoras y cadenas de televisión a la hora de justificar su aparición en el reportaje. Por lo demás, en los casos de denuncia social el interés general de la información está más difuso que en los supuestos de reportajes de reconstrucción de hechos históricos, en los que, en buena medida, se presume.

Aunque la ponderación de estos elementos no se suele realizar en abstracto y separadamente, sino como un todo, a efectos pedagógicos distinguiré en este breve comentario los aspectos que me parecen cruciales en este asunto, a saber: a) La posible justificación del empleo de la cámara oculta en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos; b) La consideración como personaje público de la persona cuya imagen es captada; y c) La información obtenida mediante el empleo de la cámara oculta.

1. La posible justificación del empleo de la cámara oculta en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos

Si en el periodismo de investigación de denuncia social la imagen de una persona es secundaria (importa más lo que se dice que quien lo dice), hasta el punto de que el uso de la cámara oculta desemboca prácticamente siempre en condena, en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos la imagen de las personas cobra una nueva dimensión. Y es que, cuando se investiga algún suceso con relevancia histórica (o un supuesto de corrupción), importa tanto lo que se dice como quien lo dice.

En estos casos, a mi juicio, la ponderación es mucho más complicada y debe merecer un

análisis más profundo de todas las circunstancias en juego. Ello es así porque aquí se entremezclan tanto personajes públicos como otros que no tienen tal carácter pero que igualmente pueden haber participado de los hechos. Entonces, el principal interrogante que se plantea es el siguiente: ¿puede un personaje público ver menoscabados sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en aras de obtener información de gran relevancia pública (27)? ¿Debe sacrificarse un interés individual de especial protección constitucional, prevaleciendo en tal caso el interés público? Para responder a lo anterior, debe partirse siempre de que la cámara oculta es un medio, como ha señalado el Tribunal Constitucional, especialmente invasivo en los derechos del art. 18, CE, lo que, a mi juicio, motiva que, en este tipo de periodismo, únicamente deba ser empleada para obtener información de gran relevancia pública que no pueda obtenerse de otra forma menos intrusiva.

Desde luego, la determinación de qué tipo de información pueda ser considerada como de gran relevancia o interés público queda al arbitrio del juzgador; sin embargo, puede aproximarse tal noción, entendiendo que la información de gran interés público es aquella que afecta a los intereses del Estado (y, por extensión, de sus ciudadanos). Desde esta perspectiva, lo serían supuestos como la investigación de casos de corrupción o de atentados terroristas, o incluso, como ocurre aquí, de desaparición de personas.

En el caso aquí analizado, es evidente que ese interés público cualificado concurre, pues se investiga sobre la desaparición de tres personas y de un terrorista que quedó sin esclarecer allá por 1973. Hasta tal punto, que ni siquiera el demandante lo discute en el proceso, aunque sí cuestiona la actualidad de los mismos. En relación con esto, el lapso de tiempo transcurrido desde el momento de sucesión de los acontecimientos hasta el momento de realización del reportaje tiene, a mi entender, ciertas consecuencias sobre las que luego volveré, pues hay personajes públicos que no ostentan tal condición eternamente.

Por tanto, la entrevista a los sujetos que intervinieron en aquellos hechos se antoja vital para esclarecerlos. Entrevista que, en muchos casos, será la única forma de obtener la información. Ocurre con frecuencia, sin embargo, que esta información no se suele conceder voluntaria y públicamente; en estos casos, el uso de la cámara oculta se hace necesario. Un uso que, con todo, deberá ser como último recurso (28) y, como se ha incidido, lo menos intrusivo posible (29).

{ NOTAS }

cit.; SUÁREZ VILLEGAS J. C., “El debate en torno a la utilización de la cámara oculta como técnica de investigación periodística”, *Comunicación y sociedad*, Vol. XXIV, núm. 2, 2011.

(19) Un análisis más detallado de los mismos puede consultarse en CHAPARRO MATAMOROS, P. y TALENS VISCONTI, E. E., “Problemas jurídicos que suscita el uso de las cámaras ocultas en el periodismo de investigación”, en *De Verda y Beamonte, J. R. (coord.), “El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 270-277.*

(20) V. a este respecto SSTS núm. 1233/2009, de 16 de enero (RJ 2009, 419); núm. 506/2009, de 6 de julio (RJ 2009, 4452), o núm. 225/2014, de 29 de abril (RJ 2014, 2670).

(21) Así, por ejemplo, la STS núm. 536/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4247), afirmó que: “La imagen del actor no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, y bien pudo difuminarse, como se hizo en el reportaje con la imagen de los propios reporteros”. De la misma forma, la STS núm. 506/2009, de 6 de julio (RJ 2009, 4452), incidió en que: “la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, pues, como se señala en la sentencia recurrida, nada aportaba al reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella, sin que por ello se resintiese la información transmitida”. En la misma línea, el Supremo consideró, en la STS núm. 201/2010, de 25 de marzo (RJ 2010, 2529), que: “existe intromisión en el derecho a la propia imagen, tanto en el momento de la gra-

bación como en el de la emisión del programa de televisión [...], máxime si existe la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos hasta hacerlos irreconocibles”. En fin, la STS núm. 336/2010, de 20 de mayo (RJ 2010, 3709), admitió también que: “la imagen de la actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer”, más aun cuando “existía la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos”.

(22) V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El derecho a la propia imagen”, en *De Verda y Beamonte, J. R., “Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 170; o PONCE PEÑARANDA, C., MARTÍNEZ OTERO, J. y GARCÍA MOLINER, L., “La legitimidad jurídica y deontológica del uso de cámaras ocultas en periodismo”, cit., p. 29.*

(23) Sentencia que resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la STS núm. 1233/2009, de 16 de enero (RJ 2009, 419), que, recordemos, abordó un supuesto en el que una periodista simuló ser una paciente para realizar un reportaje sobre los riesgos que pueden padecerse cuando alguien desempeña la profesión de fisioterapeuta sin titulación oficial.

(24) V. a este respecto GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “La prohibición constitucional del uso de

cámaras ocultas en el marco del periodismo de investigación”, *Derecom*, núm. 10, 2012; MIRANDA ESTRAMPES, M., “Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística. ¿Fin del periodismo de investigación?”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7839, Sección Tribuna, 17 abril 2012; y VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el empleo de “cámaras ocultas””, *Derecom*, núm. 10, 2012.

(25) Sobre este extremo, DEL RIEGO, C., “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de cámaras ocultas”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7814, Sección Tribuna, 8 marzo 2012, p. 11, considera, acertadamente a mi juicio, que es discutible que, “como apunta la sentencia, y teniendo en cuenta que analiza un caso muy concreto, con unas prácticas y un alcance muy limitado, no haya ningún interés público que pueda justificar el uso de cámaras ocultas. La veracidad y el interés público vienen siendo en la última jurisprudencia elementos que justifican en algunos casos que el derecho de información prevalezca sobre el derecho a la intimidad”.

(26) En este sentido, dice RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de un reportaje con utilización de una cámara oculta”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, p. 269, que: “No creemos que esté prohibida la utilización de la cámara oculta, sino la utilización de la cá-

mara oculta en la que se identifica plenamente a la persona captada y que no tiene relevancia pública, al no utilizarse ninguna técnica que permitiera ocultar, distorsionar o difuminar su imagen hasta hacerla irreconocible”. De esta forma, concluye el autor, “la técnica de la cámara oculta podrá ser adecuada cuando se difumine la imagen de la persona captada de tal manera que la haga irreconocible. En rigor, no hay conculcación del derecho a la propia imagen porque no hay verdaderamente una imagen que identifique a una persona”.

(27) El término “gran” relevancia o interés público lo uso como expresivo de un *plus* de importancia. No debe proteger, por tanto, cualquier información que pueda tener un interés público difuso, abstracto o indeterminado.

(28) Ello es así porque en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos, o de corrupción de políticos, el personaje cobra vital importancia, por lo que no tiene sentido distorsionar su imagen ni su sonido cuando lo que se busca es precisamente imputarle un fraude o atribuirle determinado acontecimiento histórico; en cualquier caso, aun difuminándose su imagen y distorsionándose el sonido, del contexto podría llegar a deducirse quién es, si se trata de un escándalo público o de un suceso histórico muy conocidos, ya que, en ambos casos, se suelen conocer también los participantes de la trama o del acontecimiento.

(29) El Tribunal Supremo ha deducido en algunos casos, erróneamente a mi juicio, un especial *plus* de reproche por haber sido usada la cámara oculta sin el conocimiento ni el

2. La consideración como personaje público de la persona cuya imagen es captada

Una cuestión sobre la que inciden la productora y la cadena de televisión demandadas, y que es negada por el demandante, es que éste ostenta la consideración de personaje público, que, en principio, supone cierto relajamiento en la protección de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por estar más expuesto a la crítica de la sociedad, en general, y de los medios de comunicación, en particular.

A) El concepto de “personaje público”

La delimitación del concepto de “personaje público” no es una cuestión sencilla(30), que ha tratado de ser resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo(31) y del Tribunal Constitucional(32). Con todo, podría decirse que: es personaje público aquella persona que tiene proyección pública, bien por razón de ejercer un cargo público (v. gr. políticos) o una profesión que tiene notoriedad pública (por ejemplo, deportistas), o bien por haber adquirido dicha proyección pública por otros medios (por ejemplo, por aparecer en programas de televisión o en la prensa rosa).

A título de ejemplo, se han reconocido como personajes con proyección pública los siguientes: un magistrado(33); un comisario de policía(34); el alcalde de La Coruña(35); una policía municipal(36); un afamado periodista deportivo(37); un arquitecto municipal(38); una concejal representante de un determinado partido político y diputada provincial(39); un personaje que aparece con frecuencia en la denominada “prensa rosa” o revistas del corazón(40); el Ministro del Interior(41); un

conocido “matador de toros”(42); etc. Como se observa, muchos de los personajes anteriores son funcionarios públicos(43).

Hay que precisar, por otra parte, que existe una gran dificultad para discernir qué informaciones de las que afecten a un personaje público tienen relevancia social, y cuáles, aun afectando a un personaje público, carecen de la misma. En este sentido, lo que no podría hacerse en ningún caso, en mi opinión, es ampararse en el carácter público de un personaje para realizar un reportaje de investigación que tuviera por objeto únicamente sacar a la luz aspectos íntimos de la vida privada del mismo(44), habiéndolo entendido igualmente así el Tribunal Constitucional(45).

Como conclusión de todo lo anterior, se ha de señalar que un personaje público, por la función que desempeña, es más vulnerable que un particular en lo referido a intromisiones en los derechos de la personalidad(46) (que son los más susceptibles de colisión con el derecho a la libertad de información). Ello, siempre y cuando se considere la vertiente o faceta pública de dicho personaje; en otro caso, es decir, en su vida privada, sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen deberán protegerse como si de un particular se tratara(47).

B) Los diversos grados de proyección pública y la pérdida del carácter de personaje público con el paso del tiempo

A la delimitación de la condición de personaje público realizada en el subepígrafe anterior deben añadirse algunas consideraciones, relativas a la permanencia de tal condición en el tiem-

po. Y es que, debe tenerse en cuenta que existen diversos grados de proyección pública, y que la condición de personaje público, en algunos casos (pensemos en funcionarios que se pasan al sector privado o que se jubilan), se diluye con el paso del tiempo hasta prácticamente desaparecer(48).

Es en esta tesitura donde se ha de analizar si posee el carácter de personaje público el ex miembro de la banda terrorista ETA cuya imagen es filmada y emitida posteriormente en televisión. Ciertamente, la pertenencia a una banda terrorista armada, que se caracteriza precisamente porque la mayoría de sus miembros viven en el mayor de los anonimatos de cara a la sociedad en general (no así en determinados círculos locales y entre los cuerpos de seguridad del Estado), no permite deducir la condición de personaje público. Condición que sí se tendría, en cambio, de ser un miembro dirigente de la misma y en caso de tener cierta proyección pública ante los medios de comunicación.

En el caso, parece que el ex miembro de ETA, si tuvo, en la década de los 70, cierta notoriedad y proyección pública, lo que autoriza a concluir que sí se está ante un personaje público; cuestión distinta es que deba intentar compatibilizarse tal condición de personaje público con el derecho al olvido de un individuo que fue amnistiado tiempo atrás y que, por tanto, saldó su deuda con la sociedad(49).

C) La inaplicación de la excepción prevista en el art. 8.2 LO 1/1982(50)

La LO 1/1982 contiene un precepto, el art. 8.2.a)(51), que permite la “captación,

{ NOTAS }

consentimiento de la persona filmada. Así, por ejemplo, en la sentencia aquí comentada, el Tribunal Supremo, justifica la desestimación de los motivos del recurso de casación de las codemandadas que impugnan la declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen aduciendo que: “se grabó y difundió la imagen del demandante no sólo sin su conocimiento, y por tanto sin su consentimiento, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él, mostrándose sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente”. No obstante, tal elemento de engaño o ardid es inherente a la cámara oculta, que, precisamente, debe su nombre (‘oculta’) a que se encuentra fuera del ámbito de visión y de conocimiento del sujeto cuya imagen es captada. Y, por otra parte, resulta claro y meridiano que el sujeto filmado nunca va a dar su consentimiento a la grabación cuando lo que se pretende es destapar hechos que le imputen algún tipo de delito o de actividad irregular. Por tanto, aunque se suele utilizar como argumento de refuerzo por el Tribunal Supremo, considero que no debería tenerse en cuenta pues el desconocimiento de la grabación y la falta de consentimiento a la misma forma parte de la idiosincrasia de la cámara oculta.

(30) Para más detalle, puede consultarse DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley”, en De Verda y Beamonte, J. R., “Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 260-261.

(31) Así, la STS, núm. 621/2004, de 1 de julio (RJ 2004, 4844) afirma que: “la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio”, proyección pública que puede provenir, bien “por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.” [STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9100)]; o bien por otras causas, en caso de que falte el cargo: “por sus relaciones amorosas, matrimonio, título nobiliario o belleza, etcétera”, siendo lo anterior, en todo caso, una “enumeración ejemplificativa” [STS núm. 982/2000, de 25 de octubre (RJ 2000, 8486)].

(32) El Tribunal Constitucional ha sido más “poético” a la hora de perfilar el origen de la proyección pública del personaje, afirmando, en su STC núm. 76/1995, de 22 de mayo (RTC 1995, 76), “que puede venirle dada por la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social y el papel que representa en este gran teatro del mundo, o puede ser sobrevenida, circunstancialmente, por

razón de acaecimientos ajenos a su voluntad y en cierto modo, a la de los demás. Unos y otros, quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con una inherente notoriedad pública y actúan en el escenario, real o metafóricamente, bajo la potente cegadora luz de la publicidad constante, es claro que han de aceptar, como contrapartida, las opiniones aun adversas y las revelaciones de circunstancias de su profesión e incluso personales”.

(33) V. en este sentido STC núm. 132/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 132).

(34) V. en este sentido STS núm. 851/1996, de 24 de octubre (RJ 1996, 8579).

(35) V. en este sentido STC núm. 192/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 192).

(36) V. en este sentido STS núm. 982/2000, de 25 de octubre (RJ 2000, 8486).

(37) V. en este sentido STC núm. 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49).

(38) V. en este sentido SAP Girona núm. 490/2002, de 7 de octubre (AC 2003, 117).

(39) V. en este sentido STC núm. 136/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004, 136).

(40) V. en este sentido STS núm. 185/2006, de 7 de marzo (RJ 2006, 1579).

(41) V. en este sentido STC núm. 216/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 216).

(42) V. en este sentido STS núm. 124/2009, de 25 de febrero (RJ 2009, 1624).

(43) Y es que en la noción de personaje público adquieren especial relieve estos sujetos, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, al considerar que: “En la categoría de ‘personajes públicos’ deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”. V. en este sentido SSTC núm. 148/2001, de 27 de junio (RTC 2001, 148) y núm. 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54).

(44) ALMAGRO NOSETE, J., “Más sobre el derecho a la intimidad de los ‘famosos’”, Diario La Ley, Año XXXII, núm. 7623, Sección Columna, 5 mayo 2011, p. 7, observa en este sentido que: “la vida del ‘famoso’, por su proyección pública exige la ponderación de un mayor número de matices para calibrar el ámbito de esta reserva”, para matizar seguidamente que: “Pero siempre habrá un núcleo irreductible de su intimidad que, si no ha sido expuesto,

por voluntad propia, a la curiosidad ajena, merece plena protección”. CARRILLO LÓPEZ, M., “La intimidad, las celebridades y el derecho a la información”, Diario La Ley, Año XXIX, núm. 6979, Sección Doctrina, 1 julio 2008, p. 2, apunta al hilo de esto que: “es evidente que la condición de conocido o famoso no hace perder los derechos a la intimidad y a la propia imagen”, y que “la fama no legitima cualquier acceso al ámbito de lo íntimo”.

(45) De esta forma, en relación con funcionarios, ha advertido que “en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1, CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera”. V. en este sentido SSTC núm. 192/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 192) y núm. 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54).

(46) Esto ha llevado a que, como pone de relieve MOLINER NAVARRO, R., “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en De Verda y Beamonte, J. R., “Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 50, se haya de “aceptar una cierta presunción a favor de la libertad de expresión e información cuando se trata de personalidades públicas y una presunción a favor del honor cuando se trata de personas no públicas”.

(47) Hay que advertir a este respecto que hay personajes públicos que deben su condición de tales precisamente a las vicisitudes que experimenta su vida privada, lo que da idea de la dificultad de la ponderación. La protección de los derechos de la personalidad quedará delimitada, entonces, con relación al ámbito que, por sus propios actos, mantenga el personaje público reservado para sí mismo o su familia. No es lo mismo un famoso que viva de vender exclusivas de sus relaciones íntimas, que otro que, aun debiendo su condición de personaje público a los avatares de su vida privada, trate de mantener ésta al margen de los medios de comunicación. Sobre esta cuestión se pronunció la STC núm. 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83), manifestando al respecto que: “la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afecti-

reproducción o publicación” de la imagen “cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. Este precepto se usa en el proceso por las codemandadas como habilitante de la filmación que se lleva a cabo, entendiendo que el sujeto filmado es un personaje público y que la galería de arte de su propiedad donde tiene lugar la filmación es un “lugar abierto al público”.

Sin embargo, el precepto, en puridad, lo que está protegiendo es la captación de la imagen de personajes públicos que tenga lugar en actos o contextos públicos. Se trata, por tanto, de un precepto al servicio de la libertad de información(52), derecho que tiene un valor preferente dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

Por tanto, a tenor de lo anterior, la situación aquí considerada difícilmente (por no decir que de ninguna manera) puede tener cabida en el art. 8.2.a), LO 1/1982. Y es que, a la luz de las circunstancias, no puede decirse que el lugar donde transcurre la entrevista con cámara oculta sea un lugar público, por más que se empeñen las codemandadas en justificar este extremo. Una galería de arte es un lugar público, no cabe duda; sin embargo, la conversación tuvo lugar, según parece, en el despacho del demandante, lugar que, aunque expuesto a la entrada de terceras personas, debe considerarse privado, por no formar parte del recorrido de las personas que visitan la galería de arte(53).

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 12

vas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

(48) Evidentemente, a nadie se le escapa que no tienen la misma proyección pública un presidente del gobierno, que un funcionario que trabaje diariamente en el anonimato. La importancia y el interés público de los acontecimientos relacionados con el primero perdurarán en el tiempo mucho más que en el caso de las personas que sean consideradas personaje público en sentido amplio.

(49) En relación con el derecho al olvido, resultan especialmente interesantes las aportaciones de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias”, Thomson Reuters Aranzadi, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Cizur Menor, 2012, pp. 76-84. Es de destacar también, en lo que se refiere al derecho al olvido en Internet, la reciente e importantísima STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, que, en síntesis, ha venido a declarar que: “el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona”.

(50) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546-12548.

(51) V. el comentario a este precepto de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.a de la L.O. 1/1982)”, Revista de Derecho privado, Año núm. 95, Mes 2, 2011.

(52) En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley”, cit., p. 259, señala que esta previsión legal [el art. 8.2.a) LO 1/1982] “descansa en la presunción de que, en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información protegida por el art. 20.1.d) CE, la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica”.

(53) A este respecto, es muy ilustrativa la doctrina contenida en la STS núm. 1144/2008, de 28 de noviembre (RJ 2009, 1352), según la cual “no cabe entender como ‘lugar abierto al público’ todo aquél al que cualquier persona

