

Libros de **Cátedra**

Reformas al Derecho Comercial

Algunas modificaciones introducidas por el código civil y comercial de la Nación

A. B. Pérez Cassini y M. G. Bacigalup Vertíz
(coordinadores)

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

REFORMAS AL DERECHO COMERCIAL

ALGUNAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Analía B. Pérez Cassini
Mario G. Bacigalup Vertíz
(coordinadores)

Cátedra II de Derecho Comercial I
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Indice

Capítulo 1 _____ **5** **Sobre unificación de las normas Comerciales y Civiles**

Mario G. Bacigalup Vértiz

Ubicación del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	5
Los antecedentes del Derecho Comercial	5
Los sujetos del antiguo Derecho Comercial en el NCCC	7
¿Qué es realizar una actividad económica organizada?	9
¿Qué se entendía por empresa?	10
Definiciones de empresa, y conceptos jurídicos	11
La noción de empresa en el NCCC	12
En cuanto a la “materia” del comercio	14
El problema de la subsistencia de la “materia comercial” en el código unificado	14
Las normas atributivas de jurisdicción	14
Sobre la subsistencia en el NCCC de normas comerciales en sentido sustancial	16
La definición de “derecho comercial”	18
Reglas aplicables a las relaciones jurídicas comerciales en el nuevo código	20
Referencias	23

Capítulo 2 _____ **24** **Contrato de transporte de personas y la Reforma Civil y Comercial**

Andrés Cantelmi

Introducción	24
El contrato de transporte terrestre de pasajeros	25
Su regulación actual, comparación con su anterior regulación en el Código de Comercio	25
La responsabilidad del transportista. Sistema legal	33
El Código de Comercio	33
Regulación actual	34
Tratamiento jurisprudencial	37
Transporte de equipaje	38
Costos del sistema de responsabilidad para el transportista terrestre para la sociedad	40
Subsidios otorgados por el Estado Nacional al Autotransporte Público de Pasajeros	41
Incidencia de las indemnizaciones a pasajeros en los subsidios. Monto	42
Evaluación de la conveniencia de modificación del sistema	43
De lege ferenda	46
Referencias	48

Capítulo 3 _____ **49** **Tratamiento de los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial de la Nación**

María Cecilia López y Mario G. Bacigalup Vértiz

Parte General	49
Introducción: legislación que incide en materia bancaria	49
Legislación de Defensa del Consumidor sobre operatoria bancaria	51
Contratos Bancarios en Particular	54
Los contratos bancarios regulados en el nuevo Código: su ubicación y tratamiento	54
Depósito bancario	56
Cuenta corriente bancaria	57

Aspectos Generales	57
Intereses	60
Responsabilidad solidaria	61
Propiedad de los fondos	61
Extinción del contrato de cuenta corriente bancaria	62
Reglas subsidiarias	63
Resúmenes bancarios	64
Compensación de saldos	65
Ejecución de saldo deudor. Certificado de deuda	65
Garantías	66
Prescripción acción cobro del certificado	67
Prescripción de la acción de rectificación	67
Descuento bancario	68
Préstamo bancario	69
Apertura de crédito	71
Servicio de caja de seguridad	72
Custodia de Títulos	73
Otras reformas que afectan a la actividad bancaria	75
Modificaciones al régimen de obligaciones de dinero	75
Modificaciones al régimen de obligaciones en moneda extranjera	77
El régimen de responsabilidad patrimonial	79
Referencias	81
Capítulo 4	83
Paradigmas de la Ley de Sociedad que impactan en el derecho privado	
<i>Analía B. Pérez Cassini</i>	
Introducción a la temática	83
La innovación en la constitución de las sociedades anónimas con un solo socio. Sociedades Unipersonales	86
La tipicidad y su revisión. Supresión de las Sociedades de Hecho e Irregulares y de las Sociedades No Constituidas Regularmente. La Sociedad Simple, Residual como Novedad en las Sociedades del Capítulo IV. La desaparición de las Sociedades Civiles1.5.- La registración societaria: Desaparición del Registro Público de Comercio.- Inscripciones en el Registro Público conforme denominación adoptada por la Ley 26994	92
La registración societaria: Desaparición del Registro Público de Comercio. Inscripciones en el Registro Público conforme denominación adoptada por la Ley 26994	98
Capacidad de las sociedades: Socios herederos menores, e incapaces con capacidad restringida. Las Sociedades entre Cónyuges. Modificación al art. 30 de la Ley General de Sociedades	101
Capacidad para ser socio	101
Las Sociedades entre Cónyuges	102
Modificación al art. 30 de la Ley General de Sociedades	103
Disolución y Liquidación de las Sociedades. Situación de la Sociedad devenida Unipersonal	103
Referencias	105
Los autores	106

Introducción

Teniendo en cuenta el ofrecimiento que nos hiciera la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP a los Profesores de esta Unidad Académica, por iniciativa de la Universidad Nacional de La Plata y de la Editorial Edulp para la confección de un Libro de Cátedra abarcativo de los distintos aspectos de nuestra Asignatura, los distintos actores que conforman la Cátedra hemos condensado en este trabajo, los diferentes contenidos del programa, que a la luz de las Reformas introducidas por la ley 26.994 -que deroga el Código de Comercio de la República Argentina y a su vez Unifica los Códigos Civil y Comercial en un sólo cuerpo normativo-, orienten a los alumnos en su estudio y comprensión, sin excluir a todos aquéllos profesionales que estén interesados en la actualización de temas vinculados al derecho comercial.

Para ello hemos tenido en consideración la dificultad por la que atraviesan los alumnos al momento de ubicar la bibliografía acorde con el desarrollo que demandan los temas curriculares, su novedad y dispersión

En tal sentido, no dudamos en brindarles esta posibilidad y así dotarlos de una herramienta de fácil accesibilidad, que les permita la comprensión de cada uno de los distintos módulos que contiene la materia.

Y dado que la era digital es la que se impone en la actualidad, ofrecemos desde la Cátedra de DERECHO COMERCIAL I, la posibilidad de consultar este Libro en su versión *on line*, cumpliendo con los objetivos trazados en la elaboración de este trabajo.

Su contenido abarca distintos aspectos que van desde la parte General en el Código y que hemos denominado Ubicación del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo con los Contratos de transporte y bancarios, para finalizar con las modificaciones realizadas a la Ley de Sociedades 19.550 en su parte General, que ahora pasa a denominarse “Ley General de Sociedades”.

Sirva entonces esta contribución para el acercamiento del alumno con los profesores en el estudio y comprensión de estas modificaciones introducidas por la ley 26.994, sin excluir por ello a todas aquéllas personas que deseen consultar el contenido de esta obra.

CÁTEDRA II DE DERECHO COMERCIAL I
Facultad Cs. Jurídicas y Sociales
UNLP

CAPITULO 1

Sobre Unificación de las Normas Comerciales y Civiles

Mario G. Bacigalup Vértiz

Ubicación del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Una lectura apresurada del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (NCCC) podría dejar como impresión que han desaparecido los contenidos de lo que en el marco del derogado Código de Comercio, se podía denominar el “estatuto del comerciante” (la definición de comerciante, la determinación de sobre quién o quiénes recae la carga de registrarse, de llevar contabilidad, de rendir cuentas, si existe o no una jurisdicción comercial, etc.).

Sin embargo, para orientarse en la búsqueda dentro de la nueva legislación, de lo que se daba en llamar la “materia comercial”, es necesario recordar brevemente algunos aspectos de la aparición en la tradición jurídica de occidente, de lo que se denomina el Derecho Comercial.

Los antecedentes del Derecho Comercial

Los orígenes del Derecho Comercial los encontraremos en aquel momento de la historia de Europa en que en la Baja Edad Media (a partir de los siglos XI o XII aproximadamente), y en el marco de una sociedad feudal en cuanto a su organización política y económica, algunas villas (denominadas entonces *burgos*, por cuanto estaban rodeadas de murallas protectoras) empiezan a obtener de los señores feudales autorizaciones para organizar algunos aspectos de su vida local.

En efecto, la sociedad feudal suponía una estructura en la que todo el territorio de Europa pertenecía teóricamente a una autoridad política (el rey o el emperador), que (generalmente luego de haber conquistado un territorio), otorgaba a sus principales colaboradores militares (condes, duques, marqueses, etc.), un derecho a explotar económicamente esos territorios

(derecho que con el tiempo se hizo hereditario por haberse incorporado al patrimonio de estos sujetos), con la obligación de concurrir a asistirlo militarmente en sus campañas (pacto de vasallaje). Ese vínculo se replicaba hacia el interior de ese territorio, donde los habitantes, juraban a su señor integrarse a los ejércitos cuando les fuera requerido, y cuando no debían cumplir con ello, se dedicaban manualmente a las tareas y labores agrícolas, por las que pagaban un tributo a su señor, generalmente en especie (eran los siervos de la gleba). Al costado de ese poder político, existía otro poder, que si bien era de tipo religioso, a la cabeza del cual se encontraba el Papa, y en los niveles inferiores los obispos y otros preladados inferiores, también disponían de territorios sobre los cuales podían exigir tributos a sus habitantes. Entre estas “dos espadas” que se disputaban el poder, aparece en el momento antes señalado, un tercer ámbito de poder político (aunque mucho más acotado), que es el de los burgos o ciudades.

Estas ciudades obtenían una delegación de poder de algunos de los otros poderes de la época (el señor feudal, el rey, el emperador, o algún obispo), respecto de su organización local. Las ciudades, por su parte, resolvían sus cuestiones internas, sobre la base de la reunión de representantes de los distintos gremios que nucleaban a las distintas profesiones. El gremio de los comerciantes era uno de ellos. Y dentro de la organización del gremio de los comerciantes, éstos contaban con la “concesión” (por parte del señor feudal) del derecho de dirimir sus disputas por medio de tribunales propios (no los que organizaba el señor feudal). La competencia de los tribunales de comercio surgía del “estatuto” del gremio, que delimitaba cuáles asuntos quedaban excluidos de la “jurisdicción ordinaria” (los tribunales del señor feudal), sobre la base de que el criterio principal de competencia, era que se tratara de conflictos “entre comerciantes”. Pero dichos tribunales aplicaban como criterios de solución, “costumbres”. Tal era la idea del derecho en ese entonces: el derecho era algo que se daba por conocido por todos (concepción de un derecho natural); no existía la idea de que la ley debiera ser sancionada por un legislador. De modo que el origen de lo que después se llamó “derecho comercial”, fue el de un conjunto de reglas e instituciones de tipo profesional, en el marco de una sociedad profundamente estratificada, como fue la del feudalismo. Recién después del iluminismo, de la Revolución Francesa, la influencia de la burguesía que afirmaba su poder en Europa, etc., se impone la derogación de dichas instituciones, y surge intención de abolir para siempre un derecho de costumbres, y reservar para el nuevo Estado nacional soberano, el monopolio de “sancionar” la ley (por medio de las nuevas instituciones de la división de poderes). Así es como se legisla y codifica por un lado, el derecho que había sido aplicado por los tribunales de los señores y príncipes (que habían seguido aplicando el Derecho Romano, según se conoció en la Edad Media); a esto se lo llamó el Derecho Civil (el Código Napoleón de 1804). Y por otro lado, se codificó el derecho que habían aplicado los tribunales comerciales (esto es las costumbres comerciales desarrolladas sobre las “nuevas instituciones” que no habían conocido los romanos: la letra de cambio, ciertos tipos societarios basados en la “solidaridad”, la quiebra, etc., y el llamado “estatuto” de los comerciantes): a esto se lo llamó Derecho Comercial (el Código dictado en Francia en 1807).

En una primera etapa, sobre finales del siglo XIX, a la doctrina comercialista le pareció interesante la idea de separar al nuevo Derecho Comercial de sus orígenes feudales. Así fue

como se hizo hincapié en el carácter “objetivo” de esta nueva disciplina, en el sentido de que ya no era el régimen legal de tipo “profesional” aplicable a los miembros del gremio (razón por la que se lo había considerado un régimen de tipo “subjetivo”), sino las normas aplicables a cualquier ciudadano que realizara “actos de comercio” (los que a su vez eran declarados tales por el legislador; ejemplo, el art. 8 del viejo Código de Comercio). A este proceso, se le agregó el hecho que los sucesivos códigos dictados en los demás países de Europa y en las ex colonias de Sudamérica, durante el siglo XIX, agregaron (por razones circunstanciales), una regulación de los contratos que se llamaron “comerciales” (que no aparecían en el Código de Comercio francés, puesto que estaban regulados en el código civil: tal el caso de la compra venta, el mutuo, la prenda, etc.). Cuando esos países sancionaron luego sus códigos civiles (con su régimen de contratos incluido), el derecho privado de muchos países (como el nuestro) quedó sometido a una doble regulación de los contratos (los civiles y los comerciales). Esta doble regulación de los contratos, superadas las razones históricas que la originaron, empezó a verse como inadecuada. Así durante, la primera mitad del siglo XX, países como Suiza (1912) e Italia (1942), iniciaron el camino, luego seguido por numerosos países, de la unificación del derecho civil y comercial.

En este contexto, el legislador del NCCC decidió unificar en nuestro país las obligaciones y contratos comerciales con los civiles, pero apartándose del modelo del Código Civil italiano de 1942, que tomaba al concepto de “empresa” como eje del llamado “estatuto del comerciante”. En este aspecto se siguieron los antecedentes de los anteriores proyectos nacionales de unificación.

Los sujetos del antiguo Derecho Comercial en el NCCC

Ahora bien: una de las primeras preguntas que surgen a la hora de tratar de entender qué lugar ocupan las cuestiones que formaban parte de la problemática del Derecho Comercial en el nuevo Código, es la relativa a cómo está regulado el papel del sujeto de dicha disciplina.

En una primera aproximación puede desconcertar que el legislador utilizó un criterio clasificatorio, en cuanto a la inserción en el nuevo ordenamiento de las reglas correlativas de las que se conocían como “estatuto del comerciante”, que puede desorientar a quien se guíe por la estructura conceptual de la tradición del Derecho Comercial. En efecto, el legislador no insertó las normas sobre las que nos preguntamos en el párrafo anterior, en un apartado referido a ningún tipo de sujetos (puesto que solo reconoce como tales a las personas humanas y a las jurídicas). Prefirió hacerlo -si bien en el Libro Primero dedicado a la Parte General, donde trata de la Persona Humana y de la Persona Jurídica- en el Título IV, dedicado a los Hechos y Actos jurídicos, Capítulo 5, sobre los Actos Jurídicos, Sección 7ª titulada “Contabilidad y estados contables”. Se apartó del criterio seguido por el antecedente del Código Civil Italiano de 1942, que legisla sobre la “empresa comercial” y sobre “otras empresas sujetas a registración” en el capítulo tercero del Título II (sobre el Trabajo en la empresa), del

Libro Quinto (sobre el Trabajo)¹. De esta forma siguió la solución adoptada por los anteriores proyectos de unificación de nuestro país)².

Esta apreciación sobre la clasificación de los sujetos de las regulaciones del “viejo Derecho Comercial”, no implica sostener que haya una única manera de clasificar y ordenar las materias de un cuerpo normativo. Por el contrario: no hay clasificaciones “verdaderas” y clasificaciones “falsas”. En todo caso, las clasificaciones pueden ser más o menos útiles, según distintos propósitos. Pero esta decisión, aunque pueda traerles alguna dificultad al estudiante y a quien se acerca a la lectura del Nuevo Código por primera vez, no tiene alcances en cuanto al contenido normativo de la regulación.

En efecto, el legislador establece qué sujetos deberán tener que llevar contabilidad. Y así empieza esta sección en el artículo 320: “Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.”

El artículo establece tres supuestos respecto de quiénes deberán llevar contabilidad: a) las “personas jurídicas privadas”; b) quienes realizan una actividad económica organizada; y c) los titulares de empresas. Veamos:

a) En cuanto al primer caso (*personas jurídicas privadas*) la individualización de las mismas surge del artículo 148 del NCCC. Otras reglas definen a cada una de estas especies del citado artículo: para el inciso a) (sociedades), tal definición surge de la Ley 19.550; para el b) (asociaciones civiles), de los artículos 168 y siguientes del NCCC; para el inciso c) (simples asociaciones), de los artículos 187 y siguientes del NCCC; para el inciso d) (fundaciones), de los artículos 193 y siguientes del NCCC; en cuanto al inciso e) (iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas), si bien no tienen estos entes aún legislación específica³, la identificación de los mismos requiere una inscripción en el Registro Nacional de Cultos, que depende del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación⁴; en el caso del inciso f) (mutuales), su definición surge de la Ley 20.321; en el caso del inciso g) (cooperativas), estos entes son definidos por la Ley 20.337; para el inciso h) (consorcios de propiedad horizontal), su regulación se encuentra en los artículos 2037 y siguientes (particularmente el art. 2044) del NCCC.

¹ Con relación a la teoría de la empresa decía Horacio Roitman en las Consideraciones Previas a la edición del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados de la Nación, de 1987, por parte de Editorial Astrea: “A diferencia del derecho italiano, no se adopta la teoría de la empresa, sino que se mantiene la distinción tradicional entre personas físicas y jurídicas, dejando de lado la teoría del acto de comercio.” (apartado 5, subapartado “c”, en *Proyecto de Código Civil – Elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación* (1987). Buenos Aires: Astrea, p. 16.

² El art. 1016 del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados de la Nación, de 1987, establecía, respecto de quiénes debían inscribirse en el Registro Público, una fórmula muy parecida a la que el NCCC adopta para determinar quiénes deben llevar contabilidad y que veremos más adelante. Dicho art. 1016 del Proyecto de 1987 estaba ubicado dentro del Capítulo II (De la inscripción en el Registro Público), del Título V (De los instrumentos privados y de ciertos instrumentos particulares), inserto dentro del Libro II (De los derechos personales en las relaciones civiles), Sección segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones), en la estructura del Código de Vélez.

³ Lorenzetti, Ricardo Luis y otros (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. Tº I, comentario al art. 148, ap. III.6) p. 592.

⁴ Ver sitio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, <https://www.mrecic.gov.ar/es/registro-nacional-de-cultos>, consultado el 29/9/16.

b) y c) Respecto de los otros dos casos (b y c) del art. 320, el legislador eligió no definirlos ni recurrir a otras normas que los individualizaran.

Para entender un poco mejor quiénes habrán de ser los sujetos que queden comprendidos en estas dos caracterizaciones, podemos comparar estas dos fórmulas empleadas por el legislador en el NCCC, con la forma que determinaba el viejo Código de Comercio, a quienes tenían la “obligación” (*carga*) de llevar contabilidad.

El artículo 33 del antiguo código establecía que dicha carga recaía sobre los que “profesan el comercio”. Y el artículo 1 de dicho cuerpo legal, establecía que “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.” Y por su parte, la determinación de los *actos de comercio* la efectuaba el art. 8, con una enumeración de 11 incisos.

Según la doctrina más generalizada, el “sistema” adoptado por nuestro viejo ordenamiento era de tipo *objetivo*, en el sentido que comerciante era alguien que realizaba ciertos actos (una exteriorización de acciones) y no (como en el viejo sistema medieval) quien tenía ciertas condiciones personales (como la de pertenecer a la corporación)⁵. Sin embargo, dicha doctrina admitía que el sistema no era totalmente *objetivo*, puesto que había casos que implicaban la caracterización como “comerciales”, de supuestos que tomaban en cuenta aspectos “internos” (si cabe la expresión) del sujeto, tales como su forma de organización. Tal, por ejemplo, el del antiguo art. 8 inciso 5, que declaraba actos de comercio a “las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra”. Aunque nuestra doctrina entendía que cualquier otro objeto que tuviera la empresa, los actos realizados por su titular habrían de considerarse comerciales. De ahí se seguía que había actos que podían ser civiles o comerciales, según que el que los realizara estuviera o no “organizado” en forma de empresa: por ejemplo, el caso de las ventas de un productor agropecuario de los frutos de su actividad, que en principio no eran comerciales (art. 452 inc. 3 Cód. Comercio), pero sí lo eran si ese productor estaba organizado en forma de empresa⁶.

Dados estos antecedentes, empieza a aparecer un poco más claro el sentido de las expresiones realizar “una actividad en forma organizada” y ser titular de una “empresa” o “establecimiento comercial”. No obstante, trataremos de seguir aclarando el punto.

¿Qué es realizar una actividad económica organizada?

El origen de la expresión “actividad económica organizada”, en la doctrina comercialista, lo encontramos en el art. 2082 del Código Civil Italiano de 1942, que define al *empresario* como el sujeto que realiza una actividad económica organizada, con fines productivos o de intercambio

⁵ Le Pera, S. (1979). *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 48 y siguientes.

⁶ Fontanarrosa, R. O. (1979). *Derecho comercial argentino (Parte General)*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor, N° 148, p. 178 y sig.; Le Pera, ob. cit., ps. 62 a 65.

de bienes o servicios. De allí se ha inferido que *empresa* es la “actividad económica organizada”, destinada a tales fines⁷.

De lo expuesto podría suponerse a primera vista que los supuestos “b” y “c” mencionados por el art. 320 del NCCC, son equivalentes, puesto que quien es “titular” de una *empresa*, habrá de ser el sujeto que desarrolle una “actividad económica organizada”. Sin embargo, debemos aclarar primero si es posible determinar cuál es el papel que juega en el caso la conjunción “o”, toda vez que la misma puede ser: a) exclusiva o excluyente (“¿Vienes o te quedas?”); b) abierta, inclusiva o incluyente (“¿Estudias o trabajas?”, en el sentido de que pueden hacerse las dos cosas, una o ninguna); y c) de equivalencia denominativa, cuando se unen dos expresiones con idéntico valor denominativo: Los médicos estudian la dispepsia o digestión lenta”. “Cervantes o El manco de Lepanto”. “Don Álvaro o La fuerza del sino”.

En este punto, parece necesario recapitular sobre la evolución de la noción de empresa en la doctrina, antes de la sanción del NCCC.

¿Qué se entendía por empresa?

Puesto que el propósito del presente trabajo es referirse a los aspectos de la reforma, que inciden en algunos aspectos del Derecho Comercial y carecen de bibliografía de fácil acceso para los estudiantes, no se profundizará sobre la teoría de la empresa; en lugar de ello se hará una breve introducción al tema, y para ampliar el punto habrá de recurrirse a la bibliografía que se citará.

Veremos qué entendía la doctrina comercialista por *empresa* antes del NCCC.

La primera vía, tal vez, por la que se introdujo el término “empresa” en la tradición comercial, como término técnico-jurídico, fue en el sentido de “acto de comercio”, cuando el Código de Comercio francés, utilizando expresiones similares a las del art. 8 inc. 5º de nuestro viejo Código de Comercio lo incluyó en el catálogo de actos que constituían la “materia” comercial, con el sentido ya expresado –según interpretó la doctrina- de que serían comerciales los actos realizados por personas “organizadas” (en cuanto al volumen del capital invertido y a la relativa complejidad de la estructura organizativa del factor trabajo adoptada) “en forma de empresa”⁸.

Una segunda vía de introducción de la expresión en cuestión, tuvo lugar cuando una nueva “generación” de códigos de comercio⁹, utilizó un nuevo mecanismo para definir a los sujetos que deberían inscribirse en el registro y llevar contabilidad: en estos nuevos códigos se dijo - palabras más, palabras menos- que deberían hacerlo quienes fueran titulares de una empresa o casa de comercio.

Una tercera situación dio lugar al uso de esta expresión, bajo una nueva acepción: se trató de la aparición de la legislación referida a la transferencia de fondos de comercio o empresas¹⁰.

⁷ Fontanarosa, ob. cit., N° 152, p. 182 y sigs.

⁸ Le Pera, ob. cit., p. 65.

⁹ Le Pera, ob. cit., ps. 65 a 70.

¹⁰ Le Pera, ob. cit., ps. 70 a 77.

Pero luego de estas distintas apariciones de la expresión *empresa* en la legislación, con sus distintas problemáticas, la doctrina inició un arduo camino para tratar de elaborar una definición del término.

Definiciones de empresa, y conceptos jurídicos

No existían dudas respecto de qué era la empresa, según la forma en que se usaba en el lenguaje corriente, el que en la segunda acepción que nos da el Diccionario de la Real Academia Española, coincide con la acepción económica del término: “2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”¹¹.

Sin embargo, la doctrina ha intentado arribar a un concepto *jurídico* de empresa¹², y esto ha resultado complejo.

Ya Alberto Asquini, en 1943 había advertido que se trataba de una noción “poliédrica”, habida cuenta de sus distintos perfiles (subjetivo, objetivo, como actividad, etc.). No obstante ello, las dificultades se hicieron manifiestas, a partir de tratar de elaborar una explicación única para tales diferentes perfiles.

Así las opiniones han variado entre posiciones que sostienen que la empresa es un sujeto de derechos, por un lado, hasta las que han sostenido que la empresa es un objeto de derechos, por otro.

Y por cierto que todas las teorías propuestas han sido objeto de críticas, sin que se lograra un relativo consenso al respecto.

Así se ha dicho que si bien hay usos del concepto *empresa* que tiene indudables connotaciones subjetivas, eso no permite sostener que reúna las notas propias de la personalidad jurídica. Uno de los sentidos en que se puede vincular la empresa con lo subjetivo, es en aquellas circunstancias en que la expresión se ha usado para identificar al sujeto del “estatuto profesional” (como aquel que realiza una “actividad” económica organizada). Pero el “empresario” -y tampoco el “comerciante” en los viejos códigos de comercio- constituyó una nueva categoría de “sujetos”, sino en todo caso una subcategoría: la de aquellos que debían cumplir ciertas cargas. En el otro sentido, las connotaciones subjetivas de *empresa* se relacionan con las características de “patrimonio especial”, que algunas legislaciones pareciera que le asignan. En efecto, en algunos países la “hacienda comercial” consiste en un conjunto de créditos y deudas. Pero ese no es el caso de la legislación argentina (donde solo se incluyen ciertos créditos); y tampoco -al menos en nuestro país- se puede considerar a la hacienda como un conjunto de activos que “respondan” o constituyan la “garantía” de una cierta clase de acreedores, y que se administren según reglas diferenciadas de representación: en otras palabras, que funcionen como un “patrimonio separado”. Y aquí ya entramos dentro de lo que podría denominarse el perfil objetivo de la empresa. Pero no

¹¹ Consultado en la página web del Diccionario de la Real Academia Española, el 26/08/16, <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg>.

¹² Fontanarosa, ob. cit. N° 144, ps. 173 y 174.

obstante que este enfoque de la empresa, en el sentido de *hacienda comercial*, es el que más desarrollo doctrinario ha originado, sobre todo en lo referido a la elucidación de la naturaleza jurídica de esta institución, lo cierto es que tampoco este esfuerzo ha dado lugar a una formulación clara del problema, por dos razones: una, el contenido de derechos que compone la hacienda varía –como se dijo- entre las distintas legislaciones; y otra, las categorías clasificatorias generalmente propuestas (o universalidad de hecho o universalidad de derecho), carecen de una formulación claramente delimitada por la doctrina. Por lo tanto, lo único que queda en este sentido de la “sujetividad”, es un uso lingüístico, en el que lo que funciona como “sujeto” es el *empresario* y no un patrimonio¹³. Y en cuanto a aquella otra tendencia doctrinaria que postula que la empresa es una *actividad* (que deriva de la definición de empresario que da el Código Civil italiano de 1942), se ha dicho que tal noción carece de un tratamiento suficiente por parte de la dogmática¹⁴. Con esto se ha querido significar que la doctrina no ha conseguido atribuirle consecuencias normativas demasiado claras y relevantes al concepto de *actividad*, como para que resulte útil la subsunción de “empresa” en él.

Frente a este problema, autores como Sergio Le Pera, han postulado que el intento de elaborar un concepto único de empresa, carece de sentido, habida cuenta de la diversidad de situaciones que el término engloba. No obstante ello, destaca el creciente interés de la doctrina por un lado y el uso cada vez más extendido del término en la legislación. Supone que ello se debe en algunos casos, cuando “empresario” es sustituido por “empresa”, a que es una forma de englobar tanto al empresario persona física como persona jurídica (en este caso cualquiera sea su forma societaria). En otros, cuando se habla de relaciones de grupos económicos, porque es una forma de no interrumpir los vínculos cuando dentro de ellos intervienen eslabones con forma societaria y otros que solo son personas físicas¹⁵. Un ejemplo similar a este último caso lo vemos en la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, cuando en el artículo 6 define “concentración económica”, como la toma de control de una o varias “empresas”, mediante actos jurídicos que tanto pueden involucrar a “sociedades” como a “personas físicas”.

Probablemente, esta particularidad se deba a que los términos técnico-jurídicos sirven no solo como grillas conceptuales cuando se debate sobre naturalezas jurídicas, sino también como –al menos algunos de ellos- disparadores de ideas, y puntos de vinculación de problemas, cuando debemos pensar y meditar sobre ellos.

La noción de empresa en el NCCC

Aclarado qué se entendía por “empresa” antes de la sanción del nuevo código, podremos volver a analizar qué alcance tiene la expresión usada en el ya citado artículo 320 del nuevo ordenamiento.

¹³ Le Pera, ob. cit., ps. 79 a 81.

¹⁴ Le Pera, ob. cit., ps. 77 y 78.

¹⁵ Le Pera, ob. cit., p. 77 y ps. 89 a 91.

Una forma de razonar es recordar que la expresión “empresa” había sido entendida –en el marco de la vieja teoría del acto comercio- como descriptiva de aquellas actividades en las que el sujeto ha reunido una cierta cantidad de capital superior a un standard mínimo para el desarrollo de la actividad en cuestión, y rodeado de alguna organización humana de alguna relativa complejidad. En definitiva, en aquel contexto se oponía al ejercicio “unipersonal” de una actividad, llevada a cabo con recursos elementales¹⁶.

Desde esta perspectiva parecería si entendemos que la conjunción “o”, que en el texto separa las expresiones “actividad económica organizada” y “empresa”, ha sido usada de modo de relacionar categorías excluyentes, habría que concluir que la diferencia entre ambos conceptos habría que establecerla sobre la base de una cuestión de grados: la “actividad económica organizada” sería aquella en la que las notas constitutivas de la noción de “empresa” (volumen del capital y dimensión de la estructura organizativa, por ejemplo) no alcanzan plenamente a justificar el uso de esta última expresión. Así parece entenderlo Favier Dubois, que llama a estos sujetos “cuasi-empresarios”¹⁷.

De cualquier modo, si se considerara que la conjunción “o” en el texto del mencionado artículo 320 tuviera una función de equivalencia denominativa, y que ambas expresiones (“actividad económica organizada” y “empresa”) fueron usadas como equivalentes, no necesariamente habría de seguirse de ello que habrá de haber un cambio de consecuencias normativas, toda vez que se trata de conceptos “vagos” (en el sentido de que sus límites son difusos), y que los jueces podrán extender la carga de llevar contabilidad a sujetos con estructuras organizativas pequeñas, si lo considerasen oportuno.

Y esto es así, toda vez que el legislador no ha dado una definición de ninguno de los dos términos, por lo que el operador legal tendrá una amplia facultad para establecer el alcance de tales expresiones.

Por otro lado, y para concluir con este aspecto de las reformas, se puede afirmar que el NCCC ha seguido a los proyectos nacionales antecedentes en materia de unificación de la legislación civil y comercial, en cuanto a la no adopción de la “teoría de la empresa”, en el sentido estructural con que el Código Civil Italiano de 1942 (ver nota 1) la coloca dentro del Libro referido a las relaciones de trabajo, ni con relación a las implicancias políticas que pudo tener la vinculación entre “empresa” y “trabajo” en la época de sanción de dicho código (la Italia fascista).

¹⁶ Fontanarosa, ob. cit., N° 148, p. 178 y sigs.; Le Pera, ob. cit., p. 65.

¹⁷ Favier Dubois (h), E, (16 de diciembre de 2014) La “autonomía” y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo código unificado. *Revista La Ley*; y *Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> (consultado el 4-3-16). Ver también ponencia al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, del citado autor, y de Lucía Spagnolo (2016). *Sociedad y empresa en el nuevo Derecho Comercial*. En Richard, E. y otros *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado: el derecho societario como microsistema normativo, persona jurídica, acto constitutivo, sociedad, contratos asociativos, fiscalización, registración societaria* (Tomo I pp. 89-97). Córdoba: Advocatus.

presentada al XIII Congreso de Argentino de Derecho Societario, Mendoza, 2016, cuaderno de ponencias T° 1 ps. 89 y sig.

En cuanto a la “materia” del comercio

El problema de la subsistencia de la “materia comercial” en el código unificado

Lo que se llamaba la “materia comercial” con relación al antiguo Código de Comercio, aludía a aquellas relaciones jurídicas a las que se aplicaban las normas (sustanciales) del Código de Comercio (ley comercial), y determinaban la competencia de los jueces comerciales (particularmente en las jurisdicciones, como la Ciudad de Buenos Aires, en que este fuero y el Civil, estaban separados)¹⁸. Esta cuestión estaba resuelta en el viejo Código de Comercio, por su artículo 8 y lo que la doctrina denominaba la “teoría del acto de comercio”. El NCCC, siguiendo a los proyectos nacionales antecedentes de unificación, ha prescindido de una norma equivalente al art. 8 del viejo Código de Comercio, así como de la teoría del acto de comercio.

Consideremos por separado la cuestión de las normas comerciales atributivas de jurisdicción, de las llamadas sustanciales.

Las normas atributivas de jurisdicción

No cabe duda de que estas normas han desaparecido del NCCC. En las provincias (y en la de Buenos Aires también) esta cuestión es irrelevante, toda vez que no existe separación de fueros para las materias civil y comercial.

Donde la cuestión sí tiene consecuencias prácticas, es en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde existía en la justicia ordinaria, desde antes de la sanción del NCCC, fueros separados para ambas materias. Pero es del caso que la legislación que organiza la justicia nacional (Decreto-Ley 1285/1958) no ha sido modificada hasta ahora, luego de la sanción y entrada en vigencia del NCCC. Dicha norma establece con relación a la competencia de los jueces comerciales:

Art. 43 bis.- (Texto según Ley 23637, art. 10) Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes comerciales cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero.

Conocerán, además, en los siguientes asuntos:

- a) Concursos civiles;
- b) Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del decreto 15348/1946, ratificado por la Ley 12962;
- c) Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquellos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad

¹⁸ Le Pera, ob.cit., ps. 52 y 53.

mercantil. Cuando en estos juicios también se demandare a una persona por razón de su responsabilidad profesional, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal.

Según el art. 43 bis, entonces, los jueces comerciales de la Ciudad de Buenos Aires, seguirán entendiendo en “todas las cuestiones regidas por las leyes comerciales”, además de las materias comprendidas en los incisos “a” a “c” de dicha norma. Cabe preguntarse entonces, qué debemos entender por las “leyes comerciales” después de la unificación de los códigos.

Sin duda que aquí debemos incluir las leyes que según el artículo 5 de la Ley 26.994, “complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio”. Tal es el caso de las leyes 928 y 9.463 (Warrants), 9.644 (Prenda agraria), 11.867 (Transferencia de Fondos de Comercio), 17.418 (Seguros), 20.091 (Entidades de Seguros), 20.094 (Navegación, habiéndosele incorporado algunos artículos del libro Tercero del Código de Comercio derogado), Dec. Ley 5965/63 (Letra de cambio y pagaré); 20.266 y 25.028 (Martilleros y Corredores), 20.337 (cooperativas), 20.705 (Sociedades del Estado), 21.526 (Entidades financieras), 21.768 (Registros Públicos), 22.315 (Inspección General de Justicia), 22.316 (Registro Público de Comercio de la Capital Federal), 22.362 (Marcas), 23.576 (Obligaciones negociables), 24.240 y modificaciones (Consumidor), 24.441 (Financiamiento, parcialmente), 24.481 (Patentes), 24.452 (Cheques), 24.522 (Concursos y Quiebras), 24.587 (Nominatividad de acciones), 24.766 (Confidencialidad), 25.065 (Tarjetas de crédito), 25.156 (Defensa de la competencia) y 26.831 (Mercado de capitales); Dec. 897/95 (Prenda con registro) y Dec. 142.277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro)¹⁹.

Resta preguntarse si un litigio que deba tramitar en la ciudad de Buenos Aires, originado en una relación jurídica cuya regulación esté ahora incluida en el NCCC, entra dentro de jurisdicción del fuero comercial o no. Las primeras respuestas provenientes de dicho fuero han sido positivas.

Así el caso “Ediciones Colihue S.R.L. c/ Centro Automotores”, en el que la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, dijo:

La entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial de la Nación que unificó la materia civil y la comercial no tuvo, ni podría haber tenido, entidad para alterar, desde un punto de vista ontológico, las sustancias de esas materias. Desde tal perspectiva, y teniendo en consideración que la actora y una de las codemandadas son personas jurídicas que explotan haciendas especializadas por razón de su objeto netamente mercantil, se impone concluir que los actos por ellas realizados deben ser comprendidos dentro de la órbita de competencia de los tribunales comerciales. No obsta a ello, claro está, que esos actos pudieran, en su caso, no revestir esa naturaleza comercial para los terceros que hubieran contratado con esas personas titulares de los establecimientos mercantiles de que aquí se trata, toda vez que, si bien no existe hoy en nuestro ordenamiento una norma

¹⁹ Favier Dubois, Autonomía y contenido del Derecho Comercial, citado en nota 17, capítulo 10.

similar al antiguo art. 7 del código de comercio, sí subsisten las razones que condujeron al legislador de esa norma a concebir el temperamento que en ella había sido plasmado.

En tal marco, y siendo que la autonomía del derecho comercial se mantiene en diversos ámbitos y que la entrada en vigencia del citado código no se ha visto reflejada en una alteración de la competencia que a estos tribunales ha sido asignada por el subsistente Dec. Ley 1285/1958 ya citado, forzoso es concluir que el conflicto suscitado en autos en orden a determinar el juez habilitado para conocer el caso, debe ser resuelto a favor del juez civil, asignando la causa al Juzgado Comercial nro. 15 de este Fuero²⁰.

En otro caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, ahora por la Sala B, en un conflicto de competencia negativa entre los fueros civil y comercial, originado en una acción por indemnización por una compraventa frustrada contra una concesionaria de automotores y una empresa organizadora de planes de ahorro previo, se resolvió confiriendo la competencia al fuero comercial, por tratarse ambas demandadas de sociedades en ejercicio de actividades comerciales²¹.

De lo expuesto cabe concluir que, al menos por el momento, la jurisprudencia se está orientando por considerar que la eliminación del NCCC, de las normas atributivas de jurisdicción a los jueces, no implica la desaparición del fuero comercial en la ciudad de Buenos Aires. Y que esa atribución de competencia, se efectúa sobre la base de criterios similares a los vigentes en el viejo Código de Comercio, sobre la base del argumento de la subsistencia de *lo comercial* como “materia”, aún en el NCCC.

Sobre la subsistencia en el NCCC de normas comerciales en sentido sustancial

De las dos cuestiones que se dijo que formaban parte de la llamada materia comercial (esto es las normas atributivas de jurisdicción a los jueces comerciales y las normas “sustanciales”), se acaba de ver la primera de ellas, con el resultado de la desaparición de las mismas en el NCCC, pero que no obstante ello, los jueces siguen atribuyendo competencia a los jueces comerciales, según criterios similares a los que contenía el derogado Código de Comercio.

Veremos si subsisten normas “comerciales” en sentido sustancial. Resulta difícil sostener, en sentido estricto, la subsistencia de normas “comerciales”, toda vez que es obvio que el nuevo ordenamiento se propuso unificar las legislaciones provenientes de los dos códigos, y la nueva regulación omite toda referencia a una “materia” comercial, así como a “actos” comerciales.

²⁰ Fallo del 1/12/15, publicado en *Sistema de Información Legal* (Thomson Reuters) On Line, AR/JUR/79289/2015. En idéntico sentido, el mismo Tribunal se expidió en el caso “Sotelo Invidiatio, Andrea Cecilia c. Durañona, Carlos Martín s/ cobro de sumas de dinero”, del 10/3/16, publicado en *Sistema de Información Legal* (Thomson Reuters) On Line, AR/JUR/5354/2016.

²¹ C. Nac. Com. Sala B, autos “Nuñez, Eusebio Segundo c. Plan Rombo S.A. de ahorro p/f determinados y otros s/ daños y perjuicios”, en *Sistema de Información Legal* (Thomson Reuters) On Line, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/322/2016.

No obstante ello, los fallos citados en las notas 20 y 21, siguen sosteniendo la subsistencia de la “materia” comercial, aún después de la unificación.

En el caso del fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial Sala C, sobre la base de sostener que la unificación de la legislación civil y comercial no pudo tener entidad para “alterar, desde un punto de vista ontológico, las sustancias de esas materias”.

En cuanto a la doctrina, los primeros comentaristas del NCCC, con relación a la cuestión de si la eliminación de la referencia al “acto de comercio” en el nuevo ordenamiento implica la desaparición de la “materia comercial”, en general opinan que tal “materia” no ha desaparecido. Así Raúl Etchverry sostiene que “en una mirada superficial, el Derecho Comercial se ha diluido.” Pero inmediatamente aclara que no es así: que “hay que mirarlo de otro modo, con nuevos ojos, con una mente libre.” Afirma que la disciplina subsiste en “el derecho de las empresas (sujetos) y de los negocios (acto, contrato, actividad, etc.), aunque en diversos campos se superponga con reglas y estructuras sin naturaleza jurídica precisa, pero que se originan en la realidad tan compleja en que vivimos”²².

Favier Dubois (h), lo ha sostenido en varios trabajos ya citados:

“El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no obstante su denominación, ningún capítulo destina a la materia “comercial”, ni hace referencia alguna al ‘acto de comercio’, ni al ‘comerciante’, ni a las ‘obligaciones de los comerciantes’, ni a los ‘agentes auxiliares de comercio’, ni a las ‘sociedades comerciales’, ni tampoco a la ‘jurisdicción mercantil’.

“No obstante, en tanto pone en cabeza de ciertos sujetos privados (empresarios, cuasi-empresarios, agentes auxiliares, sociedades y demás personas jurídicas privadas) ciertas obligaciones especiales (contabilidad y registro), la materia comercial se mantiene diferenciada e, inclusive, se expande al brindarse, en materia de obligaciones y contratos, soluciones mercantiles a cuestiones antes civiles (representación, rendición de cuentas, contratos unificados, etc).

“Ello, unido al mantenimiento de toda la legislación comercial no incorporada materialmente al Código de Comercio derogado, determinan el mantenimiento de las autonomías ‘científica’, ‘docente’ y ‘legislativa’ del Derecho Comercial, sin que exista impedimento normativo para la continuación de la autonomía ‘jurisdiccional’²³.

Cabe entender que lo que quiere decir Favier Dubois, cuando dice que la materia comercial “se expande” al aplicarse a las obligaciones y contratos comerciales “soluciones mercantiles”, alude a la cuestión de la eliminación de la “doble regulación” de los contratos (por ejemplo en el caso de la compraventa, mutuo, prenda, sociedades); y que en la regulación unificada, la regulación sustancial de los nuevos contratos unificados, se ha aplicado mayormente las soluciones contenidas anteriormente en las normas comerciales (la creación de reglas sobre

²² Etcheverry, Raúl Aníbal (2015). Derecho comercial y código civil y comercial. en *DPI Cuántico, Comercial, Económico y Empresarial*, Año 2, Número 16. Recuperado de <https://dpicuantico.com/2015/03/03/diario-comercial-economico-y-empresarial-nro-16-04-03-2015/> (consultado el 4-3-16).

²³ Favier Dubois, Autonomía y contenido del Derecho Comercial, citado en nota 17, capítulo 1.

las personas jurídicas en general, arts. 150 a 167, cuyas soluciones son aplicaciones de la Ley 19550, la representación comercial, la rendición de cuentas, etc.)²⁴.

Por su parte, Augusto Arduino agrega que la identidad de lo comercial está asegurada con rango constitucional (art. 67 inc. 12 de la Constitución Nacional, según texto de 1994), independientemente que se legisle en un cuerpo normativo único o en cuerpos separados²⁵.

Hasta aquí tenemos fundamentalmente los siguientes enfoques sobre la cuestión de la subsistencia de la materia comercial (como normas “sustanciales” en el nuevo ordenamiento): el argumento “ontológico” de la Cámara comercial Sala C (nota 20); el del respaldo constitucional de la duplicidad de materias (la civil y la comercial); el de la subsistencia de la “autonomía” del derecho comercial, y que lo comercial subsiste en torno de la noción de empresa.

La definición de “derecho comercial”

Empezando por el argumento del rango constitucional respecto de la duplicidad de materias, cabe decir que la Constitución no aclara qué es lo comercial, como tampoco qué es lo civil. Da por sobrentendido qué son estas dos materias, y no avanza sobre la cuestión.

Ahora bien, si se acepta eliminar de las expresiones “ontológico” y “sustancia” contenidas en el fallo antes citado, sus resonancias metafísicas, para reexpresar lo que se quieren decir, en un lenguaje más descriptivo y menos especulativo, pareciera que la pregunta sobre si subsiste o no la “materia comercial”, se puede sustituir por la pregunta sobre cómo se podría definir el Derecho Comercial hoy, y si cabe hablar de la existencia de dicha disciplina.

En cuanto a esta cuestión, Arduino, en su análisis relativo a la subsistencia o no de esta materia en el nuevo código unificado, hace una revista de diferentes definiciones de Derecho Comercial, según la síntesis que hace Martínez Val:

- a) "Conjunto de normas jurídicas del comercio" (Supino, Blanco Constans, Benito y Endara, Silvela).
- b) "Derecho de los comerciantes" (Cosak, Gierke).
- c) "Derecho de los actos de comercio" (Julliot de la Morandiere, Marghieri, Thaller).
- d) "Derecho de los actos de los comerciantes, cosas y actos de comercio" (Gay de Montellás, Estasen)²⁶.

El autor citado, continúa su propósito de delinear los contornos de la disciplina mediante la comparación de opiniones de otros autores, para lo cual trae a colación el análisis efectuado por Francesco Galgano al respecto, con relación al derecho italiano. Así recuerda que para

²⁴ Favier Dubois, Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, citado en nota 17, puntos 7 y 13.

²⁵ Arduino, Augusto H. L. (2016). El Código Civil y Comercial: proyecciones sobre la autonomía y las fuentes del derecho comercial. En Sistema de Información Legal (Thomson Reuters) On Line AR/DOC/1322/2016, y en RCC y C, mayo de 2016; en particular, capítulo V, Conclusiones.

²⁶ Martínez Val, José M. (1979). *Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, p. 8, citado por Arduino, El Código Civil y Comercial: proyecciones sobre la autonomía y las fuentes del derecho comercial, ob. cit. en nota 25.

Galgano, el derecho comercial, antes del Código Civil de 1942, no tenía una correspondencia exacta con la noción de comercio, puesto que –por un lado- la regulación de esta materia se daba también mediante reglas sobre obligaciones y contratos del derecho civil; y –por otro- excedía lo comercial, puesto que también abarcaba la regulación de actividades industriales. Asimismo, analiza la situación dada en torno de la duplicación de los códigos de Derecho Privado (civil y comercial), y veía en ello las divisiones internas de la burguesía (el Código Civil era el código de la burguesía terrateniente –que se nutría de las rentas de los terrenos urbanos y rurales- y el Código de Comercio era el código de la burguesía comercial y de la naciente burguesía industrial). Y destaca luego que, a partir del Código Civil de 1942, para Galgano, se verificó la sustitución del concepto de “comerciante” por el de “empresario”, como resultado de una técnica legislativa que pretendía que las formas jurídicas correspondieran a la esencia económica de los fenómenos, por lo que a partir de ese momento, la figura central del sistema económico –el “empresario”- debía ser el fundamento del sistema legislativo. Concluye Arduino sosteniendo que actualmente el derecho empresario, aparece como una categoría o formulación distinta del derecho comercial tradicional²⁷.

De esta revista, podemos concluir la diversidad de contenidos que se pueden incluir dentro de la definición de “derecho comercial”, y aún, las divergencias respecto del rótulo que mejor describe tales contenidos. Tal vez sea aplicable al caso la conclusión a la que arribó la doctrina cuando desistió de dar una definición de “acto de comercio”, y postuló que esta noción era una “categoría histórica”, significando con esto, el carácter variable, a lo largo del tiempo y entre las distintas legislaciones, de los contenidos de este concepto²⁸.

La explicación a la que se puede recurrir para explicar esta aparente perplejidad, nos la da la reflexión realizada en torno de las definiciones de los términos técnico jurídicos, cuando se ha dicho que no siempre es posible o útil, recurrir a la técnica de las definiciones por género próximo y diferencia específica²⁹, sino que a veces es más útil definirlos por la enumeración de los elementos que usualmente se consideran comprendidos en la definición (lo que podríamos llamar el método “ostensivo” de definición); o dicho de otra manera, tomando como sustituto de la definición, la comparación sobre la forma en que los operadores del derecho, utilizan la expresión en distintos contextos³⁰.

De esta manera, se puede concluir que no hay ningún obstáculo para seguir llamando “comerciales” a las cuestiones que según la tradición legislativa de muchos países, así como la tradición de su enseñanza en la disciplina de estudio así denominada, se han venido incluyendo dentro de dicha expresión. Y si se quiere dar satisfacción al impulso de resumir en un concepto que insinúe tales contenidos, es del caso considerar si ha sido adecuada la

²⁷ Arduino, ob. cit. nota 26.

²⁸ Fontanarrosa, ob. cit. nota 6, N° 6 y 9, ps.23 y 29; Rienzi, L., Unidad del derecho privado. El problema de la autonomía del derecho comercial en miras de la unificación de la legislación civil y comercial, en *Sistema de Información Legal (Thomson Reuters)* On Line, AR/DOC/1798/2014 y AR/DOC/3570/2014; ver también *DJ* 10/07/2014,1 y *DJ* 26/11/2014,6.

²⁹ Tal el caso de la definición de “hombre” como animal racional, en la que se remite el concepto “hombre” al género de orden superior (animal) y se le agrega una característica (racional), que separa dentro de los miembros de la clase superior, a los que la poseen, de los que no la poseen. Otro ejemplo, es definir al “contrato” como “acto jurídico” que crea, modifica, etc., relaciones jurídicas patrimoniales (arts. 957 y 259 NCCC).

³⁰ Copi, I. (1969). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 118; Guibourg, R., Ghigliani, A.M. y Guarinoni, R. (1984). *Introducción al conocimiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, punto 1.4.9.1, ps. 74 a 77 y nota 35; Hart, H. L. A. (1962). Definición y teoría en la ciencia jurídica. En *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, ps. 93 y sigs.

caracterización de Raúl Etcheverry, cuando dijo que la materia comercial subsiste en “el derecho de las empresas y los negocios”³¹. Favier Dubois y Spagnolo parecen seguir esta misma línea³². Sin embargo, Rienzi parece no estar de acuerdo con esta postura³³.

Como aproximación relativa, se puede tomar por adecuada la caracterización de la noción de empresa como indicadora aproximada del contenido del Derecho Comercial, pero con la salvedad de que hay materias que según la tradición han nacido en las prácticas del comercio, y se consideran parte de esta materia, y sin embargo no constituyen relaciones jurídicas necesariamente ligadas a las empresas, como es el caso de la regulación de los títulos de crédito (letra de cambio, pagaré, cheque, etc.), que pueden ser librados por particulares.

Reglas aplicables a las relaciones jurídicas comerciales en el nuevo código

Queda aún por analizar con más detenimiento, ahora, luego de las últimas precisiones alcanzadas, la pregunta ya formulada sobre si estas relaciones jurídicas que hemos concluido que se pueden seguir llamando “comerciales”, tienen o no reglas específicas, luego de la unificación de los códigos. Unificación que, como se dijo, parece haber tenido la intención de eliminar toda distinción entre cuestiones y normas civiles y comerciales.

Esta cuestión nos remite a su vez al problema de las fuentes, e indirectamente al de la llamada “autonomía” del derecho comercial. Hemos visto que la opinión de Favier Dubois (nota 17) y Etcheverry (nota 22) que sostienen la subsistencia de la “autonomía” del Derecho Comercial, aún después de la unificación. A igual conclusión arriba Arduino en el trabajo citado en nota 26.

Ahora bien: si por autonomía del Derecho Comercial, habremos de entender la sobrevivencia del criterio generalmente sostenido por la doctrina antes de la reforma, en cuanto a que en la solución de los casos “oscuros” o “difíciles” (lagunas), debían prevalecer los usos y costumbres de comercio y los principios generales mercantiles, por sobre la Ley Civil³⁴, parecería que antes de arribar a ninguna conclusión sobre el estado actual de esta cuestión, deberíamos considerar qué ha establecido el nuevo código sobre las fuentes del derecho.

Esta cuestión ha sido regulada por el NCCC en los artículos 1 y 2 (cuestión que era tratada por Vélez en el art. 16 del Cód. Civil), y el 3 en el que estableció la obligación de los jueces de resolver los casos que se le sometan (equivalente al art. 15 del Código de Vélez). En una primera lectura pareciera no haber diferencias cruciales en la nueva regulación, respecto de la anterior: el artículo 1º del NCCC recepta cinco fuentes, la ley; los “usos, prácticas y costumbres” cuando “las leyes o los interesados se refieren a ellos”; dichas prácticas “en

³¹ Etcheverry, ob. cit., nota 22.

³² Favier Dubois y Spagnolo, en ponencia “Sociedad y empresa en el nuevo Derecho Comercial, citada en nota 17.

³³ Rienzi, ob. cit. nota 28.

³⁴ Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, ps. 25 a 54; Cám. Nac. Comercio Sala A, JA 1959-IV-168, citado por Fernández, Raymundo L. – Gómez Leo, Osvaldo R. (1984). *Tratado teórico práctico de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Editorial Depalma, Tomo I, p. 16; Rienzi, ob. cit. nota 28.

situaciones no regladas legalmente" (ya existentes en el código anterior) y agrega el código dos más: la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. En el artículo 2, en cuanto a la interpretación de la ley (por sus palabras, sus finalidades o las leyes análogas), se agrega la referencia a dos nuevos criterios: las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, y los principios y los valores jurídicos. A ello, el art. 3 por su parte agrega el deber de los jueces de resolver los asuntos que les fueren sometidos, y el de hacerlo mediante una decisión "razonablemente fundada".

Las características, probablemente, más salientes de la nueva regulación en esta materia, tal vez sean: a) la llamada "constitucionalización del derecho privado" (la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos)³⁵, b) la explicitación de la necesidad de que las decisiones judiciales sean fundadas (siguiendo en esto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionada con la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias)³⁶; c) la incorporación de los "principios" y los "valores jurídicos" como pautas de interpretación de la ley (art. 2 NCCC); y d) la directiva de que todos las diferentes fuentes y pautas de interpretación deben ser integrados "de modo coherente con todo el ordenamiento" (art. 2 NCCC).

Está de más decir que de tales directivas surge que si algún orden habrá de aplicarse entre las fuentes, es el que establece que primero habrán de ser la constitución y las leyes ("porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad")³⁷. Es obvio que ya no tenemos un indicador de cuándo la "ley" es "civil" o "comercial" (al menos las contenidas en el nuevo código, más allá de la indicación subsistente en las mencionadas por el art. 5 de la Ley 26.994). Pero acá no habremos de encontrar la respuesta a nuestra pregunta, puesto que si el encuadramiento de los hechos en las normas (la ley como fuente), es claro y sencillo, nada más habrá de investigar el operador jurídico (su tarea habrá de ser de tipo meramente "deductivo"), pues aplicará la ley sin preguntarse por su calificación. Y la cuestión será irrelevante desde el punto de vista normativo.

Distinta será la respuesta si se tratara de un caso de encuadramiento de los llamados casos "difíciles": "Los casos fáciles son resueltos mediante la deducción de reglas, mientras que en los casos difíciles se deben utilizar principios y valores para acotar la discrecionalidad"³⁸. Esta directiva hacia los jueces, de integrar reglas, principios y valores, que habrán de requerir una *argumentación* que "fundamente" la decisión, ha sido descripta por los autores del Anteproyecto, como un "diálogo de fuentes"³⁹. Esta directiva parece excluir en principio la aplicación de una regla rígida en cuanto al orden de selección de las fuentes para los casos difíciles. La referencia a la prioridad de la costumbre comercial y de los llamados principios generales del derecho comercial, por sobre la ley civil, no parece responder al criterio de "diálogo de fuentes".

³⁵ Lorenzetti, ob. cit. nota 3, Tomo I, comentario al art. 1, punto III.2.A.2, p. 29.

³⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, III.4.3.

³⁷ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, III.4.1.

³⁸ Lorenzetti, ob. cit. nota 3, T° I, comentario al art. 3, apartado IV, p. 42.

³⁹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, III.1.

Respecto de la necesidad de una fundamentación “razonable” de las decisiones judiciales del art. 3, y la de coordinar las fuentes de modo “coherente” con principios y valores jurídicos (art. 2), varios autores coinciden en señalar que es un criterio inspirado en la teoría de la argumentación jurídica (Chaim Perelman, Robert Alexy, etc.). Alexy entiende a los “principios jurídicos” como mandatos de optimización, de modo que cuando entran en conflicto, el intérprete debe ponderar en qué medida habrá de reconocerse un principio u otro. Dicha ponderación se realiza, según este autor, mediante la idea de proporcionalidad: habrá de determinarse si la medida de aplicación de un principio en conflicto con otro, justifica el sacrificio del que va a resultar desplazado⁴⁰. Hay que aclarar que esta doctrina se ha desarrollado y se aplica, preponderantemente, en cuestiones de índole constitucional, y con relación a los principios fundamentales de una comunidad, frente a los que generalmente existen acuerdos más o menos generalizados, y en contextos de su aplicación por parte de tribunales constitucionales.

Este panorama sobre la forma en que habrán de ser aplicadas las fuentes, no se opone necesariamente a uno de los aspectos implícitos en la idea de la llamada “autonomía del Derecho Comercial”, en cuanto a que si las cuestiones comerciales suponen problemas específicos (por ejemplo las complejas y altamente profesionalizadas técnicas de las actividades bancarias, de seguros, bursátiles, de financiación de las sociedades, etc.), es razonable que sean merecedoras de soluciones acordes con dicha especificidad. Pero es evidente que de ahora en más se exige de los jueces (y por qué no de los estudiosos del derecho) un ejercicio argumentativo más analítico a la hora de justificar las soluciones aplicables a los problemas de encuadramiento “dudoso” o “difícil”. La vaga alusión a los “principios generales del derecho comercial”, sobre cuya identificación concreta no se ha alcanzado consensos⁴¹. No parece un argumento acorde con la opinión actual de la doctrina, sobre el problema de la aplicación e interpretación de la ley. Y tampoco parece prudente identificar sin más principios aplicables a las cuestiones patrimoniales del derecho privado (como pudieron haber sido en algún momento el de la “unidad del patrimonio” o el de “intangibilidad del capital social”), con los “principios y valores jurídicos” aludidos por el art. 2 del NCCC. Pero la consideración de cuáles podrían ser principios merecedores de consenso en cuestiones comerciales, implicaría entrar en una cuestión que excede el propósito de estas reflexiones.

⁴⁰ Lorenzetti, ob. cit. nota 3, T° I, comentario al art. 2, apartado III.5; Rabí-Baldi Cabanillas, Renato (2014). En comentario a los arts.1 a 3 del código, en Julio César Rivera y otros, *Código civil y comercial de la Nación comentado* (Tomo I, p. 64), Buenos Aires: Editorial La Ley; Ucin, María Carlota, Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del art. 3°. Recuperado de <https://goo.gl/Lzvw4r>

⁴¹ Fontanarrosa, ob. cit., N° 32, p. 65.

Referencias

- Arduino, A. (2016). El Código Civil y Comercial: proyecciones sobre la autonomía y las fuentes del derecho comercial. *Sistema de Información Legal (Thomson Reuters)*.
Recuperado de <https://goo.gl/8BvHmP>
- Copi, I. (1969). *Introducción a la lógica* (1969). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Etcheverry, R. A. Derecho comercial y código civil y comercial. *DPI Cuántico, Comercial, Económico y Empresarial*, 2(16). Recuperado de <https://goo.gl/ASY2ZS>
- Favier Dubois (h), E. (16 de diciembre de 2014). La 'autonomía' y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo código unificado. *Revista La Ley*.
- Favier Dubois (h), E. (2016). *Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <https://goo.gl/f8CBMh>
- Favier Dubois (h), E. y Spagnolo, L. (2016). Sociedad y empresa en el nuevo Derecho Comercial. En Richard, E. y otros *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado: el derecho societario como microsistema normativo, persona jurídica, acto constitutivo, sociedad, contratos asociativos, fiscalización, registración societaria* (pp. 89-97). Córdoba: Advocatus.
- Fernández, R. y Gómez L. (1984). *Tratado teórico práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Fontanarrosa, R. (1979). *Derecho comercial argentino (Parte General)*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía Editor.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012.
- Guibourg, R, Ghigliani, A. M. y Guarinoni, R. (1984). *Introducción al conocimiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Hart, Herbert L. A., (1962). Definición y teoría en la ciencia jurídica. En Herbert L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (pp. 93-138). Buenos Aires: Ediciones Depalma
- Le Pera, S. (1979). *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Lorenzetti, R. L., De Lorenzo, y otros (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Proyecto de Código Civil – Elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (1987). Buenos Aires: Astrea.
- Rienzi, L. (2016) Unidad del derecho privado. El problema de la autonomía del derecho comercial en miras de la unificación de la legislación civil y comercial, en *Sistema de Información Legal (Thomson Reuters)*. Recuperado de <https://goo.gl/8KX8vg>
- Rivera, Julio César y otros (2014). *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Ucin, M C.. Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del art. 3º. *Academia*. Recuperado de <https://goo.gl/DdPm5t>

CAPITULO 2

Contrato de transporte de personas y la Reforma Civil y Comercial

Andrés Cantelmi

Introducción

Esta investigación se justifica en su relevancia social e implicancia práctica, dado que tiene como meta indagar en el sistema de responsabilidad del contrato de transporte de pasajeros y su impacto en el transporte público considerado en su conjunto e integridad.

El análisis particular y profundizado del contrato de transporte y los derechos de los pasajeros en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, nos conduce directamente al tratamiento de la responsabilidad del transportista. El nuevo código impone un cambio de paradigma, de modo que cuestiones que han sido evaluadas con otra lupa, con otros parámetros normativos, merecerán hoy un nuevo análisis bajo estos nuevos lineamientos.

Frecuentemente, cuando se proponen medidas tendientes a limitar indemnizaciones y/o compensaciones de cualquier índole a favor del público usuario, pasajero transportado en el caso, se relaciona la propuesta directamente con la protección de intereses empresariales sectoriales. De este modo, parte de la doctrina entiende que este análisis pierde de vista el hecho una cuestión de relevancia: no se está protegiendo al empresariado en forma arbitraria y/o caprichosa, sino que esas acciones son en salvaguarda del sistema de transporte, velando a su vez por los intereses de todos los implicados en él, en particular, al público usuario.

Corresponderá preguntarnos si son superadores los argumentos que bregan por la aplicación de una normativa diversa al transporte según el modo en que este se desarrolle, evaluando si la autonomía científica de las diferentes ramas de la ciencia jurídica admite un tratamiento conjunto.

Con las disposiciones aún vigentes, en materia de contrato de transporte podemos decir que contamos con un binomio normativo compuesto por diferentes ramas de la ciencia jurídica, cada una con sus especificidades y principios rectores. De este modo, por un lado encontramos

la ley de defensa del consumidor 24.240 y por el otro la normativa reguladora del contrato de transporte según sus distintos modos (terrestre, acuático y aéreo).

Ahora bien, a dicho sistema jurídico debe sumársele hoy el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que regula el contrato de transporte y los contratos de consumo. Entendemos que este tríptico normativo puede generar nuevas relaciones jurídicas de merecido análisis.

De este modo, a raíz de este cuarto eje de investigación proponemos observar las implicancias de la unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina como consecuencia de los nuevos vínculos normativos que ligan al contrato de transporte de pasajeros y los derechos de estos como partes de este contrato de consumo. Entendemos corresponde detenerse particularmente en la diversidad normativa que regula la responsabilidad del transportista aéreo. Cuestión que ha sido sumamente debatida en nuestro país como en el mundo entero, debido a la existencia de dos posturas doctrinarias claras y marcadas. Una a favor de la autonomía absoluta del derecho aeronáutico y otra que propugna la morigeración de dicha normativa por medio de la aplicación de un régimen tuitivo como lo es el derecho de los consumidores y usuarios en sus diferentes acepciones.

Resultará también interesante indagar cómo las medidas tendientes a tarifar indemnizaciones a usuarios del sistema no solamente serían tendientes a proteger a los usuarios mismos, sino a la población en general. Esto es así dado que a la fecha el Estado destina aproximadamente unos 2.700 millones de pesos mensuales a compensar (subsidiar) al sistema de transporte, de los cuales parte de ellos están destinados a cubrir los costos de los siniestros.

El contrato de transporte terrestre de pasajeros

Su regulación actual, comparación con su anterior regulación en el Código de Comercio

El contrato de transporte en el nuevo código unificado está regulado entre los artículos 1280 y 1318, ambos inclusive.

Cuenta con una parte general, que razonablemente debería regir los transportes de cosas, de personas, los ex civiles y comerciales. En cuanto al medio empleado el artículo 1281 se encarga de obscurecer el ámbito de aplicación de la normativa en cuestión.

En relación a su ubicación dentro del nuevo Código, se viene a corregir la que tenía en el Código de Comercio, en el cual estaba regulado dentro del Libro Primero (De las personas del comercio) cuando en realidad se regulaba el contrato de transporte. El nuevo texto legal lo ubica como capítulo séptimo del título IV (Contratos en particular) del Libro III (Derechos Personales).

A continuación se realizará un análisis artículo por artículo y por orden de aparición, salvo lo relativo a la responsabilidad del transportista terrestre de pasajeros, cuestión que se comentará por separado.

Art. 1280. Como primera novedad del sistema contamos ahora con una definición legal del contrato de transporte, más allá de la consideración que Vélez podía tener sobre las mismas y su inclusión en los Códigos. Convengamos que las preocupaciones, visiones y posturas de Vélez no fueron materia de preocupación ni atención del legislador actual.

Más allá de eso se realiza una definición de tipo descriptivo del contrato de transporte, ya que se describen sus elementos configurantes, incluyendo al transporte de personas y al de cosas en una sola definición legal.

Es decir, se utiliza la terminología del transporte de personas (transportista, personas, pasajero y precio) como del transporte de cosas (porteador, cosas, cargador y flete). Tal como era de esperarse la prestación de traslado, el hecho del traslado se centra en la escena del contrato erigiéndose como la prestación característica del mismo. Lógicamente a cambio de un precio en dinero que tomará una u otra designación de acuerdo al contrato en que se enmarque.

En cuanto a las partes se deja en claro que las mismas son, para el transporte de pasajeros, el pasajero y el transportista y, para el transporte de cosas, el cargador y el porteador. De esta manera se concluye por vía de exclusión que tanto el destinatario como el agente de transporte en caso de haberlo en el segundo caso y en caso de ser diverso al cargador en el segundo, no son parte del contrato del transporte, más allá de lo dispuesto en el artículo 1304 (Derechos del destinatario).

Art. 1281. Es curiosa la disposición de este artículo, ya que establece que excepto lo dispuesto en leyes especiales las reglas del capítulo (7. Transporte) se aplican a cualquiera que sea el medio empleado para el transporte, aclarando que el transporte multimodal se rige por la ley especial.

Así las cosas vemos que tanto la ley 20.094 (Ley de Navegación) y el Código Aeronáutico mantienen vigencia, con alguna salvedad, con la sanción del nuevo código unificado por lo que solamente queda como ámbito de aplicación el transporte terrestre. Es decir, hubiera sido oportuno, aclarar que era solamente aplicable al transporte terrestre o bien podría haberse omitido la redacción de este artículo, sin que nada cambiase. Vale señalar que la ley de transporte multimodal también permanece vigente.

Dos cuestiones quedarían por analizar que podrían de algún modo, no demasiado racional, explicar este artículo. El primero es el relativo a la inclusión específica en el ámbito de aplicación de este capítulo de los transportes realizados por aero deslizadores, que son aquellos vehículos que se desplazan tanto sobre agua como sobre tierra sobre un colchón de aire, o vehículos similares. Extraño sería que este fuera el caso, dado lo excepcional del uso de dichos vehículos.

La segunda es la relativa a los transportes descriptos en el ex artículo 206 del Código de Comercio que asimilaba al transporte terrestre el realizado por pequeñas embarcaciones, falúas, balleneras, canoas, etc. que con esta redacción del artículo 1281 quedan excluidos del régimen terrestre pasando a estar regidos por el régimen general de la navegación.

Art. 1282: Establece: "El transporte a título gratuito no está regido por las reglas del presente capítulo, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad".

En este punto el Código se encarga de regular un tema hasta ahora no regulado, consistente en el transporte benévolo y el transporte gratuito. Deja de lado al transporte clandestino, que perfectamente pudiera haber sido nombrado.

El transporte gratuito es el efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad y por el cual no se paga contraprestación alguna. En su lugar, el transporte benévolo queda, sin ser nombrado, definido por exclusión como aquel transporte gratuito que no es efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad. En este punto, y al excluir al segundo del ámbito de aplicación del Capítulo 7, asumimos que el transporte benévolo es regido por las reglas de la responsabilidad extracontractual, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia hasta la fecha.

Quedan algunas reflexiones para realizar respecto de la definición que brinda el Código para el transporte gratuito, que estaría regido por las mismas normas que el transporte con contraprestación por parte del cargador/pasajero. Supongamos que una Empresa que se dedique a autotransporte público de pasajeros por carretera (colectivos), preste un coche a una Asociación sin fines de lucro para que se trasladen de un lugar al otro prestando para ello personal de conducción. Este es un supuesto normal en el devenir diario de las empresas dedicadas a dicha actividad. Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código no tendría dudas en calificar a dicho transportes como uno gratuito y regido por las normas de la responsabilidad contractual, dado que la distinción se realizaba en razón de la prestación habitual y profesional por parte de la Empresa del servicio de transporte, y en dicho marco se incluía esta prestación. Ante este nuevo requisito legal de que el servicio sea prestado “en el curso de su actividad” por el transportista, nos arriesgaríamos a decir que la configuración legal podría cambiar a transporte benévolo, aún si lo realiza quien de manera habitual y profesional. Desde ya esto tiene implicancias de relevancia, en lo que al régimen legal se refiere.

El art. 1283: Este artículo presenta tres cuestiones diferentes. La primera de ellas consiste en la obligación del transportista de aceptar pedidos de transporte compatibles con sus posibilidades de realización, la segunda la obligación del pasajero o cargador de seguir las instrucciones de quien realiza el transporte y la tercera consiste en que para la realización de los transportes debe respetarse el orden de los pedidos y en caso de pedidos simultáneos se deberá dar preferencia al de mayor recorrido.

La primera de estas cuestiones resulta novedosa en lo que al ámbito de derecho privado se refiere. La obligatoriedad de aceptación de contrato no estaba dispuesta hasta la fecha en el ámbito del derecho privado, sino que surgía de determinadas reglamentaciones para ciertos tipos de transporte, si bien algunos autores tomaron esta obligación de naturaleza administrativa como aplicable a la relación de derecho privado entre las partes.

Lo importante, del establecimiento de esta obligación en cabeza del transportista, es que en caso de incumplimiento ahora podrá echarse mano de responsabilidades emergentes del derecho privado, cuando antes solamente le podrían caber sanciones de tipo administrativas aplicadas por la autoridad de contralor que pudiera corresponder a dicho servicio.

El establecimiento de la obligatoriedad de cumplir con las instrucciones y reglamentos por parte del pasajero y/o cargador, en el caso del transporte de personas que nos ocupa se superpone con lo dispuesto en el artículo 1290 inciso c, el que será oportunamente comentado.

Por último, el establecimiento de la prelación de los pedidos en caso de imposibilidad física de realización de todos los recibidos, estableciendo como criterio la longitud del viaje a realizarse, pareciera que en la práctica podrá aplicarse al transporte de cargas pero difícilmente podrá aplicarse al transporte de pasajeros.

Pensemos el supuesto de una para de colectivos en la cual hay más gente intentando ascender a un ómnibus de la que el mismo puede albergar. Difícilmente el conductor pueda estipular qué pasajero realizará el viaje más largo para darle prioridad de ascenso respecto de los demás. La misma situación se repetirá en el transporte ferroviario y subterráneo. Podría ser aplicable en los viajes en taxis y/o remises, pero respecto de los demás medios terrestres, la dinámica de contratación y ejecución de los mismos hará caer en letra muerta la presente disposición.

Art. 1284 y 1285: Los presentes artículos hacen referencia al plazo de duración del transporte y la pérdida parcial de flete por retraso.

La primera cuestión que se evidencia es la imprecisión terminológica en la que se incurre, ya que tal como ocurre con el artículo 1282 se utiliza la denominación transportista para designar, pareciera, al porteador y al transportista. Esto llama la atención ya que en la definición legal del artículo 1280 se encarga específicamente de diferenciarlos. Cabe tener presente que se están analizando artículos de la parte general de transporte, supuestamente inclusivos de ambos transportes (cosas y personas).

La segunda cuestión que se evidencia es que el artículo 1285, que viene a reemplazar al antiguo y controvertido artículo 188 del Código de Comercio, hace específicamente referencia al transporte de cosas, sin ningún tipo de lugar a otras consideraciones. Lo criticable es la evidente falla de técnica legislativa, ya que claramente debería haber sido colocado en la sección III del capítulo 7, bajo el título transporte de cosas.

En cuanto al contenido del primero de los artículos se establecen los plazos del transporte, utilizando la lógica prelación de plazo convenido, horarios establecidos y usos del lugar de inicio.

Cabe preguntarse si los horarios establecidos son, para el transporte colectivo, los horarios aprobados por la autoridad de contralor para el servicio de que se trate. Es evidente que la norma hace referencia a horarios establecidos por un tercero ajeno al contrato, de lo contrario sería un supuesto de plazo convenido previsto en primer término. Es decir, el único supuesto de horarios establecidos para un servicio previamente serían, a mi entender, transporte ferroviario y algunos supuestos de transporte carretero, siempre refiriéndose a transporte de personas en el segundo caso y pudiendo aplicarse a cosas en el primero.

Una cuestión que se mantiene en relación al Código que se deroga es la acción llamada de daño magno, contemplada en el último párrafo del nuevo artículo 1285.

El art. 1287: La disposición contenida en el artículo 1287 hace referencia a los transportes sucesivos y combinados, estableciendo la responsabilidad del transportista en cada uno de ellos.

Como primera cuestión resulta plenamente aplicable lo dicho al comentar el artículo 1281 en relación al ámbito de aplicación de la normativa en análisis.

Como segunda cuestión podemos ver que se reglamentan dos tipos de transportes. El sucesivo, que podría definirse como aquel realizado por varios transportistas y por el mismo medio terrestre y en el cual cada uno se ocupa de un tramo diferente del mismo y el

combinado, que se configuraría como aquél en el cual más de un transportista que presta el servicio por un medio diferente al anterior o posterior, realizan por prestaciones sucesivas el traslado convenido.

También podría interpretarse que las palabras sucesivo y combinado son utilizadas como sinónimos, entendiendo a aquellos realizados por más de un transportista con asunción de un tramo cada uno, en cuyo caso quedarían subsumidos en la definición primera dada en el párrafo anterior. Interpretamos en favor de la diferenciación de los mismos, si bien el régimen legal establecido en el segundo párrafo resulta idéntico para ambos supuestos. Reiteramos que, la identidad de régimen legal aplicable no autoriza identificar ambos tipos de transporte.

Como principio general se establece la responsabilidad en caso de daños a la carga y/o pasajeros en cabeza del transportista a cargo del tramo durante el cual se produjeran los mismos, estableciéndose la solidaridad entre los mismos si el transporte es asumido por varios transportistas o si es asumido por varios transportistas en el mismo contrato.

Lo contradictorio de esto es que puede darse el supuesto en el cual un transporte es asumido por varios transportistas en el mismo contrato y aún así determinarse en qué tramo del mismo se produjeron los daños resarcibles. No pareciera lógico en dicho caso echar mano de la solidaridad dispuesta en el último párrafo del artículo 1287, sino que correspondería la responsabilidad exclusiva del primer párrafo.

Evidentemente, el código ha querido referirse al concepto de daños localizados establecido en la ley de transporte multimodal, no acertando en la técnica legislativa utilizada.

Por último, lo dispuesto en el presente artículo tiene íntima relación con la norma contenida en el artículo 1295, la que dispone que: "Sin perjuicio de la aplicación del artículo 1287, primer párrafo, los daños originados por interrupción del viaje se deben determinar en razón del trayecto total". Esta norma hace referencia a que en casos de transportes sucesivos, de acuerdo al concepto que del mismo se toma en el presente, no podrá prevalecer el transportista de la limitación de la responsabilidad que implicaría en la práctica la alegación de la limitación de daños durante el trayecto del transporte a cargo suyo, sino que deberá computarse el trayecto completo a cargo de los diferentes transportistas como trayecto completo y único a los fines de la cuantificación de los daños. Es decir que en este caso se torna inaplicable la frase "...responde por los daños producidos durante su propio recorrido" que contempla el artículo 1287.

Art. 1288: Este artículo incorpora al contrato de transporte las operaciones de embarco y desembarco, aportando poco y nada a la muchas veces confusa determinación del inicio del contrato de transporte.

Recordemos que el contrato de transporte que se rige por el Código Civil y Comercial puede ser realizado por diversos medios de transporte, y dentro de los mismos medios son diversos los actos materiales a través de los cuales se contrata y/o se accede a los medios de transporte.

Es decir, ninguna luz se echa sobre la cuestión de si ciertos actos son preparatorios de un contrato a celebrarse o son el principio de ejecución de un contrato ya celebrado, dada la vaguedad de los términos utilizados en el artículo 1288.

Como ejemplos de la diferente manera de ingresar a un medio de transporte cuyo contrato se enmarca en la normativa analizada podríamos citar al hecho de tomar un colectivo en la vía

pública, tomarlo en una terminal de ómnibus, tomar un ferrocarril en una estación, ingresar a una estación de tren subterráneo, tomar un taxi en la calle, tomar un remís que puede buscar al pasajero en su domicilio, etc.

Entonces ¿a qué se refiere el Código con *operaciones de embarco y desembarco*? Evidentemente, la profusa jurisprudencia que existe a la fecha sobre este tema seguirá vigente determinando los límites de la contratación y sus consecuencias jurídicas.

Lógicamente escapa a los fines del presente hacer un pormenorizado análisis de las distintas situaciones que a este respecto pueden presentarse.

El art. 1289: Este artículo establece las obligaciones a cargo del transportista, explicitando las mismas y resultando novedoso en este sentido, ya que el Código de Comercio nada decía al respecto. Las mismas son:

1. "Proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado". Esto se enmarca dentro de las obligaciones genéricas y elementales a cargo del transportista. De ninguna manera el transportista lograría el objeto del contrato si no se proveyera al pasajero de un lugar en el que pueda viajar bajo las condiciones pactadas.

Este inciso no hace solamente referencia a que el lugar debe contar con las condiciones de seguridad adecuada, sino que también se refiere a las condiciones de confort acordadas para el contrato específico. Basta recordar que los ómnibus de larga distancia cuentan con servicios de azafata a bordo, asiento "cama", "semicama", etc. lo mismo que el transporte ferroviario de pasajeros que cuenta con vagones de distinta "categoría". Lógicamente el pasajero debe pagar más para acceder a estándares de confort más elevados.

2. "Traslado al lugar convenido". Esta es sin duda la prestación por excelencia a cargo del transportista ya que hace al objeto tenido en miras al momento de contratar por parte del pasajero. No se debe perder de vista que la prestación de traslado es esencial y principal en este contrato.

3. "Garantizar su seguridad". Esta obligación se podría enmarcar como la segunda en importancia, dado que mal estaría cumpliendo lo convenido el transportista si la obligación de traslado no se viera acompañada de la de hacerlo sano y salvo.

En este caso nos encontramos ante la consagración normativa de aquella creación pretoriana llamada "deber de seguridad", pecando el Código en no otorgarle contornos más definidos. Es decir, se declara legalmente pero siguen vigentes aquellas dudas respecto de a qué operaciones alcanza, cuestión íntimamente relacionada con lo establecido en el artículo 1288.

4. "Llevar su equipaje". Esta resulta en una obligación accesorio, que está complementada por lo dispuesto en el artículo 1290 inciso d y por el artículo 1293, en cuya oportunidad comentaremos sobre el particular.

Art. 1290. Obligaciones del pasajero. Nuevamente el Código realiza una explicitación de obligaciones, en este caso del pasajero, a saber:

1. "Pagar el precio pactado". Nos encontramos con la contracara de la obligación de traslado a cargo del transportista y frente a la principal obligación del pasajero. Tal es así que, la misma está contenida en el artículo 1280 que define el contrato de transporte y la erige como una obligación configurante del contrato en cuestión.

2. "Presentarse en el lugar y momentos convenidos para iniciar el viaje". Esta obligación hace referencia a aquellos actos preparatorios de un contrato a celebrarse, y no a una obligación que emerge durante la ejecución de un contrato ya celebrado. Tal como se comentara en el artículo 1284, los transportes se realizan en horarios convenidos por las partes y/o establecidos por un tercero (autoridad de contralor, aunque nada impediría que fuera un tercero que no revista tal carácter), por lo que la falta de apego del pasajero al horario establecido pondría en imposibilidad inculpable de cumplimiento al transportista más diligente.

3. "Cumplir con las disposiciones administrativas, observar los reglamentos establecidos por el transportista para el mejor orden durante el viaje y obedecer las órdenes del porteador o de sus representantes impartidas con la misma finalidad". Esta disposición trae como novedad la incorporación explícita de las disposiciones administrativas y reglamentos al contrato de derecho privado entre partes.

Entiéndase que las disposiciones administrativas a que se hace referencia son aquellas emanadas de autoridad con competencia para la regulación del servicio que se trate, mientras que las reglamentaciones referidas pueden emanar tanto de dicha autoridad como de la empresa de transporte a cargo del servicio, diferenciación que reviste importancia en cuanto a la fuente de la que emana la norma aplicable. Lógicamente, los reglamentos emanados del mismo transportista, tienen que ser conocidos o conocibles por parte del pasajero, ya que no se presume su conocimiento a diferencia de las reglamentaciones emanadas de autoridad competente.

Por último se hace referencia a las órdenes impartidas por el porteador, las que desde ya deberán ser acordes, afines y/o compatibles con las disposiciones y/o reglamentos antes referidos. Estas instrucciones toman especial relevancia en caso de presentarse alguna anomalía durante la realización del viaje no siendo la misma imputable al transportista, por ejemplo la inundación de una ruta por la cual debiera realizarse el transporte, en cuyo caso las mismas deberán tener como objeto principal el resguardo de las personas transportadas y de sus efectos, en dicho orden de prelación.

4. "Acondicionar su equipaje, el que debe ajustarse a las medidas y peso reglamentarios". Esta obligación del pasajero surge como completaría y/o contrapartida de la establecida en cabeza del transportista en el artículo 1293.

Nuevamente se incorporan explícitamente las cuestiones reglamentarias al contrato privado, aplicando medidas y pesos reglamentarios asumiendo que estos parámetros se ajustarán a criterios de razonabilidad y que harán fácticamente posible el traslado del equipaje.

La particularidad que se presenta en este esquema de remisión a las reglamentaciones aplicables, tanto en este inciso como en el anterior, es que las mismas enmarcan los contratos

de transportes de pasajeros, son de carácter local y difieren entre sí, careciendo totalmente de uniformidad. Es más, en el mismo ámbito geográfico conviven varias normativas reglamentarias de acuerdo a la clasificación del servicio de transporte de que se trate. Supongamos un pasajero que realice un contrato de transporte en el ámbito geográfico de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires. Podrá encontrarse con un transporte de naturaleza municipal si el mismo tiene inicio y finalización dentro del municipio, será de naturaleza provincial si el mismo inicia en el municipio de La Plata y culmina en otro municipio de la provincia, y tendrá naturaleza nacional si el mismo inicia en la ciudad de La Plata y culmina en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o en otra provincia y/o en otro país. Todos ellos podrán ser abordados en la terminal de ómnibus de la ciudad y conviven desde el punto de vista territorial.

En todos estos diferentes supuestos serán las autoridades municipales, provinciales y/o nacionales las encargadas de dictar dichas reglamentaciones, las que en la práctica difieren entre sí.

Artículos 1291 y 1292: Comprendidos en el comentario del artículo 1286.

Artículos 1293 y 1294: Las presentes normas hacen específica referencia a la responsabilidad del transportista sobre el equipaje que lleva el pasajero. Podría decirse que es conveniente leer el artículo 1293 junto al segundo párrafo del artículo 1294, dejando para análisis posterior el primer párrafo del último artículo.

Aquí se establece que las normas aplicables al transporte de cosas son aplicables a la pérdida y/o deterior del equipaje que el pasajero lleva consigo, salvo el equipaje de mano y demás efectos cuya custodia no ha sido cedida al transportista. Así las cosas, podríamos decir que, la obligación accesoria de trasladar el equipaje del pasajero, acarrea para el transportista la obligación de resarcir los daños que se produzcan, tomando como base de dicha responsabilidad la cesión de la custodia y/ guarda de los mismos del pasajero al transportista por el tiempo que dure el traslado.

El último párrafo del artículo 1294 contempla la ya conocida exclusión de los objetos de valor extraordinario, no declarados ante el transportista.

Aclarado esto podemos apreciar cómo el nuevo código cristalizó un régimen que en el código de comercio estaba estructurado por el juego de las siguientes normas: Artículo 173:

El porteador no será responsable del dinero, alhajas o efectos de gran valor y documentos de crédito, si al tiempo de la entrega los pasajeros o cargadores no hubieren declarado su contenido y acordado las condiciones del transporte. En caso de pérdida o avería no estará obligado a indemnizar más del valor declarado.

Artículo 179: “La indemnización que debe pagar el conductor en caso de pérdida o extravío, será tasada por peritos según el valor que tendrían los efectos en el tiempo y lugar de la entrega...”. Artículo 182: “las dudas que ocurriesen entre consignatario y porteador sobre el estado de los efectos al tiempo de la entrega, serán determinados por peritos arbitradores...”. Por último, si bien en el transporte de equipaje no se emite carta de porte, el párrafo final del artículo 167 es perfectamente aplicable en cuanto dispone: “Solo podrá probarse el valor, según la apariencia exterior de los objetos.”

Habiendo realizado un paralelismo casi exacto de la normativa aplicable antes y después de la reforma al transporte de equipaje, es de destacar que el nuevo código establece expresamente que al transportes de equipaje se le aplica la normativa del transportes de cosas, por lo que hace plenamente aplicable el artículo 1311, que establece: “La indemnización por pérdida o avería de las cosas es el valor de éstas o el de su menoscabo, en el tiempo y lugar en que se entregaron o debieron ser entregadas al destinatario”.

Se destaca ello en tanto se establece una expresa limitación de responsabilidad del transportista al valor de las cosas transportadas, no pudiendo incluirse otros rubros en la misma, como reiteradamente ha hecho la jurisprudencia obligando a resarcir a los transportistas, inclusive, daño moral a un pasajero por el extravío de su equipaje.

La responsabilidad del transportista.

Sistema legal

El Código de Comercio

Resulta un tanto extraño tener que citar como antecedente normativo inmediato de la regulación del contrato de transporte terrestre de pasajeros al Código de Comercio que rigiera este instituto hasta el día 31 de julio de 2015, ya que ha sido la norma madre de este sistema y en base a la cual se ha desarrollado la profusa doctrina y jurisprudencia existente en la materia. Tanto es así que la nueva regulación obrante en el flamante Código Civil y Comercial replica de manera casi idéntica el sistema establecido en el Código mercantil, si bien mediante normas desperdigadas que terminan estructurando un sistema de idénticas características.

Si bien hay antecedentes más antiguos y remotos, entendemos que a los fines del presente es propicio mantenerse en este punto en la regulación inmediata anterior a la norma vigente actual, no solamente por resultar de innegable utilidad práctica sino por la identidad de sistema estructurado en base a la misma.

El artículo rector de la cuestión en el Código mercantil era el 184, el que disponía:

En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.

Es dable destacar la concentración de supuestos y de variables que había condensado el artículo transcrito, pudiendo destacarse a modo de síntesis las siguientes:

– El mismo se aplicaba a todos los supuestos de transporte de pasajeros por tierra, es decir, taxi, remis, autotransporte público de pasajeros, tren, subterráneo. Con la salvedad de que todos revistieran carácter comercial. Tal como tiene resuelto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: Esta Corte ha resuelto que si bien esta norma se refiere al transporte férreo, es aplicable a otros medios de transporte, salvo expresa regulación en contrario (conf. C. 94.657, sent. del 29-XII-2008)⁴².

– Se establecía una responsabilidad de contractual, de orden público, objetiva e integral.

– Se establecían causales de eximición de responsabilidad de manera taxativa, las que resultan de interpretación restrictiva para el juez:

El hecho de que la obligación de los transportistas sea de tipo objetivo, impone un análisis restrictivo de las causales exculpatorias previstas en tal norma, por analogía al criterio adoptado para los casos de responsabilidad objetiva previstos en el art. 1113 del Código Civil (conf. C. 94.657, sent. del 29-XII-2008; C. 95.720, sent. del 15-IX-2010; C. 100.562, sent. del 22-XII-2010)⁴³.

– En razón de los puntos anteriores, se invertía la carga de la prueba presumiéndose sobre el transportista la responsabilidad ante un hecho dañoso.

Regulación actual

Art. 1286: este artículo reviste especial importancia dado que trata nada más y nada menos que la cuestión atinente a la responsabilidad del transportista de pasajeros.

Durante la vigencia del código de comercio esta cuestión estuvo regulada por el ya citado artículo 184 del mismo, cuyo contenido se recuerda:

En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.

Este ya comentadísimo artículo estableció en cabeza del transportista de personas una responsabilidad de tipo contractual, integral, de orden público y objetivo.

⁴² Blanco, Raúl Humberto contra Mutual Rivadavia del Transporte Público de Pasajeros y otros. Daños y Perjuicios. Abril 2013.

⁴³ Blanco, Raúl Humberto contra Mutual Rivadavia del Transporte Público de Pasajeros y otros. Daños y Perjuicios. Abril 2013

Veremos en el siguiente comentario cómo el sistema de responsabilidad continúa siendo el mismo, pero por el juego de los artículos 955; 1286; 1291; 1292; 1721; 1722; 1723; 1729; 1730; 1731; 1734; 1757 y 1758.

El artículo 1286 en el primero de sus párrafos hace una remisión normativa al artículo 1757 para la responsabilidad del transportista de personas, estableciendo para la misma una responsabilidad de tipo objetiva, declarada y calificada así por el mismo código en forma expresa. Resulta interesante que el artículo 1757 explicita que “no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”, cuestión que no se debatía hasta la fecha con la vigencia del código de comercio, y que viene a establecerse en la nueva normativa que regula la materia.

Téngase presente que el nuevo Código Civil y Comercial dispone en su artículo 1721 como sistema de atribución de responsabilidad residual a la culpa, salvo que exista disposición en contrario como en este caso, por lo que se aplica el artículo 1757 y siguientes así como los artículos 1722 y 1723 que resultan medulares en este asunto, disponiendo el primero de ellos que “El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario” y el segundo que “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Es decir, que estableciendo el artículo 1757 que “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza”, la responsabilidad es objetiva; y el artículo 1722 que ante el factor de atribución objetivo el responsable se libera demostrando causa ajena; y el 1723 una obligación de resultado, aplicable al contrato de transporte de personas; y vinculando a esta con la existencia de responsabilidad objetiva, se estructura la objetividad a la que hacía referencia al caracterizar la responsabilidad del transportista de personas imperante en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente a la fecha. No cabe duda, asimismo, que estamos en presencia de una responsabilidad de tipo contractual, en lo que era el marco del viejo código civil⁴⁴.

Esto se complementa con el artículo 1758 que resulta aplicable por la remisión normativa antes mencionada (1286), y que dispone en su último párrafo que: “En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Por otra parte el artículo 1291 que específicamente regula al transporte de pasajeros, dispone que “Además de su responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, el transportista responde por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas” y el artículo siguiente tiene por no escritas las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales del pasajero. Estos artículos, no hacen otra cosa que reiterar con distintos términos lo dispuesto por el

⁴⁴ Téngase presente que el nuevo Código Civil y Comercial ha unificado (al menos parcialmente) el régimen aplicable a la responsabilidad contractual y extracontractual. Véase el art. 1716 del código y los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, elaborado por la Comisión creada por el decreto 191/2011: comentarios al Libro III, Título V, capítulo I, apartado 2.

artículo 184 del Código de Comercio, el que fuera la espina dorsal de la regulación de la responsabilidad del transportista. De esta manera se establecen, al igual que en el código de comercio, las características de integralidad y de orden público de que gozaba la misma antes de la reforma.

Entiendo que merece un párrafo la mención de la responsabilidad integral, ya que creo que en virtud de la abrumadora mayoritaria jurisprudencia y doctrina que se inclinan por la responsabilidad integral en cabeza del transportista, el solo hecho de declarar inválidas las cláusulas limitativas de responsabilidad y la ausencia de limitación específica serían suficiente argumento para seguir por el camino de la reparación integral. Más allá de eso lo dispuesto en el artículo 1740 despeja toda duda al respecto en cuanto dispone: "Reparación Plena. La reparación del daño debe ser plena". Este artículo deviene aplicable por derivación de la remisión normativa realizada por el artículo 1286. Esto viene a espejar al ex artículo 184 en cuanto a la utilización del concepto de plenitud. La anterior regulación utilizaba la palabra "pleno" para el resarcimiento y la actual utiliza la palabra "plena" para la reparación, lo que conlleva idénticos efectos jurídicos.

Resulta así que el marco normativo que regula la responsabilidad del transportista de personas se completa con tres disposiciones más. La primera de ellas es el artículo 955, inserto en la Sección 6 -Imposibilidad de cumplimiento- del Libro tercero -derechos personales- Título II -Contratos en general-, que dispone:

La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

Siendo la segunda el artículo 1730, que está en la Sección 3 -Función resarcitoria- del Capítulo I -Responsabilidad civil-, del título V -Otras fuentes de las obligaciones-, se dispone lo siguiente:

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos.

Por último, el artículo siguiente (1731) establece: "Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito."

En cuanto a las causales de eximición de responsabilidad del transportista de personas todas podrían resumirse en la acertada y abarcativa expresión utilizada en el artículo 1722, es decir, causa ajena, la que podría definirse por exclusión como toda causa que no reconozca origen y/o factor de imputación directo y/o indirecto en el transportista, abarcando

así las causales de caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima y culpa de un tercero por el que la empresa no es civilmente responsable, todas contempladas en el artículo 184 del código de comercio.

La culpa de la víctima está contemplada específicamente en el artículo 1729 en los siguientes términos:

La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

Valiendo la aclaración de que cabe en este supuesto la culpa concurrente con la consiguiente asignación de porcentajes de responsabilidad a una y otra parte y su lógico impacto en los montos a ser resarcidos por parte del transportista.

Por último, el artículo 1734 recepta el principio general en materia probatoria para los factores de atribución y las eximentes, estableciendo expresamente que excepto disposición legal, la carga de la prueba en estos casos corresponde a quien los alega. En el contrato que nos ocupa, estas serán alegadas por el transportista de personas, por lo que él deberá cargar con la actividad probatoria a los fines de acreditar dichos extremos.

Tratamiento jurisprudencial

Tal como hemos esbozado con anterioridad, entendedos que la jurisprudencia realiza una aplicación casi tuitiva de la normativa aplicable al transporte terrestre de pasajeros, en relación a la protección de los intereses del pasajero. Cabe aclarar que los fallos que a continuación se comentan no han sido planteados por los demandantes en el marco de un derecho de dicha naturaleza tuitiva como podría ser la Ley de Defensa del Consumidor, sino que han sido planteados en el marco de una relación estrictamente privada y regida por el Código de Comercio, hoy Código Civil y Comercial de la Nación.

Como aclaraciones previas se pone de resalto:

- Toda la jurisprudencia analizada contiene citas normativas del derogado código de comercio.

- Lo referenciado en el ítem anterior obedece a que a la fecha se desconocen fallos sobre el particular basados en la nueva normativa.

- Se analiza el caso del transporte de equipaje ya que responde a la lógica general en esta materia y creemos que es el que mejor refleja el fenómeno descripto, pudiendo trasladarse su lógica y mecánica al resto del sistema.
- Más allá de eso, y tal como se explicitara anteriormente, el nuevo Código Civil y Comercial presenta un sistema idéntico al anterior, por lo cual la jurisprudencia no ha perdido su vigencia y aplicabilidad.

Transporte de equipaje

Corresponde iniciar este punto destacando que existen variados ejemplos de normativa nacional o provincial que, emanada de los respectivos Poderes Ejecutivos, determina una indemnización tarifada aplicable a los supuestos de extravío y avería de equipaje para transporte realizado por autotransporte público de pasajeros.

Ante esta situación se encuentran planteos de inconstitucionalidad de esta normativa dada la limitación de responsabilidad que imponen en el resarcimiento debido al pasajero ante este tipo de eventos correspondiendo, según reglamentación, montos significativamente menores a los que se percibirían de utilizar los criterios del Código de Comercio para la fijación de los montos indemnizables. Lógicamente todo esto basado en la evidente subversión de la jerarquía normativa de las normas en colisión. De más está mencionar la favorable acogida que recibe este planteo.

Así las cosas, es llamativa la aplicación de un régimen de responsabilidad *sui generis* que se está llevando a cabo en distintos tribunales de nuestro país en relación al tema del subpunto bajo análisis. Ello dado que los distintos fallos no dudan en declarar como aplicable a la responsabilidad del transportista sobre el equipaje el artículo 179 del Código de Comercio y como inconstitucionales las reglamentaciones mencionadas, desvirtuando con diferencia de párrafos el régimen allí previsto haciendo extensiva la responsabilidad a, por ejemplo, daño moral. En este sentido cabe citar Pereira Isabel c/ Andresmar S.A., entre otros⁴⁵:

Las limitaciones restrictivas que surgen de la Resolución 212/02 de la Secretaría de Transportes de la Nación, sólo tienen eficacia supletoria para el supuesto de que la incidentista no logre probar el contenido y la significación económica del equipaje, pues en el caso de demostrarse tales extremos la obligación del transportador se rige por la norma del art. 179 del Código de Comercio⁴⁶.

Esta postura deja dos aristas de reflexión: La primera es considerar indemnizable el daño moral, bajo el régimen del artículo 179 del Código de Comercio.

⁴⁵ Peruggini Mónica Clarisa c/ Empresa Pullman Gral. Bergrano s/ Daños y Perjuicios. Expt. 43578. Octubre 27-2009

⁴⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C, 22/05/2009. RC y S2009-XI, 148.

El ya citado artículo establece específicamente que la medida de la indemnización debida se establecerá en relación al valor que deberían haber tenido los efectos en el lugar y tiempo en que deberían haber llegado.

La inclusión del daño moral pareciera resultar de la admisibilidad para el supuesto de la acción de “daño magno”, solamente contemplada para el caso de retardo previsto en el artículo 188 del Código de Comercio. Recordemos que para la procedencia de esta acción el legitimado deberá probar el daño, su medida y su nexo causal con el hecho imputado.

Lógicamente para llegar a la conclusión jurisprudencial cuestionada hay que apartarse específicamente de lo que establece el Código de Comercio y del mentado artículo 179 que los mismos fallos declaran como rector de la hipótesis en análisis. Es de destacar que esta tesitura normativa de otorgar solamente acción de daño magno para el supuesto de retardo se ha mantenido a lo largo del tiempo, ya que la ley 24.921 de transporte multimodal de mercaderías, dictada más de un siglo después, adopta idéntico criterio en sus artículos 15 y sigs. (específicamente 17 y 22) otorgando solamente la comentada acción en caso de demora (como lo identifica la Ley en lugar de retardo, como lo hace el Código) y no para casos de averías y pérdidas, siendo indemnizables para estos supuestos exclusivamente el valor de los efectos en el lugar y el momento de la entrega pactada.

La segunda reflexión versa sobre la supletoriedad de la aplicación de las Resoluciones administrativas que establecen responsabilidad tarifada sobre el equipaje. En este sentido, se aplica el artículo 179 del Código de Comercio, siempre y cuando el damnificado tenga prueba del contenido y valor del equipaje extraviado, en su defecto, se aplica automáticamente la tarifa administrativa. Es decir, se aplica éste echando por tierra la tarifación, pero si el pasajero no está en condiciones de cumplimentar con los recaudos más elementales en materia probatoria y en virtud de eso no poder ver resarcido su daño, se aplica a modo de “salvavidas” la tarifa administrativa para lo cual dejaría de ser inconstitucional. En este punto es oportuno citar:

...la determinación de la indemnización debida por el porteador al cargador o destinatario, según los casos, es una cuestión de hecho que, como tal, debe probarse, y tratándose de probar un hecho se lo puede acreditar por cualquier medio de prueba que las leyes admiten⁴⁷.

¿Acaso el supuesto de falta de prueba por parte del damnificado vuelve a subvertir, ahora válidamente, la jerarquía normativa haciendo prevalecer una Resolución del Poder Ejecutivo por sobre el Código Comercial? ¿Cuál es el fundamento que amerita la no aplicación de los más elementales principios en relación a la carga de prueba y la prueba del daño al supuesto de extravío de equipaje? Pareciera ser que el subyacente *indubio pro pasajero* todo lo ha invadido, inclusive el régimen de responsabilidad sobre el equipaje.

Nótese la contradicción en la que incurre la jurisprudencia en análisis ya que son los propios fallos los que declaran aplicable el artículo 179 del Código de Comercio, para después desvirtuar totalmente su régimen y aplicación. Bastaría que la jurisprudencia se abstuviera de declarar aplicable dicho artículo, y que declare la reparación integral lisa y llana.

⁴⁷ Amadeo Soler Aleu (1980). *Transporte terrestre, Mercaderías y personas. Su régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 105.

Costos del sistema de responsabilidad para el transportista terrestre para la sociedad

El análisis de lo hasta aquí tratado arroja luz sobre la compleja cuestión de los costos que tiene el establecimiento de responsabilidad integral en cabeza del transportista terrestre, de manera directa para el sector empresario que está a cargo de la prestación de los servicios, como así de manera indirecta para los pasajeros que abonan dicho costo incluido en la tarifa, y lo más trascendente de todo, la implicancia económica que tiene para la sociedad en su conjunto, la que financia los millonarios subsidios que se abonan al transporte público y que contemplan, en la medida y detalle que se expone a continuación los costos derivados de los resarcimientos debidos y pagados por los transportistas a los pasajeros transportados.

Es trascendente destacar que cuando hacemos referencia a la sociedad en su conjunto como la que soporta estos costos, lo hacemos dado que el subsidio se solventa con fondos del Estado Nacional, por lo que la responsabilidad integral del transportista terrestre no es solamente solventada por quienes resultan usuarios del sistema de transporte, sino también por aquellos contribuyentes que nunca utilizan el transporte público, y/o lo utilizan de manera esporádica o infrecuente.

Resulta oportuno recordar brevemente la problemática que ha traído aparejada la responsabilidad integral de los operadores de autotransporte público de pasajeros respecto de los resarcimientos debidos a pasajeros contratantes.

Los mencionados operadores están obligados a contratar seguros que cubran los riesgos, entre otros, de pasajeros transportados. En este sentido no existía limitación alguna para la contratación con Compañías aseguradoras autorizadas a tales fines, sin tener presente la altísima siniestralidad a que está sujeta la actividad.

Esto derivó en casual de liquidación de muchas compañías aseguradoras que se dedicaban al aseguramiento del autotransporte público de pasajeros por carretera –tales como Compañía Belgrano, Omega, entre otras-. Consecuentemente, las empresas prestadoras de estos servicios, que cabe mencionar habían pagado tempestivamente sus primas, debieron absorber millonarios pasivos derivados de juicios por los cuales las compañías liquidadas, naturalmente, no respondían. Como efecto dominó se produjo o bien la necesidad de recurrir a convocatorias de acreedores o bien la necesidad de “cerrar las puertas” de numerosas empresas que no pudieron hacer frente a los pasivos que sorpresivamente tuvieron que afrontar.

Resultó curioso también que siendo la actividad aseguradora una que cuenta con Autoridad de superintendencia a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación, no se haya advertido con anterioridad esta situación y no se haya tomado la intervención oportuna para evitar este escenario tan perjudicial tanto para las víctimas de accidentes, como para las empresas prestadoras de servicios, para las aseguradoras y la sociedad en su conjunto. Cuestión aparte resulta ser que las acciones judiciales tendientes a responsabilizar a la Superintendencia de Seguros de la Nación por falta de control, nunca tuvieron acogida favorable.

Todo este proceso derivó en que se estableciera un listado reducido de aseguradoras que puedan cubrir los riesgos derivados de esta actividad, y que se estableciera una franquicia obligatoria – monto hasta el cual el resarcimiento al tercero es a cargo del asegurado- en la póliza aprobada para este tipo de riesgo. Esto, desde ya, produjo un incremento de costos para las prestatarias del servicio, con su correlativo impacto primero en las tarifas, y luego en los subsidios que se reciben del estado nacional.

Subsidios otorgados por el Estado Nacional al Autotransporte Público de Pasajeros

Como aclaración previa se deja constancia que los datos numéricos que en el presente se exponen así como la estructura normativa citada es la aplicable al autotransporte público de pasajeros (colectivos), por lo que no se contemplan los costos del sistema ferroviario, ni de remises y taxis, todos transportistas que también tienen responsabilidad integral, con las consecuencias económicas que ello acarrea. Estos datos corresponden a la región Metropolitana de Buenos Aires. Este recorte se produce no de manera caprichosa ni arbitraria, pero es respecto de esta prestación y ámbito geográfico que la Secretaría de Transportes de la Nación determina costos de manera precisa para el establecimiento de compensaciones tarifarias.

El Estado Nacional desde el año 2003 ha tomado la determinación de subsidiar al autotransporte público de pasajeros (transporte carretero), evitando de esa manera que el aumento de los costos de explotación de los servicios sea reconocido a los prestatarios vía tarifa que paga directamente el usuario.

Si bien estos subsidios los recibe directamente cada una de las Empresas prestatarias de los servicios, cabe señalar que es por aplicación del artículo 4° de la Resolución Conjunta N° 18 del Ministerio de la Producción y N° 84 del Ministerio de Economía de fecha 13 de junio de 2002 (y del artículo 8 inciso a) de la Resolución S.T. N° 337 de fecha 31 de mayo de 2004), que no son beneficiarias del fideicomiso creado por el artículo 12 del Decreto N° 976/2001 las empresas de jurisdicción provincial o municipal, sino los Estados Provinciales,

quienes determinarán la aplicación de los bienes fideicomitidos a líneas de transporte afectadas al servicio público por automotor regular urbano y suburbano de pasajeros sujetos a Jurisdicción Provincial o Municipal de su territorio, en los términos del Decreto N° 652/2002, y conforme el plexo jurídico local aplicable (...).La distribución que efectuarán los Estados Provinciales entre las líneas regulares urbanas y suburbanas sujetas a Jurisdicción Provincial o Municipal deberá ser realizada en un plazo no mayor de los CINCO (5) días inmediatos posteriores al depósito de los fondos correspondientes en las respectivas Cuentas del Beneficiario.

Así mismo, la Resolución N° 82/02 del Ministerio de la Producción, encomendó a la Secretaria de Transporte del Ministerio de la Producción la invitación a las Provincias a manifestar su interés en celebrar los convenios a que se refiere el último párrafo del artículo 5° del Decreto N° 652/02, debiendo establecer la documentación que habría de requerirse a las autoridades provinciales, a los fines de la inclusión en el Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU), de líneas de transporte afectadas al servicio público por automotor urbano de pasajeros de dichas jurisdicciones.

Las provincias, si bien en distintas fechas, suscribieron los convenios de referencia.

En función de lo dispuesto en las precitadas normas, el Banco de la Nación Argentina transfiere los fondos provenientes del Fideicomiso creado por el artículo 12 del Decreto N° 976 del 31 de junio de 2001 (ratificado por la Ley N° 26.028), como Fiduciario del mismo, a la jurisdicción correspondiente como beneficiaria de los precitados regímenes, debiendo realizar la distribución de los mismos la respectiva provincia entre las distintas empresas de transporte automotor de pasajeros sujetas a su jurisdicción.

Como corolario de lo antes expuesto podríamos decir que la estructura básica de los subsidios en dinero que reciben a la fecha los operadores de líneas de autotransporte público de pasajeros se estructura mediante compensaciones tarifarias correspondientes al Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU) y sus compensaciones tarifarias, en los términos del Decretos N° 652/2002 y N° 678/2006, normas concordantes y complementarias⁴⁸. Asimismo reciben combustible a precios subsidiados, pero en la determinación de ellos no influye el tipo de responsabilidad del transportista, motivo por el cual no será tenido presente para el análisis en curso.

Incidencia de las indemnizaciones a pasajeros en los subsidios.

Montos

Es en este punto en el que, volcados numéricamente, los datos de la incidencia del tipo de responsabilidad del transportista terrestre toman real dimensión y se vislumbra claramente la necesidad de una reforma en el sentido que se expresa en el numeral siguiente.

El Ministerio de Transporte –Ex Ministerio del Interior y Transporte- de la Nación mensura la cantidad de subsidios que requieren las Empresas por intermedio de estudios de costos que determinan, a grandes rasgos, el costo kilómetro que tiene el sistema. Es decir, que se determina cuanto es el costo que tiene una Empresa para realizar un kilómetro, en base a un estudio que determina no solamente los valores de referencia de los insumos y costos, sino que también determina la incidencia relativa de cada uno respecto del costo total.

Una vez obtenido el costo por kilómetro, se verifica cuantos kilómetros realizó el total del sistema involucrado (totalidad de los colectivos de todas las Empresas) y se determina, mediante una simple multiplicación, el “costo total del sistema”. El paso siguiente es verificar

⁴⁸ Los montos mensuales y su distribución pueden verificarse en la página oficial www.trasnporte.gov.ar

cuánto recaudaron los operadores mediante el sistema S.U.B.E. (Sistema Único de Boleto Electrónico) durante el período correspondiente y restar ese monto al “costo total del sistema”. De esa manera se obtiene el monto en pesos que se debe transferir mes a mes a los operadores de transporte.

Esta metodología de costos, simplificada al extremo para su exposición, está aprobada por el Anexo II la Resolución 270/2009 de la Secretaría de Transportes de la Nación y los costos específicos son actualizados regularmente, siendo el último a la fecha el estudio de costos actualizado por Resolución Ministerio del Interior y Transporte 2791/2015, del 10 de diciembre de 2015.

En este marco de cosas, el último estudio de costos a la fecha establece un monto a compensar de \$ 1.295.170.833 (mil doscientos noventa y cinco millones ciento setenta y ocho mil trescientos treinta y tres de pesos) para el año 2015 en concepto de siniestros y primas de seguros. Esto implica que por mes se destinan 107.930.902,75 pesos, lo que implica que el Estado Nacional destina 3.597.696,73 pesos por día solamente para cubrir gastos destinados a indemnizaciones derivadas de la ejecución del contrato de transporte.

Reiteramos que se debe tener en cuenta que estos montos corresponden solamente a colectivos, del Área Metropolitana de Buenos Aires, y en concepto de subsidios. Aclaro esto porque estos costos también están determinados en la base de cálculos para fijar las tarifas que paga el pasajero, parte de la cual está destinada al pago de indemnizaciones.

Es decir, que debe tenerse en cuenta que más allá de los montos que contempla el sistema de subsidios para cubrir gastos derivados de estas indemnizaciones, la tarifa que paga el pasajero también contempla en su estructura de costos un porcentaje a idénticos fines.

Evaluación de la conveniencia de modificación del sistema

En este punto corresponde evaluar la necesidad y la conveniencia de proyectar un cambio legislativo que refleje las consideraciones aquí vertidas y que disponga, en definitiva, un régimen de limitación de la responsabilidad para el transportista terrestre de pasajeros.

Valen para esta evaluación las consideraciones vertidas en el numeral cinco del presente en cuanto a los fundamentos que inspiran las limitaciones de responsabilidad del transportista marítimo y del transportista aéreo, perfectamente aplicables a la responsabilidad que nos atañe.

Pero al momento de evaluar una reforma legislativa deben tratar de identificarse cuáles son los factores de presión de uno y otro lado de la cuestión para que la reforma se impulse y se concrete, o bien para que nada cambie y la normativa continúe como hasta hoy, es decir, como siempre en esta materia.

Parecería que de un lado de la mesa nos encontramos con aquellos defensores de las responsabilidades integrales en defensa de los intereses de la víctima, quien vería seguramente disminuida la cuantía de la misma de tratarse de una de tipo tarifado. Por otra parte, del otro lado de la mesa, parecieran estar aquellos que también defendemos a la víctima

merecedora de una indemnización que reconozca el detrimento sufrido, pero que no perdemos de vista que el interés general está por sobre el particular y que la mejor manera de cuidar al conjunto de la sociedad, incluyendo a la víctima, es cuidar el sistema mismo. Entendemos que de esta manera, en lugar de ante una víctima estamos antes muchas, que sufren detrimentos patrimoniales en la medida que numéricamente se explica más arriba y que soportan las consecuencias de un sistema desequilibrado que reconoce resarcimientos plenos e integrales, sin meritarse correctamente el costo que para el conjunto de la sociedad toda acarrea dicha decisión legislativa.

Ya desde otro punto de vista un poco menos “apasionado” podría analizarse la cuestión desde la arista del análisis económico del derecho. Esta es un método de análisis e interpretación del derecho con el que me ha puesto en contacto el Dr. Mario G. Bacigalup Vértiz, quien ha logrado en la publicación de su tesis doctoral “Contratos de crédito”⁴⁹ explicar esto en forma sucinta y muy clara. Este propone, a grandísimos rasgos, “efectuar análisis críticos respecto de las consecuencias probables de las soluciones contenidas en las leyes y en las resoluciones de los jueces”. Es muy importante destacar ciertos puntos que hacen a la estructura del Análisis Económico del Derecho y que lo sintetizan.

– En países como Argentina, “se persiste en defender decisiones normativas desde un enfoque decimonónico de autoconfinamiento y autosuficiencia en el marco de una retórica legal que prescinde del objetivo económico, en tanto criterio de eficiencia”.

– “Las leyes no son argumentos arcanos para técnicos, son instrumentos para lograr metas sociales”.

– “Los jueces y legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de éstas sobre la sociedad”.

– “La premisa de la que parte este análisis es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales”.

– “El A.E.D. gira en torno a la noción de eficiencia o bienestar agregado al considerar que las normas jurídicas pueden ser entendidas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado”⁵⁰.

Básicamente en el supuesto que se plantea estamos, tal como lo plantea el Análisis Económico del Derecho, ante un conflicto entre eficiencia y equidad. Eficiencia entendida como “relación entre los beneficios agregados a una situación y los costos agregados a esa situación” y equidad entendida como “distribución de los ingresos entre los

⁴⁹ Bacigalup Vértiz, Mario G. (2014). *Contratos de Crédito*. Buenos Aires: Astrea.

⁵⁰ Piaggi, Ana Isabel, *Cuestiones complejas de derecho comercial moderno*, citada por Bacigalup Vértiz, ob. cit. nota anterior, p. 320.

individuos⁵¹. Aplicado al caso en análisis podemos decir que por una lado está la eficiencia en la utilización de los recursos del Estado y de los recursos de la sociedad en general, ya que recordemos que cuando el pasajero paga tarifa, no estamos ante recursos del Estado, pero si ante la disposición por parte de los particulares, sin bien la determinación de cómo se utilizan, parte del Estado. Por otra parte está la equidad, que tiene que ver con la reparación del daño causado en el caso concreto. Lógicamente es “políticamente incorrecto” querer hacer ceder a la segunda en favor de la primera, más cuando del otro lado tenemos a una víctima que ha sufrido un daño y del otro lado Empresas transportistas y aseguradoras.

Pero entendemos que más allá de lo que pueda o no ser políticamente correcto tenemos que entender que si bien estamos ante una actividad que se encuadra como servicio público estamos ante un proceso productivo de servicios y como tal debe entenderse. Este proceso debe ser, para que pueda subsistir en el tiempo y ser sustentable en su prestación, redituable para quien lo presta y no debe significar un peso excesivo y/o desproporcionado para las arcas del Estado ni para el público usuario. Acá me permito citar nuevamente al Dr. Bacigalup Vértiz quien con meridiana claridad expresa:

Coase trata el problema de los efectos secundarios de los procesos productivos que causan daños a terceros. Según el punto de vista jurídico tradicional, ésta es una cuestión típica, en la cual el causante del daño debe indemnizar a quien lo sufre. Por el contrario, Coase encuadra el caso como una cuestión de conductas incompatibles (la del que causa el daño como efecto secundario de su actividad –A- y la del que lo sufre –B-), en el que la cuestión relevante es determinar cuál de ambas conductas es más valiosa. No acepta calificar como antijurídica una conducta por el solo hecho de que cause daño⁵². (El destacado es nuestro).

Esto implica, en definitiva, que deberá verse quien debe indemnizar a quien, o qué parte tiene que indemnizar a la otra, en términos del autor citado. Ahora bien ¿qué queremos decir con esto?

Tal como indicáramos antes, tenemos dos posturas, decidir reparar integralmente a las víctimas damnificadas que celebraran un contrato de transporte, o bien decidir limitar la responsabilidad del transportista terrestre. En este marco nos preguntamos quien debe indemnizar a quien, o dicho de otro modo, quien debe aceptar ceder, si la eficiencia o la equidad.

Claro está que la subsistencia del sistema de transporte público terrestre hace a la viabilidad de nuestro modo de vida y posibilita el desarrollo de la sociedad moderna tal como la concebimos en el mundo occidental. De hecho, es un pilar de las políticas de transporte de la actual gestión a cargo del Gobierno Nacional el incentivo al uso del transporte público por sobre el transporte privado y el desaliento claro al uso del automóvil particular para desplazarse en grandes ciudades.

Entendamos que dadas las particulares condiciones geográficas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del ejido urbano del Gran Buenos Aires, y ante la insuficiencia del sistema ferroviario actual, resulta indispensable el sostenimiento, mantenimiento y perfeccionamiento

⁵¹ Kluger, Viviana, *Análisis económico del derecho*, citada por Bacigalup Vértiz, ob. cit., p. 321.

⁵² Bacigalup Vértiz, ob. cit., p. 323.

de la red de autotransporte público de pasajeros por carretera –colectivos- que resulta ser el único sistema que logra adaptarse rápidamente y responder a necesidades transportativas de nuevos centros generadores de tráfico –nuevos barrios- que de forma casi permanente cambian la dinámica de Gran Buenos Aires.

Dicho lo anterior, cabe volver a la pregunta de “quién debe indemnizar a quién” en esta materia y concluir que entendemos que, en razón de los argumentos antes vertidos, son las víctimas del algún tipo de daño en el marco del contrato de transporte de pasajeros por carretera los que deberán, de alguna manera “indemnizar al sistema”. Tal como manifestáramos, los intereses particulares deben ceder ante intereses generales que resultan ser superiores.

Debemos aprehender que las normas jurídicas y los fallos judiciales tienen el potencial de distribuir los recursos económicos entre los distintos operadores de dicha naturaleza, y que mientras los operadores jurídicos que resultan fuentes de ambas no tomen cabal conciencia de ello, difícilmente puedan tomar cartas en el asunto, o al menos tomar sus determinaciones con una cabal noción de las implicancias que para el sistema económico general generan.

No debemos pensar a las víctimas de algún tipo de daño en el marco del contrato tratado como agentes aislados, sino como integrantes de un sistema, como piezas de un mecanismo mucho más complejo y amplio que responde a intereses generales que resultan ser superiores tanto desde el punto de vista del interés al que atienden como también desde el punto de vista del interés económico general.

DE LEGE FERENDA

Hemos explicado con anterioridad cuál es el sistema que estructura la responsabilidad del transportista de pasajeros terrestre y su comparación con el anterior sistema del Código de Comercio, concluyendo que entre ambos nada ha cambiado y que por el juego de muchos artículos diferentes se arriba a un sistema de responsabilidad integral, tal el previsto en el antiguo artículo 184 del Código Comercial.

Cabe diferenciar entre ambos sistemas que anteriormente existía una norma específica que determinaba la responsabilidad del transportista, siendo ahora aplicable el régimen general por vía de remisión normativa y aplicación de criterios indemnizatorios generales. Así el artículo del C.C.C. que resulta aplicable, es el 1740, en cuanto expresa: “Reparación Plena. La reparación del daño debe ser plena”, aplicable al contrato de transporte por remisión del artículo 1286.

Ante esta estructura normativa no entendemos razonable proponer la modificación del artículo 1740 ya que no es privativo de la regulación del contrato de transporte terrestre, sino que incumbe a un sinnúmero de situaciones a las cuales no les cabrían ni le serían aplicables los

argumentos vertidos a favor de la limitación de la responsabilidad del transportista que se esgrimen en el presente.

En razón de ello entendemos que el la modificación normativa propuesta debe operar sobre la normativa específica del contrato de transporte. En ese sentido podría mantenerse la remisión y estructura del artículo 1286, pero con la salvedad respectiva a la cuantía de la responsabilidad.

El texto propuesto sería: artículo 1286: Responsabilidad del transportista: La responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los artículos 1757 y siguientes. No será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1740, no pudiendo la indemnización debida al pasajero ser mayor al valor de plaza de (cantidad a determinar) de litros de combustible valor al público al momento del resarcimiento.

Al momento de limitar la responsabilidad por vía normativa se puede echar mano de diversas “medidas” que cuantifiquen la indemnización debida. Puede utilizarse un monto fijo a ser determinado y actualizado por el P.E.N., o puede utilizarse la referencia a un, por ejemplo, insumo o valor determinado relacionado o no con la actividad de que se trate. Muchas normas reguladoras de limitaciones de indemnizaciones por pérdida de equipajes transportados han hecho referencia a determinada cantidad de litros de combustible y/o a determinada cantidad de boletos mínimos en una jurisdicción determinada.

Creemos que la mejor manera de referenciar la limitación de responsabilidad es mediante la cantidad de litros de combustible, por las siguientes razones:

- a. No depende de actividad alguna del P.E.N. para su actualización.
- b. Se actualiza automáticamente.
- c. No depende de la política tarifaria (por ejemplo ahora con el congelamiento tarifario las indemnizaciones serían injustamente bajas).
- d. No difiere de jurisdicción a jurisdicción.
- e. Responde el valor del mismo, principalmente, a cuestiones de mercado y que se correlacionan con valores relativos del resto de la economía.

Referencias

- Bacigalup Vértiz, Mario G. (2014). *Contratos de Crédito*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Kluger, Viviana, (2006). *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Heliasta.
- Piaggi, Ana Isabel, (2007). *Cuestiones complejas de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Heliasta.
- Soler Aleu, Amadeo, (1980). *Transporte terrestre, Mercaderías y personas. Su régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

CAPÍTULO 3

Tratamiento de los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial de la Nación

María Cecilia López y Mario G. Bacigualup Vértiz

Parte General

Introducción: legislación que incide en materia bancaria

La ley 21.526 comprende bajo la denominación de entidades financieras a aquellas que “realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros” (art.1), cumpliendo esta función, por excelencia, los bancos y las compañías financieras. Hasta jurisprudencialmente, se reconoce a la intermediación como objeto principal de la actividad financiera⁵³.

La actividad de los intermediarios financieros, es decir que hacen profesión, de esta intermediación, no es una actividad libre, sino que se encuadra en un ordenamiento que le da publicidad, pues tanto la captación del ahorro cuanto su utilización en operaciones de crédito, son funciones de interés público⁵⁴.

La operatoria bancaria es la interposición en el crédito, mediación entre la oferta de fondos disponibles y la demanda de los mismos⁵⁵. Esta actividad constituye materia reservada al Congreso Nacional, ya sea en lo referidos a la regulación del funcionamiento del Banco Central de la República Argentina (BCRA) y de las entidades financieras, como en lo referido a los contratos en sí mismos y esto último por tratarse de materia legislada en los códigos de fondo.

Doctrinariamente, se distingue entre “operaciones” y “contratos” bancarios. La particularidad de las operaciones bancarias es su realización masiva, en forma de organización empresaria.

⁵³ CNCom.m., Sala A, 13/3/1985 “S.K.P. Establecimientos Metalurgicos SA c/ The First National Bank of Boston”, ED,120, 656; ídem sala D, 13/10/1980, “Rago, Juan C.c/ Banco de la Pcia. De Tucumán”, LL, 1980D-623; CNCAF, sala II,8/9/1992, “Hamburgo SA”, LL, 1993-C, 305.

⁵⁴ Molle, Giacomo (1987). *Manual de derecho bancario*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot. TCol.Civ.Rosario, 6ta Nominación, 8/11/1993, “Aussed, Enrique c/Banco de la Pcia. De Santa Fe”, LL Litoral, 1997-886.

⁵⁵ Muratti, Natalio (1960). *Elementos de ciencia y técnica bancarias*. Buenos Aires: Ed. Ateneo, p 11.

“Si hay una operación aislada, pertenecerá a otra figura jurídica (mutuo, depósito comercial) pero no tendrá la tipicidad de una operación de banco”, conforme sostiene Raúl Etcheverry⁵⁶.

Las operaciones de las entidades financieras se pueden clasificar del siguiente modo⁵⁷:

a) Operaciones pasivas: aquellas por las cuales la entidad capta del mercado el dinero necesario para la atención de su actividad, constituyéndose en deudor:

i.- depósito en cuentas corrientes;

ii.- depósitos en caja de ahorros;

iii- depósitos a plazo;

b) Operaciones activas: aquellas que permiten colocar en el mercado el dinero obtenido mediante las operaciones pasivas, o sus recursos propios, asumiendo el papel de acreedor:

i- Descuento y compra de documentos;

ii- Adelantos y descubierto en cuenta corriente;

iii- préstamos personales, hipotecarios y prendarios;

iv- anticipos sobre títulos y valores;

v- financiamiento de consumos a través de tarjetas de crédito.

c) Operaciones accesorias: desvinculadas de la captación y colocación de fondos, consisten fundamentalmente en la prestación de servicios:

i - alquiler de cajas de seguridad;

ii - compra de divisas y títulos valores;

iii - cobranza y pago de facturas;

iv- custodia y administración de títulos valores;

v – recaudación de impuestos y servicios públicos.

La función de conceder el crédito no es exclusiva de los bancos. Lo que éstos hacen, además, es recibir crédito (operaciones pasivas), para después servirse del dinero recibido (ahorro) con fines de redistribución dando crédito (operaciones activas).

En el contrato bancario, interviene un banco o entidad de crédito, en ejercicio y desempeño de su actividad autorizada, y cuyo objeto es el crédito⁵⁸.

Hoy día, cobran especial importancia las modificaciones introducidas en el Código Civil y Comercial en esta materia. Esta legislación contempla cuestiones formales vinculadas a la instrumentación de los contratos, a la obligatoriedad de respetar disposiciones sobre defensa del consumidor en su vinculación con la clientela y la eliminación de la categoría de contratos reales, por la repercusión que tienen en el impuesto de sellos, vigente en varias provincias como en la de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵⁶ Etcheverry, Raul A. (1977). *Manual de Derecho Comercial, Parte General*. Buenos Aires: Ed. Depalma, pág. 253.

⁵⁷ Rodríguez, Alfredo C. (1980). *Técnica y organización bancarias*. Buenos Aires: Ed. Macchi, pág. 154; Villegas, Carlos G. (2005). *Contratos mercantiles y bancarios*. Ed. del autor, 2005, T.II, pág.80.

⁵⁸ Villegas, op. cit. en nota 5, T. II pág.89

El código legisla sobre normas generales de título de crédito, reglas particulares sobre los contratos bancarios de consumo y sobre algunos contratos bancarios: depósito, cuenta corriente, préstamo, caja de seguridad y custodia de títulos. Sin embargo, operaciones comunes a su operatoria han quedado fuera del capítulo correspondiente (leasing y factoraje) reglados en otro capítulo y la tarjeta de crédito por ley especial.

Legislación de Defensa del Consumidor sobre operatoria bancaria⁵⁹.

Actualmente se ha ampliado el ámbito de vigencia de la Ley 24240 (Ley de Defensa del Consumidor) pues se aplica a todas las relaciones jurídicas emergentes de contratos en los que los bienes y servicios no integran procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Refiriéndonos específicamente a la materia financiera, gran parte de la doctrina ha sostenido que la Ley de Defensa del Consumidor, era aplicable a la actividad prestada por las mismas a sus clientes. A su vez, reiterada jurisprudencia, también, se ha inclinado en dicho sentido⁶⁰; ya sea con relación a los contratos de ahorro, a los de tarjetas de crédito, a los de caja de seguridad, de cajeros automáticos, de cuenta corriente, con referencia las tasas de interés, en operaciones de descuento de cheques.

El Código Unificado incluye normas cuya fuente en la Ley de Defensa del Consumidor, los art. 4, 7 y 8 de la Ley 24240, se corresponden con los arts. 1100, 1101 y 1103 del CCyC. El art. 1384 del CCyC establece la aplicación de la legislación de los contratos de consumo a los contratos bancarios, ya sea al momento de su celebración como en las etapas previas de este.

ARTICULO 1384.- Aplicación. Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.

ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

⁵⁹ Fröhlich, Juan Ricardo (2015). *Contratos y títulos valores e el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial 20XII Grupo Editorial.

⁶⁰ CNC, Sala H, 16/8/2002, "T.,M.E. s/ suc.", LL, 2002-E, 482; CNCom., 12/4/2013, "Farfan, Norma c/ HSBC Bank s/ordinario"; CNCom.m., sala H, 28/4/1998, "Finvercon SA c/Pierro, Claudia A", LL, 1998-C, 624, ídem, sala B, 19/7/2001, "F.M. c/Citibank", DJ, 2001-3-889; 2002, CNC, sala C, 21/3/1996, "Schmukler de Dozoretz, Eva c/ Banco Mercantil Argentino", JA, 1997-III-156; CNAF, sala V, 10/3/1999, "Citibank NA c/Secretaria de Comercio", LL, 2000-E,880; CNAF, sala IV,10/2/2000, "Banco Caja de Ahorro c/ S.C." ED, 190, 344; CCC Quilmes, Sala II, 15/12/2000, "Banco Frances c/ P.,W.C.", LLBA, 2001,986; CNCom.,5/5/2010, "Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Banco Meridien SA", LL, 2014-B,338.

ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

ARTICULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

La Carta Orgánica del BCRA, modificada por Ley 26.739, amplía entre sus “funciones y facultades”, la de proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuaciones con las autoridades competentes en estas cuestiones”. Sobre la base de ello, se dictó la Comunicación A 5388 (texto base): “Protección de los usuarios de servicios financieros”; la Comunicación A 5460 incluyó reglas sobre la forma y el contenido de los contratos bancarios (parte 2.1), la Comunicación de A 5990 del 1/4/2016 incorporó el criterio general a seguir por los sujetos obligados y la supervisión que ejerce el BCRA (parte 1.2).

1.2. Criterio general y supervisión.

Los sujetos obligados deben considerar y resolver fundadamente y contemplando los derechos básicos enunciados en la Sección 2., los reclamos que, relacionados con los servicios que ofrecen y/o prestan, les planteen los usuarios de tales servicios.

El Banco Central de la República Argentina supervisará la actuación de los sujetos obligados, a quienes les resultarán de aplicación las disposiciones de la Sección 6. en caso de incumplimiento de las presentes normas.

2.1. Concepto.

Los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en la relación de consumo respectiva, a:

- la protección de su seguridad e intereses económicos;
- recibir información adecuada y veraz acerca de los términos y condiciones de los servicios que contraten, así como copia de los instrumentos que suscriban;
- la libertad de elección; y
- condiciones de trato equitativo y digno.

Los sujetos obligados deberán adoptar las acciones necesarias para garantizar estos derechos a todos los actuales y potenciales usuarios de los servicios que ofrecen y prestan, de manera de asegurarles condiciones igualitarias de acceso a tales servicios.

El art.1099 del CCyC que se aplica a las entidades financieras para prohibir las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor (ejemplo: cuando se exige para otorgar una

tarjeta de crédito la apertura de una caja de ahorro), encuentra su origen en lo normado por el punto 2.3.1.2 de la “Protección de los usuarios de servicios financieros”.

ARTICULO 1099.- Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

2.3.1.2. Contratos multiproducto.

En materia de libertad de elección de productos o servicios financieros brindados por los sujetos obligados, se admitirán contratos multiproducto en la medida en que las secciones correspondientes a cada producto puedan escindirse en contratos individuales autónomos, de manera tal que cada usuario pueda adherir solamente a el/los productos que efectivamente le interesen.

El art.3 de la Ley 24240 primer párrafo *in fine*, modificado por Ley 26361, fue casi reproducido por el texto emanado del BCRA (parte 2.3.7).

ARTÍCULO 3º — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

2.3.7. Interpretación. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el usuario de servicios financieros. Cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación se estará a la que sea menos gravosa.

Siguiendo este sentido, la reglamentación del BCRA establece concretamente que:

1.1.1. Usuario de servicios financieros. A los efectos de la presente reglamentación, este concepto comprende a las personas físicas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2., como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos.

Forman también parte de esta categoría los deudores de créditos cedidos por las entidades financieras comprendidas en la Ley de Entidades Financieras,

independientemente de que hayan o no sido notificados fehacientemente de la transferencia de su obligación, así como los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras por cesión.

1.1.2. Sujetos obligados.

1.1.2.1. Entidades financieras.

1.1.2.2. Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. del Decreto N° 62/71.

1.1.2.3. Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

1.1.2.4. Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

Cuando un tercero desarrolle tareas relativas a servicios ofrecidos por los sujetos obligados o en su nombre, ambos serán responsables por el cumplimiento de las presentes normas. Lo anterior deberá establecerse en los instrumentos que acuerden la realización de dichas tareas.

En suma, la normativa del BCRA sobre “Protección de los usuarios de servicios financieros”, no deja lugar a dudas de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (hoy modificada por la Ley 26994) a los contratos bancarios.

Contratos Bancarios en Particular

Los contratos bancarios regulados en el nuevo Código: su ubicación y tratamiento

El capítulo 12 del título IV, libro Tercero del Código Unificado, nominado Contratos Bancarios, Sección 1ra., regla las disposiciones generales aplicables a este tema.

De acuerdo con lo establecido en el art. 1378 del CCyC, “las disposiciones relativas a los contratos bancarios” se aplican a los contratos celebrados con entidades financieras y a aquellos, en los cuales no intervengan estas últimas (ejemplo: emisoras de tarjetas de crédito) siempre que el Banco Central de la República Argentina, los incluya en la normativa sobre Entidades Financieras.

Se ha concluido que los contratos bancarios son contratos por adhesión donde la “libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar). La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece; con lo cual, la igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas”⁶¹.

⁶¹ Compiani, María Fabiana (2015). El contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-contrato-celebrado-por-adhesion-a-clausulas-generales-predispuestas-Por-Maria-Fabiana-Compiani.pdf>

El Código en su artículo 985 y siguientes, ha establecido que en estos contratos las cláusulas generales de carácter predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Establece, también, que aquellas condiciones o cláusulas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, se tienen por no convenidas.

Estas reglas generales referidas a los contrato de consumo, se complementan y/o se especifican, en el tema que nos ocupa y en lo normado por los artículos 1379, 1380, 1381, 1382 y 1383 del CCyC. En este orden, lo legislado con respecto a la tasa de interés⁶² cobra importancia pues determina que si no se establece su tasa, se aplicará la tasa nominal⁶³ mínima (para operaciones en las que el cliente sea deudor) y máxima (para los casos en los que el cliente sea acreedor), para las operaciones activas (ejemplo: operaciones de préstamo bancario) y pasivas (ejemplo: operaciones de depósito bancario) promedio del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso o de la imposición.

Se establece que el contrato deberá formalizarse por escrito y que el cliente podrá obtener un ejemplar de tal (art. 1380). El artículo 1382 del CC y C establece obligaciones de información periódica por lo menos anual y regla la aceptación tácita de la comunicación si no media oposición pasados los 60 días de su recepción, exceptuando de dicho plazo las acciones previstas para los contratos de consumo. El artículo 1383 del CC y C prevé el derecho del cliente de rescindir, en cualquier momento de la contratación, un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, salvo los devengados con anterioridad a la rescisión.

El Código dispone en este capítulo reglas para con consumidores y usuarios (arts. 1384 a 1389 del CC y C). Así, nos remite, en el artículo 1383, a lo normado para el contrato de consumo (arts. 1093 y ss. del CCyC). Se establecen obligaciones específicas en materia de publicidad (art. 1383 del CC y C), las que en la práctica se especifican en las comunicaciones que el BCRA ha dictado o podrá dictar dentro del marco de sus facultades orgánicas y refiriéndose a la protección de los usuarios de servicios financieros. El artículo 1386 se corresponde con lo normado en art. 1380, estableciendo deberes a cargo del Banco en cuanto a la conservación el contrato, para asegurar al consumidor y/o usuario el conocimiento de los términos del mismo. En el artículo 1387, se establecen exigencias a cargo del banco que debe cumplir antes de la contratación, con el fin de que el cliente contraste esa propuesta con otras ofertas de crédito publicadas por el BCRA. Si el Banco rechaza el otorgamiento del crédito por información crediticia negativa, debe informar dicha situación en forma inmediata y gratuita al consumidor, así como la fuente de donde la obtuvo. El artículo 1388 prohíbe el cobro de cualquier suma al consumidor si no se encuentra prevista expresamente en el contrato; y si no corresponde a servicios efectivamente prestados por el banco. El artículo 1389 sanciona con

⁶² Tasa de interés: es el porcentaje que hay que pagar por los préstamos solicitados al banco o el porcentaje que se cobrará por los ahorros depositados.

⁶³ Tasa nominal: es un porcentaje legal o contractualmente establecido, con relación a un período de tiempo dado (por ejemplo un año o un mes), que aplicado sobre el capital, da como resultado la cantidad de intereses generados. La tasa efectiva es la que aplicada sobre un capital sometido a capitalizaciones periódicas del interés, es capaz de producir el monto final (luego de tales capitalizaciones) en forma directa: ver Botbol, José (1979). *Curso general de matemática financiera*. Buenos Aires: Editorial Ergón, 5ª edición., p. 69. En otras palabras, la tasa efectiva representa el porcentaje de lo que una persona realmente paga en los préstamos, o cobra en los depósitos, y que se calcula a partir de la tasa nominal, siempre que no existan otros costos adicionales, y sumando el resultado de todos los pagos de intereses al capital original.

nulidad a los contratos de crédito que adolezcan de ciertos requisitos como es el tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento y las condiciones de desembolso y reembolso, esto es sin perjuicios de las omisiones que puedan ser suplidas por el artículo 1381 referidas a la tasa de interés.

Amén de las normas contenidas en la legislación de fondo, la Carta Orgánica del BCRA establece como su función la de proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en esas materias (Ley 26.739 art. 4° inciso h). En este sentido existe una reglamentación compuesta por *Comunicaciones A*⁶⁴ que conforman la: PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. Allí se especifica y en su caso amplía lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁵.

Depósito bancario

Este contrato se encuentra reglado en el artículo 1390 del CC y C:

Art. 1390 del Código Civil y Comercial de la Nación: Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

El depósito, en términos generales, consiste en colocaciones de dinero que se realizan en entidades financieras, a cambio de una rentabilidad o ganancia representada por el interés.

El depósito bancario, referido en el artículo 1390 del CCyC, es una operación por la cual una persona (depositante) entrega a una entidad financiera (depositario) una suma de dinero (o títulos valores) con el compromiso de su restitución en la misma especie, con fecha prefijada o cuando aquél lo solicite, y que generalmente cuenta con una remuneración por parte de la entidad depositaria. El depositante transfiere la propiedad del dinero, que debe ser devuelto en la misma moneda y cantidad.

En el depósito irregular se transmite el dominio de las cosas, y el depositario debe devolver la misma calidad y cantidad (art. 1367 del CCyC). Este depósito irregular que se presume oneroso, es remunerado a cargo del depositante, y si fuera gratuito, debería reembolsar los gastos en que incurra el depositario (art. 1357 del CCyC).

En cambio, en el depósito bancario, la regla es que la remuneración la debe el depositario⁶⁶. Esta remuneración es la renta o ganancia que obtiene el depositante, por tal colocación de

⁶⁴ Comunicaciones A: Tratan temas normativos de carácter permanente; según diccionario del BCRA (<http://www.clientebancario.bkra.gov.ar/diccionario/Diccionario.pdf>).

⁶⁵ Recuperado en <http://www.bkra.gov.ar/pdfs/texord/t-pusf.pdf>.

⁶⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis y otros (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, T° VII, art. 1390, apartado III), ps. 259/60.

dinero y se la conoce como el interés⁶⁷ que la misma genera a su favor. Quién debe pagar la retribución marca la diferencia con el referido depósito irregular,

Los depósitos bancarios pueden ser *a la vista* (art.1391 del CCyC) y *a plazo* (art. 1392). Los depósitos *a la vista* son aquellas colocaciones en las que el dinero se deposita en una cuenta bancaria (ejemplo: caja de ahorro y cuenta corriente)⁶⁸ y pueden ser retirados en forma inmediata por el titular de la cuenta. Es decir que no se fija plazo ni preaviso para su restitución. Por esta característica de poder retirar el dinero en cualquier momento, los bancos pagan a los depositantes un interés muy bajo, o ninguno. Si el depósito es gratuito, los gastos que debe el depositante obedecen al costo administrativo por la gestión de la cuenta y no a la custodia o restitución del dinero. En cambio, en los depósitos *a plazo*⁶⁹, el depositante deja inmovilizado el dinero en el banco por un tiempo inicialmente pautado o hasta que se cumpla para su restitución un preaviso pactado. Los depósitos a plazo se pueden realizar a 30, 60, 90, 180, 270 ó 360 días, según la normativa del BCRA. Este depósito llamado, también, a término, tiene una finalidad lucrativa. El depositante tiene derecho a su remuneración.

Estructuralmente el depósito bancario y el mutuo de dinero son idénticos, en tanto que las prestaciones a cargo de las partes son las mismas y cumplen una función económica muy similar. No obstante, sobre la base de las modalidades de contratación arriba señaladas (a la vista y no remunerado, y a plazo y/o remunerado), se pueden establecer matices entre ambos. En el depósito bancario, el plazo se fija en principio a favor de depositante (que equivale a mutuante), mientras que en el mutuo el plazo –también en principio- se fija a favor del mutuario (depositario). En los depósitos a plazo y/o remunerados, el plazo se fija a favor del depositante y éste puede exigir la inmediata devolución resignando la remuneración (art. 1392 1º párrafo CCyC). En cambio, el plazo que se establece en el mutuo está a favor del mutuario y éste puede oponerse a la restitución hasta el vencimiento pactado.

Cuenta corriente bancaria

Aspectos Generales

Con respecto a la cuenta corriente bancaria, tenemos una reglamentación específica por parte del BCRA (Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria)⁷⁰ y hoy día, la establecida en Código Civil y Comercial, en los arts. 1393 a 1407 del CCyC.

⁶⁷ Interés: Pagos por el uso de capital real o financiero en un lapso de tiempo, realizados por los usuarios del capital a sus dueños.

⁶⁸ En las "cuentas", las entidades financieras correlacionan todas las imposiciones que hace un cliente, las suman, restan los retiros o reembolsos, y establecen luego de cada transacción un nuevo saldo (art. 1391 CCyC).

⁶⁹ En el depósito *a plazo*, se mantiene la individualidad contable de cada imposición, por lo cual el banco otorga un certificado por cada una de ellas, que podrá ser transferible por la vía de endoso o de cesión de créditos, según se exprese en dicho certificado (art. 1392 párrafo segundo CCyC).

⁷⁰ Comunicación A 3244 del BCRA y sus modificatorias. Recuperado de <http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Texord/t-ctacte.pdf>.

ARTICULO 1393.- Definición. La cuenta corriente bancaria es el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja.

Este concepto, catalogado como descriptivo por la doctrina, se integra con la mencionada Reglamentación del BCRA, que detalla las obligaciones del cuentacorrentista⁷¹.

Se ha aclarado en el artículo 1393 transcrito que la prestación del servicio de caja es facultativa, con lo cual ha quedado zanjada la discusión sobre las cuentas "no operativas"⁷².

A su vez, conforme el art. 1397 del CCyC, el servicio de cheques, tampoco, es necesario para la existencia del contrato de cuenta corriente bancaria⁷³. "Si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes"⁷⁴.

ARTICULO 1395.- Créditos y débitos. Con sujeción a los pactos, los usos y la reglamentación:

a) se acreditan en la cuenta los depósitos y remesas de dinero, el producto de la cobranza de títulos valores y los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos;

b) se debitan de la cuenta los retiros que haga el cuentacorrentista, los pagos o remesas que haga el banco por instrucciones de aquél, las comisiones, gastos e impuestos relativos a la cuenta y los cargos contra el cuentacorrentista que resulten de otros negocios que pueda tener con el banco. Los débitos pueden realizarse en descubierto.

Todas las operaciones están detalladas en la Reglamentación de la cuenta corriente bancaria del BCRA⁷⁵.

⁷¹ La reglamentación del BCRA contrato de cuenta corriente bancaria, en la parte pertinente dice: 1.5.1.: Mantener suficiente provisión de fondos o contar con la correspondiente autorización escrita para girar en descubierto a fin de que la entidad atienda los cheques comunes librados contra la cuenta y, en caso contrario, no emitirlos apartándose de las condiciones convenidas por escrito(...); Al recibir los extractos, hacer llegar a la entidad su conformidad con el saldo o bien las observaciones a que hubiera lugar (...); Actualizar la firma registrada (...); Dar aviso a la entidad, por escrito, del extravío, sustracción o adulteración de las fórmulas de cheques en blanco(...); Dar cuenta a la entidad, por escrito, de cualquier cambio de domicilio, etc.

⁷² Cuenta corriente "no operativa": se denominaban así a las cuentas en las que no se ha prestado efectivamente servicio de caja, a través de libramiento de cheques (generalmente no se les entregaba "chequera" al cliente en estos casos. A *contrario sensu*, se denominaban "operativas", a las que su uso estaba vinculado al libramiento de cheques.

⁷³ A pesar de lo que norma la Reglamentación del B.C.R.A. sobre el uso obligatorio de cheques en las cuentas de titularidad de personas humanas, el art. 1393 del CCyC dispone que el servicio de cheques como optativo. Esto implica que avala la llamada cuenta corriente "no operativa".

⁷⁴ Art. 1397 del CCyC.

⁷⁵ La Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria, establece: Sección 2. Movimiento de las cuentas 2.1. Créditos.2.1.1. Mediante depósitos por ventanilla o cajeros automáticos. (...)2.1.2. A través de transferencias - inclusive electrónicas-, órdenes telefónicas, a través de "Internet",etc. (...) 2.1.3. Por créditos internos. 2.1.4. Otros. 2.2. Débitos. 2.2.1. Por pago de cheques(...) 2.2.2. Transferencias, las que deberán ser ordenadas por el cuentacorrentista, cualquiera sea su forma -personal, electrónica, telefónica, vía "Internet", etc..

ARTICULO 1396.- Instrumentación. Los créditos y débitos pueden efectuarse y las cuentas pueden ser llevadas por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros en las condiciones que establezca la reglamentación, la que debe determinar también la posibilidad de conexiones de redes en tiempo real y otras que sean pertinentes de acuerdo con los medios técnicos disponibles, en orden a la celeridad y seguridad de las transacciones.

En la cuenta corriente se acreditan los depósitos y remesas de dinero, el producto de la cobranza de títulos valores y los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos. Por otra parte, se debitan de la cuenta los retiros que haga el cuentacorrentista, los pagos o remesas que haga el banco por instrucciones de aquél, las comisiones, gastos e impuestos relativos a la cuenta y los cargos contra el cuentacorrentista que resulten de otros negocios que pueda tener con el banco. Los débitos pueden realizarse en descubierto.

El cuentacorrentista está obligado a mantener suficiente provisión de fondos, girando⁷⁶ sobre la cuenta sólo cuando exista saldo acreedor en ella, o contar con la correspondiente autorización escrita para girar en descubierto, a fin de que la entidad atienda los cheques comunes librados contra la cuenta. Sobre la base de ello, el contrato de cuenta corriente bancaria se funda no solo "en la confianza pública y buena fe que ambas partes se atribuyen recíprocamente" sino sobre todo en la solvencia y capacidad de pago del cuentacorrentista⁷⁷.

El saldo de la cuenta es la diferencia entre créditos y débitos.

El artículo 1402 del CCyC establece que la registración contable de la acreditación en la cuenta corriente de créditos o valores contra terceros sólo corresponde cuando se han hecho efectivos.

La autorización para realizar débitos en descubierto está normada por las disposiciones del BCRA y queda sujeta a ella. La administración y registro de las operaciones en la cuenta corriente bancaria se realiza por el banco. El artículo 1396 establece que las cuentas deben ser llevadas por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros en las condiciones que establezca la reglamentación.

La apertura de esta clase de cuentas debe cumplir con recaudos específicos por parte de la entidad bancaria respectiva⁷⁸, que tiendan de algún modo a evitar la utilización abusiva de la misma a través, por ejemplo, del libramiento de cheques por parte del titular sin contar con fondos suficientes. Las normas del BCRA reflejadas en la "Reglamentación de la cuenta corriente bancaria" establecida en la Comunicación "A" 3244 y sus posteriores modificatorias, pone énfasis en la identificación de los titulares de cuentas corrientes, como su domicilio y las informaciones que brindan al solicitar su apertura. Solicitada la apertura de la cuenta, el banco debe hacer una verificación razonable que tienda a evitar que con la misma se facilite la comisión de ilícitos. Esta

⁷⁶ Giro: Instrucción de pago emitida por una persona a favor de una tercera en un lugar y en una fecha determinados.

⁷⁷ CNCom.m, Sala F, 29/05/2014, "Viñas del Lago S.A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ medida precautoria".

⁷⁸ Barbier, Eduardo A. (1999). *Contratación bancaria, Consumidores y usuarios*. Buenos Aires: Ed. Astrea, T.1.

omisión o su cumplimiento deficiente, responsabilizan al propio banco, debiendo reparar el daño ocasionado por la negligencia acontecida en la apertura de la cuenta corriente⁷⁹.

Intereses

ARTICULO 1398.- Intereses. El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten.

Los bancos solían establecer la capitalización mensual de intereses debidos sobre el saldo deudor y mantenían esa regla después de cerrada la cuenta corriente bancaria. Con el artículo en estudio, se mantiene la capitalización trimestral y se establece que el saldo "acreedor" de cuenta corriente (esto es a favor del cliente), también, podrá generar intereses capitalizables conforme lo que pacten las partes y lo que establezca la autoridad de control financiero, sin acotarlo a la vigencia del contrato. La Reglamentación de Cuenta Corriente Bancaria reconoce en su punto 2.3.1. respecto de los intereses, que "podrán reconocerse sobre los saldos acreedores de la cuenta corriente, en las condiciones que libremente se convengan con los clientes"⁸⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia no reconocía la capitalización de intereses en el saldo deudor. Recientemente se dispuso que

Cuando, como en el caso, se trata de una obligación en mora de larga data (12.2.93), que la parte actora hasta el momento no ha podido percibir ni siquiera una parte del crédito adeudado y que se encontraba pactada la aplicación adicional de intereses punitivos, en ese marco, los réditos deben ser calculados aplicando dos veces y media la tasa activa sin capitalizar, que es el tope máximo que ha sido admitido por este Tribunal para el cálculo de los intereses por todo concepto" (v. "Fideral SA c/ Humanes, Daniel y otro s/ ejecución prendaria", del 3/4/96; "Atlantic South City c/ Servicios Argentinos de Seguridad Empresaria SA s/ ejecutivo", del 4/8/11; "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Moras y Cia. SA y otro s/ ejecutivo", del 15/9/11, entre otros).

Es que de aplicarse la capitalización pretendida por el banco actor la liquidación practicada produciría una diferencia de algo más del 11.100% del capital original. (En el caso, el capital adeudado es \$ 2.236,26 y con los intereses pretendidos ascendería a los \$ 248.277,89)⁸¹.

Con respecto al cómputo de intereses del saldo deudor, la jurisprudencia remarcó que "El cómputo de los intereses que corresponden adicionar al certificado de saldo deudor, debe ser establecido desde la fecha del cierre de la cuenta" (CCom, Sala D, 3/12/08, "Banco Credicoop

⁷⁹ CNCom.m, Sala C, 11/2/1993, "Cierres Love SA c/ Banco de la Pcia. de Bs. As.", LL, 1993-E, 311; CNCom.m Sala A, 28/8/1986, "Molina, Delia J. c/ Banco de Catamarca", LL1986-E,339.

⁸⁰ Punto actualizado por A 6148 del 06/01/2017.

⁸¹ CNCom., Sala E, 30/06/16, "Banco Holandes Unido SA c/ Ponce Ismael Jorge y Otro s/ Sumario".

Coop. Ltda. c/ Leone, Néstor y otros s/ ejecutivo"; 13/9/06, "Banco Francés SA c/ Santa María, Héctor Oscar s/ ejecutivo"; entre otros), pues es allí donde se configura el *dies a quo* de los accesorios acumulables al capital derivados de su emisión"⁸².

Responsabilidad solidaria

ARTICULO 1399.- Solidaridad. En las cuentas a nombre de dos o más personas los titulares son solidariamente responsables frente al banco por los saldos que arrojen.

Con anterioridad a la vigencia del presente código la responsabilidad contractual solidaria había sido reconocida jurisprudencialmente⁸³. Dicha clase de responsabilidad era establecida por convenio de partes en el contrato de cuenta corriente.

Propiedad de los fondos

ARTICULO 1400.- Propiedad de los fondos. Excepto prueba en contrario, se presume que la propiedad de los fondos existentes en la cuenta abierta, conjunta o indistintamente, a nombre de más de una persona pertenece a los titulares por partes iguales.

El art. 1400 del CCyC establece una presunción *iuris tantum* para la propiedad de los fondos. Esta presunción rige tanto para orden conjunta o indistinta.

Se ha criticado este artículo pues se sostiene que debió hablarse de "propiedad del crédito" o "disponibilidad de los fondos", pero no de "propiedad de los fondos" existentes. Se ha fallado que en el depósito de fondos en cuenta corriente bancaria la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta de dinero depositado en el banco (art. 732, Cód. Civil) y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera⁸⁴.

La confusión radica entre *propiedad y disponibilidad de fondos* y entre *titularidad conjunta* (propiedad de los fondos por partes iguales) o *indistinta* (propiedad de los fondos en su totalidad de cada titular)⁸⁵.

A su vez, la previsión del art. 1400 del CCyC para este contrato no es la misma que la que establece el art. 1391 del CCyC referido a los depósitos bancarios. De hecho, "si el depósito

⁸² CNCom., Sala D, 18/08/16, "Banco ITAU BUEN AYRE SA C/ Arinovich Mónica Alicia S/ Ejecutivo".

⁸³ CNCom., Sala B, 23/5/1979, "Serafini, Sergio c. Shandra, Ifer"; CNCom., Sala A, 9/9/1991; *ED*, 145-686.

⁸⁴ CNCom., Sala B, "Almagro Construcciones, S. A. c. Banco de Crédito Rural Argentino, S. A.", 13/12/1985, *LL* 1986-B, 371, *LL Online*: AR/JUR/2076/1985.

⁸⁵ Barreira Delfino, Eduardo A. (2014). La cuenta corriente bancaria en el Código Civil y Comercial. En: *IJ Editores*, IJ-LXXV-270.

está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponerlo, aun en caso de muerte de una, excepto que se haya convenido lo contrario”⁸⁶.

La *disponibilidad* de fondos en este contrato hace a su *estructura* pues habilita al cuentacorrentista a *disponer* en cualquier momento de la suma acreditada⁸⁷.

Lo establecido se contrapone al art. 1390 del CCyC en cuanto al depósito bancario que sostiene que el contrato transfiere al banco la propiedad del dinero depositado.

Extinción del contrato de cuenta corriente bancaria

Sobre el particular, el nuevo código establece:

ARTICULO 1404.- Cierre de cuenta. La cuenta corriente se cierra:

- a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario;
- b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista;
- c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco;
- d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención.

Los supuestos de cierre de la cuenta corriente establecidos en el artículo 1404 del CCyC se complementan con lo pactado por las partes y por lo establecido en la Reglamentación del BCRA⁸⁸.

El inc a) del presente artículo reafirma que en la relación entre el banco y el cliente, lo que prima, en principio, es la voluntad de las partes.

En ese sentido, la jurisprudencia ha establecido que "...con la única limitación derivada de la necesidad de efectuar el aviso previsto en el artículo 792 del Cód. de Comercio, el cierre de una cuenta corriente bancaria constituye materia en la que prima la libertad de contratación" y que el *puro arbitrio* del banco es suficiente para disponer el cierre de la cuenta, la que se admite aún en casos de presentación en concurso de su titular⁸⁹. También, considerando como abusiva la conducta de una entidad bancaria que desconociendo las disposiciones

⁸⁶ Barreira Delfino, "Cuenta Corriente..."

⁸⁷ Ribera, Carlos E. (2015). Contratos de cuenta corriente bancaria y caja de seguridad en el nuevo Código. En: *La Ley*, (2015-C) 1139. Por otra parte, una *disponibilidad* puede tener, como en el caso, origen en una entrega previa de fondos por parte del cliente (depósito), o en una apertura de crédito (art. 1410 CCyC (Garrigues, Joaquín (1975). *Contratos bancarios*. Madrid: Edición del autor, p. 185.

⁸⁸ La Reglamentación de cuenta corriente bancaria, en la Sección 9. Cierre de cuentas y suspensión del servicio de pago de cheques como medida previa al cierre de la cuenta, dispone entre otras: Las contractualmente establecidas, La inclusión del cuentacorrentista en la "Central de cuentacorrentistas inhabilitados", Falta de pago de las multas de la Ley 25.730, Causas legales o disposición de autoridad competente, etc.

⁸⁹ La Cámara sostuvo que "...con la única limitación derivada de la necesidad de efectuar el aviso previsto en el artículo 792 del Cód. de Comercio, el cierre de una cuenta corriente bancaria constituye materia en la que prima la libertad de contratación" y que el "puro arbitrio" del banco es suficiente para cerrar la cuenta.

reglamentarias y contractuales, mantuvo una cuenta bancaria abierta, en beneficio propio, de un titular fallecido, pues existía un saldo deudor pasible de ser ejecutado en los términos del ex artículo 793 Cód. Com., al solo efecto de seguir devengando intereses⁹⁰.

Se ha dispuesto jurisprudencialmente que corresponde cerrar la cuenta corriente, para evitar que genere cargos en contra del cliente, en caso de desuso de la misma durante un tiempo razonable. Expresamente se falló:

Verificada la mora, el banco no puede mantener abierta *sine die* una cuenta corriente cuyo titular ha dejado de utilizar durante varios años antes de su cierre. Doble orden de fundamentos conducen a la aludida conclusión. Por un lado, confluencia el hecho de que ese extremo es suficiente para demostrar que la causa del negocio (CCCN 281) ha desaparecido en los términos previstos en el art. 1013 del citado código; norma que, para ese supuesto, expresamente dispone la extinción del contrato en el cual tal causa ha dejado de subsistir. Y, por el otro, concurre también otra disposición, no ya de índole general -aplicable a todos los contratos- como la recién citada, sino específicamente vinculada a los contratos bancarios. Nos referimos a lo dispuesto en el art. 1388 del mismo ordenamiento en cuanto expresamente establece, mediante norma imperativa, que '... en ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente...' (sic). Como es claro, una cuenta que ha permanecido sin uso durante varios años no es susceptible de generar al usuario ningún servicio que el banco se encuentre autorizado a cobrarle mediante débitos a ser practicados en tal cuenta. El proceder que, en sentido contrario, observó el banco, debe considerarse abusivo en los términos de los arts. 9 y 10 del código citado, lo cual autoriza a la Sala a obrar del modo en que ordena esta última norma cuando autoriza al juez a disponer lo necesario para evitar que se consumen los efectos del ejercicio abusivo de un derecho o posición jurídica. (CNCom, Sala C, "Banco del Buen Ayre SA c/ Parnetti, Alberto Enrique", 30.12.93)⁹¹.

En cuanto al inc. b) del art. 1404, cabe decir que se corresponde con lo normado por el artículo 147 de la ley 24.522 (de quiebras).

Reglas subsidiarias

En cuanto a las reglas a aplicar subsidiariamente a este contrato, el nuevo código dice:

ARTICULO 1401.- Reglas subsidiarias. Las reglas del mandato son aplicables a los encargos encomendados por el cuentacorrentista al banco. Si la operación debe realizarse en todo o en parte en una plaza en la que no

⁹⁰ CNCom., Sala C, 13/11/2009, "Banco Itau Buen Ayre S.A. c. López, Nélica María", *LLOnline* AR/JUR/58104/2009.

⁹¹ CNCom., Sala C, 18/10/16 "Banco Industrial SA c/ Dujovne Ricardo Abel s/ Ejecutivo".

existe casa del banco, él puede encomendarla a otro banco o a su corresponsal. El banco se exime del daño causado si la entidad a la que encomienda la tarea que lo causa es elegida por el cuentacorrentista.

El mandato está expresamente legislado en el artículo 1319 del CCyC. De todas maneras, esta regla ya había sido reconocida en materia de cuenta corriente bancaria por numerosos fallos⁹².

Según lo dispuesto en el artículo 1325 del CCyC, si existiera conflicto de intereses entre el banco y el cliente, el primero debe posponer los suyos en la ejecución del mandato.

Resúmenes bancarios

Este instrumento contiene todas las operaciones del banco con el cliente (art. 1395 del CCyC).

ARTICULO 1403.- Resúmenes. Excepto que resulten plazos distintos de las reglamentaciones, de la convención o de los usos:

a) el banco debe remitir al cuentacorrentista dentro de los ocho días de finalizado cada mes, un extracto de los movimientos de cuenta y los saldos que resultan de cada crédito y débito;

b) el resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los diez días de su recepción o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo.

Las comunicaciones previstas en este artículo deben efectuarse en la forma que disponga la reglamentación, que puede considerar la utilización de medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros.

Si bien las reglamentaciones o convenciones, a las que alude el artículo, pueden establecer plazos distintos, el CCyC fija plazos mínimos.

Con referencia al silencio guardado luego de recibido el extracto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha resuelto que la no impugnación de los extractos por parte del cliente, no tiene virtualidad para convalidar débitos de intereses que pudieran resultar que pudieran ser declarados excesivos⁹³. Asimismo se resolvió que la facultad de la justicia para reducir intereses usurarios se basa en el principio de que "nada contrario al orden público y a las

⁹² Se había establecido que "tratándose de cheques depositados en cuenta corriente, la transmisión del título no se produce por una transferencia de la propiedad, sino en función de un mandato conferido al Banco para que efectivice el crédito incorporado en el título y acredite el importe en la cuenta" (CNCom., Sala A, 15/11/1988, "Caja de Crédito Versailles Ltda., S. A., Quiebra, s/ Inc. de rev., prom. por Sevel Argentina, S. A.", LL1989-C, 168, AR/JUR/2380/1988).

⁹³ En este sentido dijo la Corte: "el silencio luego de recibidos los extractos hace presumir la conformidad del cuentacorrentista con los intereses que el Banco cargaba en su cuenta por las operaciones en descubierto". Pero cuando se plantea que las tasas aplicadas por "la entidad bancaria conducen a resultados incompatibles con las exigencias de la moral y las buenas costumbres, la carencia de impugnación por parte del cuentacorrentista en los términos del art. 793 del Código de Comercio, no implica conformidad con las mismas" y "la nulidad absoluta de las tasas de interés que conduce a resultados incompatibles con la moral y las buenas costumbres impide aplicar lo dispuesto en el art. 793 del Código citado, pues la nulidad no puede ser materia de renuncia anticipada, ni cabe considerarla subsanada por una suerte de consentimiento tácito del obligado (conf. CNCom., sala C, marzo 31-1995 en *La Ley*, 1995-D, 803; CNCom., sala E, marzo 31 de 1999 en *ED*, 185-203)."

buenas costumbres puede tener amparo judicial,...incluso si la liquidación no fue observada, el tribunal no puede aprobarla si sus rubros no se concilian con la moral y las buenas costumbres..." (Suprema Corte de Mendoza, sala I, marzo 26-1996 en LA LEY, 1996-C, 715)⁹⁴.

Con lo cual se puede plantear la revisión de la tasa de interés por considerarla abusiva, a pesar de la falta de impugnación en tiempo y forma de los extractos bancarios.

Tanto el art. 860 del CCyC como el art.862 del CCyC, que reglan aspectos del deber de rendir cuentas, se aplican a lo dispuesto por el artículo en estudio⁹⁵.

La aprobación tácita no impide el reclamo posterior basado en errores de cálculo o registración, el que deberá promoverse en el plazo de caducidad de un año desde la recepción del resumen.

Compensación de saldos

En cuanto a la problemática del título, el nuevo ordenamiento dispone:

ARTICULO 1405.- Compensación de saldos. Cuando el banco cierre más de una cuenta de un mismo titular, debe compensar sus saldos hasta su concurrencia, aunque sean expresados en distintas monedas.

El artículo se refiere a la compensación de saldos entre distintas cuentas de un mismo titular⁹⁶.

Ejecución de saldo deudor. Certificado de deuda

Sobre el debatido problema de la ejecutabilidad de los saldos de la cuenta corriente, el nuevo código establece:

ARTICULO 1406.- Ejecución de saldo. Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar:

⁹⁴ SCBA, causa Ac. 85.055, 24/3/04, "Castagnari, Ernesto Pascual y otro contra Banco de la Edificadora de Olavarría S.A. Rendición de cuentas, fuente JUBA, entre otros.

⁹⁵ Art. 860 del CCyC: "Obligación de rendir cuentas. Están obligados a rendir cuentas, excepto renuncia expresa del interesado: a) quien actúa en interés ajeno, aunque sea en nombre propio; b) quienes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio; c) quien debe hacerlo por disposición legal. La rendición de cuentas puede ser privada, excepto si la ley dispone que debe ser realizada ante un juez." Art. 862 del CCyC: "Aprobación. La rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente. Hay aprobación tácita si no es observada en el plazo convenido o dispuesto por la ley o, en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida forma. Sin embargo, puede ser observada por errores de cálculo o de registración dentro del plazo de caducidad de un año de recibida."

⁹⁶ Según lo dispuesto por el art. 130 de la Ley de Concursos y Quiebras, no se puede compensar un crédito de alguna cuenta con saldo a favor con posterioridad a la sentencia que declara la quiebra del titular (art. 147 Ley 24552).

- a) el día de cierre de la cuenta;
- b) el saldo a dicha fecha;
- c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título.

El requisito de la formalidad de la escritura pública para la emisión del certificado de saldo deudor, implica un cambio importante frente al viejo artículo 793 del Código de Comercio, habida cuenta que antes bastaba el instrumento privado. La falta de cumplimiento de la escritura pública con respecto a los apoderados que firman el certificado, la omisión de la fecha de cierre como la omisión del saldo a dicha fecha en el certificado de deuda, como el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista, implican la falta de habilidad del título para su ejecución. La fecha en que se comunicó el cierre como el saldo son necesarios pues marcan el inicio de la mora del cuentacorrentista⁹⁷.

En concordancia con el artículo 1078 del CCyC, la extinción del contrato por declaración de una de las partes, salvo disposición legal o convencional, se ejerce mediante comunicación a la otra parte.

Garantías

La nueva regulación de la cuenta corriente bancaria, al establecer explícitamente la posibilidad de garantizar los saldos deudores que puedan resultar de estas operatorias, viene a despejar las dudas que se pudieran plantear respecto del principio de *especialidad* en el caso de las hipotecas y otras garantías reales, establecido en el artículo 2189 del CCyC⁹⁸, en razón de que al momento de constitución de la hipoteca, puede no haber deuda exigible en razón de la cuenta corriente. Bajo la vigencia de los arts. 3109 y 3131 del código de Vélez, que establecían que la hipoteca debía individualizar “la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra”, se había dudado de la posibilidad de garantizar descubiertos en cuenta corriente. Este criterio positivo ahora establecido, ya había sido adoptado por el artículo 1444 del Proyecto de la Comisión designada por el Decreto-Ley

⁹⁷ CN en pleno, "Banco de Entre Ríos c. Genética Porcina S.A.", en el cual se dijo que la mora de base legal del cuentacorrentista responsable del saldo deudor, requiere la comunicación del primer párrafo del art. 793 del C. Com., o la comunicación del segundo párrafo del art. 509 del Código Civil (CNCom., 21/11/84; L.L. 1985-A-233; J.A. 1984-IV-653; E.D. 111-636). Sin embargo hay fallos posteriores admitieron que los intereses debían computarse desde el cierre de la cuenta corriente, con fundamento en el art. 777 del Código de Comercio (CNCom., Sala D, julio 10-992, en *Doctr. Jud.* rev. del 9/12/92, p. 963; ídem, íd., marzo 5-992, JA del 4/11/92, rev. n° 5801, p. 40; íd., íd., julio 10-992, *Doctrina Judicial* del 9/12/92, p. 963).

⁹⁸ "ARTICULO 2189.- Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos."

468/92, y coincide con el que se había ido afirmando en la doctrina y jurisprudencia⁹⁹. La nueva regulación ha quedado establecida en estos términos:

ARTICULO 1407.- Garantías. El saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía.

Las garantías pueden ser reales o personales.

Prescripción acción cobro del certificado

El CCyC, al igual que la legislación anterior no determina específicamente el plazo de prescripción de la acción por cobro del certificado con saldos deudores derivados de contratos bancarios. Por lo cual, se aplicaría el plazo de cinco años que establece el artículo 2560 del CCyC¹⁰⁰.

Prescripción de la acción de rectificación

El uso de la cuenta podría dar lugar a abusos o errores y si bien ello, no puede ser discutido en el proceso ejecutivo por las restricciones procesales que implica dicho proceso, podrá ser motivo de análisis en el marco de un proceso ordinario, antes o después de la ejecución.

La acción de rectificación abarca tanto los aspectos de hecho, formales o de cálculos, como los que hacen referencia a la causa y origen de las partidas, que correspondan investigar. Ello, para evitar que se tenga por válida una conducta ilícita y/o abusivamente discrecional del banco, resultando también posible llevar adelante una corrección sustancial de todos los movimientos registrados en la cuenta, dentro del plazo de prescripción aplicable¹⁰¹.

Tanto la entidad bancaria como el cliente pueden observar las cuentas y, este último como se dijo, a pesar de no haberla impugnado en tiempo y forma.

Según las diferentes interpretaciones el plazo de prescripción puede comenzar a correr una vez cerrada la cuenta corriente bancaria cuya rectificación se persigue¹⁰² o desde cada aprobación del saldo con motivo del envío efectuado por el banco.

Se había establecido jurisprudencialmente que el plazo de prescripción de esta acción dispuesto en el derogado artículo 790¹⁰³ del ex Código de Comercio, empezaba a correr desde

⁹⁹ Ver sobre el particular: Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Cooperativa Sáenz Peña c/ Tavella y Cía.", 15-12-81, *DJJ Bs. As.*, T° 122, N° 9154, del 7-5-82, p. 268; Cám. Apel. Junín, "Banco de Junín c/ Abraham Camilo", *DJBA* T° 122, N° 9159, del 14-5-82, p. 288 y *Rev. J. A.* N° 5261 del 30-6-82; Highton de Nolasco, Elena (1981). La especialidad y la accesoria de la hipoteca con particular referencia a las hipotecas abiertas. En *Rev. Jur. Arg.* N° 5192, del 4-3-81, p. 1.

¹⁰⁰ "ARTICULO 2560.- Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local."

¹⁰¹ CNCom., Sala A, 17/2/2004, "Avan S.A. c/ Banco Tornquist S.A.", en *LL* 2004-D, p. 948.

¹⁰² CNCom., Sala A, 3/10/06, "Instalaciones Industriales Pelme Sa C/ Banco Credicoop Coop.Ltdo. S/ Ordinario".

la aprobación del saldo de la cuenta corriente bancaria (art. 793 Cód. Com.). Con lo cual la liquidación resultante puede ser discutida en un proceso ordinario posterior (art. 551 del C.P.C.C.). De hecho, la omisión de la impugnación del resumen de cuenta corriente bancaria, no impide la rectificación del saldo, mediante la acción prevista en el artículo 790 del Cód. de Comercio¹⁰⁴.

Por su parte el CCyC en su artículo 2560, establece un plazo general de prescripción liberatoria quinquenal. Si la acción se refiere a la rendición de cuentas por el uso de la cuenta corriente bancaria, se debe aplicar el plazo de cinco años del artículo 2560¹⁰⁵. Pero si la acción es de nulidad se debería aplicar el plazo de dos años del artículo 2562 del CCyC. Este plazo se computa a partir de que se conoce o pudo ser conocido el error o dolo (art. 2563, inc. A del CCyC).

Descuento bancario

Este contrato, que no tenía regulación en nuestro derecho positivo, ha sido incorporado al nuevo código, en estos términos:

ARTICULO 1409.- Descuento bancario. El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.

El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título.

Por medio de este contrato una entidad de crédito, llamada descontante, se obliga a anticipar a un cliente, llamado descontatario, el importe de un crédito pecuniario no vencido que éste tiene contra un tercero, a cambio de la cesión de la titularidad del crédito y de la deducción o descuento de un interés o porcentaje de su valor nominal.

Este contrato otorga liquidez para el descontatario al percibir anticipadamente su crédito (antes de su vencimiento) por medio de una cesión onerosa a un banco. Es decir que permite la realización anticipada de un crédito no vencido, que el "cliente" tiene contra su deudor, ya que posibilita a los acreedores titulares de créditos con vencimiento aplazado la percepción

¹⁰³ ARTICULO 790 del derogado Código de Comercio: La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 (cinco) años. En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más cortos.

¹⁰⁴ Zavala Rodríguez, Carlos Juan (1972). *Código de Comercio y Leyes complementarias*. Buenos Aires: Editorial Depalma, Tomo V, N° 52, p. 53, considera que corresponde la *rectificación* de la cuenta, en caso de errores de cálculo, omisiones u otras equivocaciones, aún cuando la cuenta hubiera sido *aceptada*. Sostiene que la ley acepta la *rectificación*, pero no la *revisión*.

¹⁰⁵ Art. 2555. "Rendición de cuentas. El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la rendición de cuentas comienza el día que el obligado debe rendirlas o, en su defecto, cuando cesa en la función respectiva. Para demandar el cobro del resultado líquido de la cuenta, el plazo comienza el día que hubo conformidad de parte o decisión pasada en autoridad de cosa juzgada".

anticipada del importe de sus créditos, mediante su cesión onerosa a un banco sin esperar al transcurso del plazo.

En la operación interviene el Banco que anticipa el importe del crédito, el cliente que necesita dicho importe (anticipo), y el tercero que es el deudor a plazo de este último. El crédito que se cede es de vencimiento futuro, determinado o determinable.

La entidad bancaria se subroga los derechos y obligaciones del cliente (descontatario). Sin embargo, el descontatario debe restituir al Banco el crédito, si no es satisfecho por el tercero a su vencimiento. Esto es así, en razón de la *cesión* que hace el descontatario al descontante, no es una *venta* del crédito; por dicha razón no se le aplican las reglas del contrato de compraventa (ver art. 1614 CCyC). Por el contrario, se trata de una cesión *pro solvendo* del crédito descontado¹⁰⁶. Esto significa que no es una cesión *para el pago* de una deuda (situación que correspondería a un intercambio entre crédito y precio), sino *para el pago* de la deuda: esta característica lo aproximaría a identificar esta figura con la del *préstamo*, pero tampoco se identifica con él, puesto que la transmisión del crédito descontado no implica una pignoración del mismo; si así fuera, la ejecución del crédito cedido (esto es *prendado*) sólo se permitiría en caso de que el deudor principal (el descontatario) no hubiera cumplido con su obligación; y precisamente, el art. 1409 del CCyC dice que el descontante (el banco) conserva su acción contra el descontatario (el cliente), aunque la hubiera ejercido previamente contra el deudor cedido. O sea, que le está permitido ejecutar primero el crédito cedido¹⁰⁷.

Hay distintas modalidades de descuento: descuento de títulos cambiarios (pagarés y letras de cambio) y no cambiarios (cupones de acciones, obligaciones, etc.).

Préstamo bancario

ARTICULO 1408.- Préstamo bancario. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.

Es un contrato de carácter consensual, como todos los contratos regulados por el CCyC. A través del mismo, una entidad financiera trasfiere al cliente una suma de dinero en propiedad y este se obliga a devolverla en un plazo establecido, con más los intereses convenidos. Se diferencia del mutuo por la actividad del prestamista.

Estos préstamos se clasifican generalmente por la actividad y destino del tomador del préstamo (cartera comercial o de consumo), la clase de garantía¹⁰⁸ o métodos utilizados para salvaguardar el cumplimiento del crédito; a saber: créditos a sola firma (en estos puede existir

¹⁰⁶ Lorenzetti, *Código Civil y Comercial* (nota 14) Tomo VII, art. 1409, III), p. 282.

¹⁰⁷ Garrigues, *Contratos bancarios*, citado en nota 35, ps. 255 a 257.

¹⁰⁸ Bienes o derechos propios entregados por el deudor de una operación para su cancelación en la eventualidad de su incumplimiento, según diccionario del BCRA

solo un pagare suscripto por el cliente), créditos con fianzas, con garantías líquidas (título público), con garantías preferidas (hipoteca, prenda con registro).

La regulación tanto del *mutuo* como del *préstamo bancario* como contratos consensuales, implica que -a diferencia de lo que resultaba de los viejos código civil y comercial, en que al haber estado regulados como contratos *reales*, quien asumía obligaciones (la obligación de restituir) era solamente el tomador del préstamo (dado que el contrato se perfeccionaba con la entrega de la cosa)- ahora ambas partes asumen obligaciones. En la nueva regulación el prestamista queda obligado a la entrega del dinero, desde el mismo momento de la celebración del contrato. Esto determinó que el legislador hubiera prescindido de regular la *promesa de préstamo*, antes legislada en el art. 2244 del código velezano¹⁰⁹. En el artículo citado, Vélez reconocía una acción por daños y perjuicios para el caso de promesa incumplida de mutuo oneroso¹¹⁰.

Pero al regularse tanto el *mutuo* en general, como el *préstamo bancario*, como contratos *consensuales*, aparecen algunas dificultades, que el legislador no aclara. Por un lado: cuándo se puede considerar celebrado el contrato de préstamo bancario, cuando según las prácticas, en la mayoría de los casos el banco le hace firmar una solicitud al cliente, y luego se toma un tiempo indeterminado para aceptarla (sobre lo cual el cliente no tiene conocimiento), y luego hace efectiva la entrega del dinero mediante acreditación en cuenta¹¹¹. Por otro lado, cómo diferenciar un *mutuo* o *préstamo* de una *apertura de crédito*. En el *mutuo/préstamo* la obligación del banco es entregar “en propiedad” una cierta cantidad de cosas fungibles (art. 1525 CCyC) o sumas de dinero: (art. 1408 CCyC); y la *apertura de crédito* es mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero. No resulta clara la diferencia entre *obligarse a entregar* y *poner a disposición*¹¹² dinero. Tampoco se establece en este artículo las consecuencias del incumplimiento de la promesa del banco; aunque en el art. 1526, con relación al *mutuo* en general, se autoriza al mutuante a no cumplir con la entrega de la cosa prometida en préstamo, en caso que se produzca con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario que hiciera incierta la restitución. Otra cuestión no resuelta es la de una eventual negativa del tomador del préstamo a recibir el dinero, luego de celebrado el contrato (suponiendo que se pudiera tener por establecido que se celebró un contrato con la firma de ambas partes, antes del intento del banco de entregar el dinero): ¿deberá considerarse que el tomador no se obliga a recibir el dinero, sino sólo a restituirlo en caso le fuera entregado?

Otra cuestión que resulta de interés resaltar, es que el tomador de un préstamo bancario queda obligado a restituir el dinero más los intereses, “en la moneda de la misma especie” que

¹⁰⁹ Villegas, Carlos Gilberto (2014). Comentario art. 1409, en Julio César Rivera y Graciela Medina, (Directores) *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo IV, p. 330). Buenos Aires: Thomson Reuters (La Ley).

¹¹⁰ Vélez, en la nota al art. 2244 cita a Paul Pont, quien afirma que no obstante que el Código Napoleón adoptó el sistema romano de encuadrar como *real* al contrato de mutuo, la *promesa de préstamo*, siempre que fuera onerosa, no es nula. Sobre el particular ver Bacigalup Vértiz, Mario G. (2014). *Contratos de crédito*. Buenos Aires: Astrea, ps. 55 y 56, en particular nota 28. Allí se amplía la cita de Pont, en la comparación del mutuo y la promesa de tal, diciendo que “no obstante -sostiene el autor citado- hasta la tradición de la cosa prestada no hay préstamo. Da como ejemplo de la *promesa de préstamo* a la *apertura de crédito*, situación que se produce -dice- cuando una persona dispuesta a viajar no quiere llevar una suma de dinero consigo, y en lugar de ello solicita a un banquero que le abra un crédito mediante el libramiento de una letra dirigida a otro banquero de la localidad hacia donde se dirige”.

¹¹¹ Villegas, ob. citada en nota 57.

¹¹² Bacigalup Vértiz, *Contratos de crédito* (citado en nota 58), p. § 15, ps. 57 a 60.

la recibida. Esta solución difiere de la que da el art. 765 para las obligaciones en general, en las cuales si en el acto que dio origen a la obligación se estipuló dar moneda que no sea la de curso legal en el país, se cumplirá restituyendo el equivalente en moneda local, al tipo de cambio correspondiente.

Apertura de crédito

Sobre esta figura que no tenía regulación en los códigos anteriores, se ha establecido:

ARTICULO 1410.- Definición. En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme con lo pactado, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado.

Es un contrato a través del cual la entidad financiera (acreditante) a cambio de una comisión, atribuye al acreditado (cliente) disponibilidad de crédito por un plazo y monto convenidos, es de utilización continente, siendo las modalidades de uso más frecuentes los descubiertos en cuenta corriente bancaria¹¹³.

Es de destacar que en la definición de esta figura se dice que el objeto de la obligación del banco es poner a disposición del cliente un *crédito en dinero*. Ya se ha señalado en el apartado anterior que resulta muy difícil distinguir entre la *obligación de entregar* y la de *poner a disposición*, lo que hace difícil de mantener la separación entre el préstamo caracterizado como consensual y la apertura de crédito. Si el objeto de la apertura de crédito fuera solamente un *crédito en dinero*, las figuras se superponen. Pero en la práctica de los negocios bancarios, el concepto de *crédito* tiene una utilización más amplia que la que establece este articulado: la utilización del *crédito* por parte del cliente suele extenderse a que el banco se comprometa a aceptarle letras de cambio, emitir cartas de crédito, fianzas o avales, lo que en términos generales ha sido caracterizado como *préstamo de firma*¹¹⁴.

Por lo demás la regulación de la apertura de crédito contempla otras dos cosas: una la posibilidad (art. 1411) de que la obligación del banco de mantener la *disponibilidad* se extinga en la medida del cumplimiento de las entregas, o que se pacte en el contrato que dicha obligación renace (hasta el cumplimiento del plazo del vencimiento del contrato), a medida que el cliente reembolsa (amortiza) el dinero recibido (modalidad conocida como “revolving”). La

¹¹³ Ayerra, Eduardo P. (2007). La apertura de crédito como contrato bancario. En *El Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.

¹¹⁴ Garrigues, *Contratos bancarios*, (nota 35) p. 185, define el objeto de la prestación del banco como la de poner a disposición del cliente “sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente”. Con relación a esta segunda posibilidad, Garrigues describe más adelante al *préstamo de firma*, como aquella operación en la que el banco le presta su firma al cliente de modo que le permite obtener dinero de otro banco, o concertar operaciones o contratos en los cuales la otra parte exija que un banco garantice el cumplimiento de un contrato (p. 237). Esta situación suele darse cuando para participar en una licitación para la realización de una obra, las condiciones exigen que los oferentes presenten una carta de un banco, en la que éste promete que en caso de que el cliente gane la licitación, le afianzará tales obligaciones. Ver también, Villegas, en ob. cit. en nota 57.

otra, es la aclaración (art. 1412) de que la *disponibilidad* solamente puede ser usada por el cliente, pero que no le da derechos a sus acreedores a ejercer acciones sobre la misma.

Servicio de caja de seguridad

En el contrato de servicios de caja de seguridad nos encontramos frente a una operación de las denominadas *accesorias* o *neutras* (ver la Introducción a este trabajo), por cuanto no hay dación ni recepción de crédito. El legislador establece al respecto:

ARTICULO 1413.- Obligaciones a cargo de las partes. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas.

Si bien el CCyC no define el contrato, sí determina las obligaciones del prestador del servicio. En este contrato, sea remarcado el “deber de custodia” del prestador. Este puede ser o no una entidad financiera, a pesar que la actividad está sujeta a la reglamentación BCRA. En la reglamentación del BCRA titulada “MEDIDAS MINIMAS SOBRE SEGURIDAD EN ENTIDADES FINANCIERAS”¹¹⁵, trata entre otros temas, sobre los recaudos que deben cumplir las entidades financieras para la construcción de las cajas de seguridad de alquiler.

ARTICULO 1414.- Límites. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

El prestador no puede convenir la eximición de su responsabilidad; en caso de constar la cláusula en el contrato, se tendrá por no escrita. El prestador solo podrá limitar su responsabilidad hasta un monto máximo, si cumple con las dos condiciones establecidas en la parte final del artículo.

El caso fortuito hace referencia a la imprevisibilidad del hecho, más que a poder evitarlo. Es así que el CCyC establece que no habrá responsabilidad "si el caso fortuito o la fuerza mayor fuese inevitable, pero no cuando es meramente imprevisible" (ej. terremoto, guerras). Es decir que responderá ante supuestos de incendios, hurtos, robos, etc. Ello, a pesar de haber tomado y/o cumplido con las medidas de seguridad requeridas por la autoridad de aplicación (BCRA).

¹¹⁵ <http://www.bkra.gob.ar/Pdfs/Textord/t-seguef.pdf>

El contenido de la caja de seguridad se puede probar por cualquier medio¹¹⁶. Esto se condice con los criterios jurisprudenciales y con el carácter confidencial del contenido de la caja de seguridad para el prestatario del servicio, que desconoce qué es lo que el usuario de la caja coloca en el interior de la misma. En efecto, la forma de operar este servicio supone que el prestador pone a disposición del usuario una caja, en un espacio de sus instalaciones, que se cierra con dos llaves: una queda en poder del prestador, y otra en poder del usuario. Para la utilización de la misma, luego de que el usuario se identifica como autorizado, es acompañado por un empleado munido de una de las llaves de la caja, al recinto donde la misma está localizada, y con la otra llave del cliente se abre la caja, que estando tapada, el cliente lleva a otro recinto donde la destapa en privado, de modo que solamente él conoce qué se guarda y qué se retira de la caja. El valor del contenido de la caja generalmente, tampoco guarda relación con el precio convenido entre las partes.

ARTICULO 1417.- Retiro de los efectos. Vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado en la forma prevista por el artículo 2229, dando aviso al usuario. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código.

Los plazos se cuentan en días corridos¹¹⁷, salvo pacto en contrario.

Se ha establecido un mecanismo a fin de agilizar la apertura forzada de la caja ante ciertas situaciones y cumpliendo ciertos recaudos. El artículo autoriza a que el prestador pueda cobrar el precio que le fuera adeudado en concepto del precio impago, apropiándose de los fondos hallados en la caja. Pero para el caso que el contenido de la caja no constara de dinero en efectivo, lo autoriza a proceder a la venta de los mismos. Pero la única forma de salvaguardar la transparencia del procedimiento, de la inacción del cliente, sería la realización en subasta judicial.

¹¹⁶ Art. 1415 del CCyC. CSJN, 05/04/2005, "Sontag, Bruno y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires", publicado en LL 2005-E, pág. 232.

¹¹⁷ Art. 6 de CCyC.

Custodia de Títulos

Para terminar con los contratos bancarios, se regula la figura de la custodia de títulos. Ello se hace en los siguientes términos:

ARTICULO 1418.- Obligaciones a cargo de las partes. El banco que asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos.

Este contrato es el llamado “depósito de títulos en custodia y administración”. Se hace hincapié a la función de administración de los títulos. Tal función de administración supone cumplir con los actos relativos a la gestión “financiera” de tal administración (como es el caso mencionado en el artículo, de cobrar las sumas de dinero que deba pagar el emisor de los títulos, tales como rentas o reembolsos de capital), como las gestiones relativas a los llamados “derechos políticos” de los títulos: por ejemplo, en caso de que los títulos consistieran en acciones de sociedades anónimas, deberá otorgar constancias del depósito al depositante, para que el mismo pueda identificarse ante la asamblea de accionistas, o solicitar instrucciones para concurrir mediante un representante.

En cuanto a este respecto, el artículo siguiente establece:

ARTICULO 1419.- Omisión de instrucciones. La omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos.

Esta cláusula se condice con la actividad de administración que se presta, con lo cual por lo menos, el Banco debe cumplir con los derechos que surgen del propio título.

ARTICULO 1420.- Disposición. Autorización otorgada al banco. En el depósito de títulos valores es válida la autorización otorgada al banco para disponer de ellos, obligándose a entregar otros del mismo género, calidad y cantidad, cuando se hubiese convenido en forma expresa y las características de los títulos lo permita. Si la restitución resulta de cumplimiento imposible, el banco debe cancelar la obligación con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento en que debe hacerse la devolución.

Este artículo contempla una transacción de función económica distinta que la del *depósito*, toda vez que la autorización de *disposición* convierte al contrato en un *préstamo de títulos*¹¹⁸, lo

¹¹⁸ Ver Garrigues, *Contratos bancarios* (nota 35), p. 232.

cual será posible siempre que se verifique el carácter fungible¹¹⁹ de los títulos. En este caso el cliente pierde la propiedad sobre los títulos, y solamente mantiene un derecho de crédito a que le sea restituida una cantidad igual, del mismo género y calidad, tal como reza el artículo.

Otras reformas que afectan a la actividad bancaria

Fuera de las normas exclusivamente referidas a los contratos bancarios, el nuevo Código Civil y Comercial ha establecido reformas en otras disposiciones legales que inciden en la actividad bancaria. Se tratarán a continuación tres aspectos, sin perjuicio de muchos otros que habrán de existir, que se consideran particularmente importantes.

Modificaciones al régimen de obligaciones de dinero

En este aspecto se pueden señalar las siguientes disposiciones.

Con relación a los *intereses compensatorios*: se denominan así a los intereses que constituyen la contraprestación por el uso de un capital ajeno (por ejemplo los que debe el mutuuario o prestatario al mutuante o prestamista, por el capital prestado). En los viejos código ahora derogados (art. 621, 2243 y 2248; y cód. civil y 560 y 565 cód. comercio), no se reconocía el derecho al cobro de intereses, a menos que hubieran sido expresamente pactados. Ahora, en el art. 767 CCyC, se establece que la obligación *puede* llevar intereses, y si estos intereses no fueron pactados por las partes, ni existieran leyes que los establecieran, la tasa de intereses compensatorios puede ser establecida por los jueces. Esta nueva disposición –aplicable a las obligaciones en general- implica un tibio desplazamiento de la vieja doctrina canónica según la cual no se podía reclamar la restitución de nada más de lo que fue entregado (el capital), a menos que concurrieran *especiales títulos* (reconocidos a partir de las doctrinas de Santo Tomás de Aquino y su escuela), uno de los cuales era el perjuicio *moratorio*¹²⁰. Se dice que este cambio es tibio, por cuanto se ha entendido ante la redacción dubitativa de la procedencia de intereses compensatorios si no hubieran sido pactados, que la facultad judicial de establecer su tasa, opera en tanto existan usos y costumbres en ese sentido¹²¹, aunque cabe destacar que en las modernas economías monetizadas, si ha mediado la disposición de un dinero ajeno, es razonable que el deudor pague intereses por ello. Y en el nuevo art. 1527 del CCyC –aplicable a obligaciones emergentes del contrato de mutuo- se prescribe que “el mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario”. Aquí tenemos incorporado un caso (el del *mutuo* y habrá que entender que también en el *préstamo bancario*) en que la propia ley establece el derecho al curso de intereses *compensatorios*¹²².

¹¹⁹ Cada uno de los títulos es igual a cualquier otro de la misma serie y valor nominal.

¹²⁰ Bacigalup Vértiz, Mario G. *Contratos de crédito* (cit. nota 58), p. 40 y §§ 3 a 8, ps. 3 a 38.

¹²¹ Lorenzetti, *Código Civil y Comercial* (nota 14) T° V, comentario al art. 767, ap. IV), p. 140.

¹²² Lorenzetti, ob. cit., p. 139.

Otra modificación se verifica en cuanto a la determinación de la tasa de los *intereses moratorios*. A este respecto el art. 768 del CCyC ratifica el criterio anterior respecto del comienzo del curso de esta clase de intereses –como su nombre lo adelanta- a partir de la mora del deudor: en otras palabras, desde el nacimiento de la obligación se devengan (si corresponde) los intereses compensatorios, y a partir de que se hace exigible el cumplimiento de la obligación (devolución del capital en las obligaciones financieras) comienzan a devengarse los moratorios. Y en cuanto a la *tasa* de los mismos (esto es el porcentaje de intereses que habrán de calcularse, por cada unidad de capital debido, con relación a una cierta unidad de tiempo (generalmente anuales o mensuales), el artículo establece que la misma resultará: de lo que las partes hubieran acordado para el caso, por lo que dispusieran leyes especiales, y a falta de alguno de estos mecanismos, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina. Esta disposición modifica lo anteriormente establecido por los artículo 622 del Código Civil que prescribía que los jueces lo determinarían. La jurisprudencia, aplicando como ley analógica (art. 16 cód. civ. de Vélez) lo dispuesto por el art. 565 del Código de Comercio, determinó en un comienzo como tasa moratoria la que *cobran* (tasa activa) los bancos públicos. Luego de diversos cambios jurisprudenciales originados en períodos de la alta inflación que luego eran controlados por ciertos períodos, luego de la vigencia de la ley de convertibilidad 23.928 (año 1991), la jurisprudencia se dividió en la forma de llenar esta remisión: el fuero civil de la Ciudad de Buenos Aires aplicaba la *tasa pasiva* del Banco oficial de la jurisdicción (el Nación), el fuero comercial de dicha ciudad la *tasa activa* del mismo banco, y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires la *tasa pasiva* del Banco de la Provincia de Buenos Aires¹²³. De lo expuesto surge que el nuevo texto del art. 768 CCyC, además de cambiar el punto de referencia para la determinación de las tasas (antes los bancos públicos, ahora el Banco Central), optó por no tomar partido entre los diferentes criterios jurisprudenciales (entre *tasas activas* y *pasivas*), y guarda silencio al respecto. La nota respectiva de los Fundamentos del Anteproyecto de código, aclaró que proponía este criterio, puesto que “se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso”¹²⁴.

Otra nueva regulación que tiene efectos sobre la actividad financiera, es la que estableció el art. 770 sobre el régimen del *anatocismo*. Mantiene la nueva redacción la regla del art. 623 del cód. civil según la redacción que le diera la Ley 23.928, que establece que, en principio, los intereses devengados y no pagados, no se acumulan al capital para generar nuevos intereses. Mantiene igualmente la excepción relativa a que la disposición anterior puede dejarse de lado mediante convenio de partes (cláusula expresa, dice el actual 770), pero a diferencia de la disposición del art. 623 (que no establecía periodicidad para tal acumulación), ahora establece como límite que tal cláusula no podrá autorizar las capitalizaciones por períodos inferiores a los

¹²³ Bacigalup Vértiz, *Contratos de crédito*, §8, ap. g), ps. 30 a 35; y sobre la jurisprudencia existente para cada período, en las distintas situaciones, ver los Apéndices B y C de la obra citada, ps. 417 y sigs. y 431 y sigs. respectivamente.

¹²⁴ Nota al Libro III, Título I, Capítulo 3, Sección 1ª, Parágrafo 6º.

seis meses¹²⁵. La nueva disposición agrega como excepción a la regla de la no capitalización, el reclamo de la obligación mediante demanda judicial, en cuyo caso la capitalización operará desde la fecha de notificación de la demanda. Mantiene al igual que el art. 623, la posibilidad de reclamar la capitalización, en caso de que se hubiera ordenado judicialmente el pago de una liquidación, y el deudor hubiera sido moroso en hacerlo. Por último incluye como causal que habilita la capitalización de intereses, la existencia de disposiciones legales que lo autorizaran.

Otra modificación que se supone relevante para la actividad financiera, es la contenida en el art. 771 del CCyC, referido a las facultades judiciales para modificar la tasa de intereses pactadas por las partes. El código civil había introducido en la reforma de la Ley 17.711, la figura de la *lesión subjetiva* en el art. 954, que autorizaba la modificación de cláusulas contractuales que implicaran ventajas patrimoniales desproporcionadas y sin justificación, siempre que hubiera existido por una de las partes, explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra. No obstante ello, la jurisprudencia prefería –salvo escasas excepciones– fundar la reducción de las tasas de interés pactadas, en la norma del art. 953, que establecía la nulidad de los actos jurídicos contrarios a la *moral y a las buenas costumbres*: naturalmente este fundamento les permitía a los jueces usar de sus facultades sin necesidad de exigir la prueba de los extremos del art. 954, no siempre fáciles de reunir. Pero en el uso de tales facultades los jueces no siempre establecían los criterios según los cuales cuándo ciertas tasas de interés violaban esa *moral y buenas costumbres* y cuándo no¹²⁶. Ahora, la nueva disposición del art. 771 establece una suerte de parámetro *objetivo*, pero de cuantificación menos librada a la discrecionalidad de los jueces, dado que las tasas serán consideradas *excesivas* cuando las mismas superen el “costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación”. Esta nueva redacción se aparta de la idea de que el dinero tenga un costo igual para todos los deudores; la noción de *exceso* no deberá ser la misma para un empresario que no tiene buenos antecedentes de su cumplimiento en operaciones anteriores y solicita fondos para realizar un negocio riesgoso, pero del cual espera obtener una alta rentabilidad (superior a la tasa que le cobra el prestamista), que para un tomador de crédito, persona humana, que solicita el dinero para el consumo, y tiene buenos antecedentes de cumplimiento, por ejemplo.

Modificaciones al régimen de obligaciones en moneda extranjera

Con relación a la cuestión de las obligaciones en moneda extranjera, el nuevo código estableció:

¹²⁵ Para el caso de la cuenta corriente bancaria, el art. 1398 del CCyC, autoriza las capitalizaciones de intereses en forma mensual.

¹²⁶ Sobre esta cuestión ver Bacigalup Vértiz, *Contratos de crédito*, § 8, ps. 18 a 43.

ARTICULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Sobre el texto del artículo transcrito, que resultó finalmente aprobado por la ley 26.994, es conveniente aclarar que difiere de la redacción que había adoptado la comisión que confeccionó el Anteproyecto. El Anteproyecto había establecido una solución que no se apartaba de la forma en que estaba regulada la materia por el art. 617 del Código Civil, según la redacción de la ley 23.928: en el Anteproyecto, las obligaciones de dar moneda que no fuese de curso legal en la República, debían considerarse como obligaciones de dar *sumas de dinero*; en el texto sancionado por la ley 26.994, estas obligaciones deben ser consideradas como obligaciones de “dar cantidades de cosas”. Es de destacar que en la nueva legislación se dejó de lado esta nomenclatura de las obligaciones, ni menciona reglas al respecto en ningún otro artículo, lo que crea una perplejidad.

No obstante lo expuesto, sí se puede concluir que tales obligaciones no están prohibidas¹²⁷. La salvedad, es que el deudor puede liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal, según reza la norma que se comenta. La norma no aclara la cuestión de la equivalencia: el artículo no dice la cotización de qué día habrá de tomarse para calcular la equivalencia a moneda nacional (si habrá de ser la el día del vencimiento de la obligación, o la del día del pago de la misma); tampoco se aclara qué tipo de cambio (si el tipo comprador o el tipo vendedor). Un fallo plenario de las Cámaras Nacionales en lo Comercial, del 20/10/1967), en el caso “Argentrac S.A. c. Vidal Marti y Cía., S.R.L.”, estableció que el tipo de cambio a aplicar es el vigente al día del efectivo pago de la obligación¹²⁸. Esta solución concuerda con lo dispuesto por el art. 44 del Decreto-Ley 5965/1963.

Por otra parte, esta solución genérica no es aplicable para las obligaciones de dar dinero que no sea de curso legal en la República, cuando estas obligaciones sean emergentes de contratos bancarios (ver arts. 1390, sobre depósito, 1408 para el préstamo de dinero, 1409 para el descuento), que son exigibles en moneda de la misma especie que la entregada por una u otra parte, según se vio.

De esta circunstancia se ha inferido que las partes pueden pactar la renuncia a la facultad del deudor de pagar por el equivalente en moneda local. De hecho, son totalmente generalizadas las cláusulas en contratos que contienen obligaciones de esta clase, en las que se pacta cláusulas de opción de pago a favor del acreedor en otras ciudades del exterior, según la cotización vigente en mercados cambiarios de esas ciudades, o en títulos nominados en moneda extranjera, en cantidad suficiente para obtener la cantidad de moneda extranjera suficiente, según la cotización del algún mercado del exterior. Según esta opinión, estas cláusulas son válidas, y no puede sostenerse que sean de orden público, sino que están dentro

¹²⁷ Lorenzetti, ob. cit. (nota 14), Tº V, comentario art. 765, ap. I), sub apartado 3), ps. 121 y 122.

¹²⁸ Publicado en *La Ley*, Tomo 128, pág. 751 y en *Información Legal*, en <https://informacionlegal.com.ar>, AR/JUR/82/1967.

de la órbita de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 CCyC)¹²⁹. En este sentido se expidió la Cámara Nacional Civil Sala F, en el caso "Fau, Marta Renee c/Abecian, Carlos Alberto y Otros S/ Consignación", del 25 de agosto de 2015.

El régimen de responsabilidad patrimonial

En otro orden de cosas, pero con repercusión también en el régimen de la actividad bancaria, cabe mencionar la introducción por el nuevo código, de disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial.

La cuestión de la responsabilidad patrimonial afecta a la actividad bancaria, en razón de que los bancos y entidades financieras, por su rol de intermediarios en el crédito que hemos mencionado que desempeñan, tienen la necesidad de realizar estudios respecto de la capacidad de restitución que presentan los tomadores eventuales de sus préstamos. Ello es así, por cuanto según sea el riesgo que presenten sus futuros tomadores de préstamos, así habrá de ser la probabilidad de recupero de los mismos, y con ello, la probabilidad de que los depositantes que les confiaron sus depósitos a tales instituciones, recuperen también sus acreencias.

Sobre la cuestión de la responsabilidad patrimonial de los sujetos, era un valor aceptado que nuestra legislación receptaba el *principio* de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, aun cuando dicha regla no estaba formulada en el código de Vélez¹³⁰. Ello implicó por parte de nuestro primer codificador, adaptarse al curso de la historia, que como se dijo "la responsabilidad se basó en la sanción de la conducta del deudor, primero en forma personal y posteriormente en su patrimonio, el que pasa a ser garantía genérica"¹³¹. Pero es del caso que ahora el nuevo código ha incorporado una disposición expresa sobre la cuestión, en estos términos:

ARTICULO 242.- Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

Dicha disposición se complementa con otra referida a la determinación de cuáles son los bienes que constituyen tal garantía:

¹²⁹ Lorenzetti, ob. cit., T° V, comentario art. 765, ap. III.4), ps. 124 a 127.

¹³⁰ Borda, Guillermo A. (1998). *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo I, N° 219. Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo (1992). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma, Tomo III, Garantías, capítulo I, N° 4. Lorenzetti, ob. cit. (nota 14), T° I, comentario art. 242, apartado IV), p. 807.

¹³¹ Lorenzetti, ob. cit. T° I, comentario al art. 242, ap. III.1), p. 805. Para ver un desarrollo histórico del paso de la responsabilidad personal del deudor a la patrimonial, ver Bacigalup Vértiz, Mario G. (2007). Los "flujos de fondos" como garantía del cumplimiento de las obligaciones. En: *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, 4(37), 168-182.

ARTICULO 743.- Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia.

Esta disposición debe relacionarse con lo que dispone el artículo 16 del CCyC, cuando aclara la noción de *bienes* diciendo que los derechos que componen el patrimonio (art. 15 CCyC), “pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico”, y agrega luego que “Los bienes materiales se llaman cosas”. Más adelante, el capítulo I del Título III, Libro I, especifica la noción de bienes, mediante varias definiciones. Dentro de ellas interesa resaltar la del art. 233 CCyC sobre frutos y productos, que en el párrafo tercero establece que: “Frutos civiles son las rentas que la cosa produce”.

En este punto es necesario volver al punto de inicio respecto de cómo la autoridad de control establece la forma en que las entidades financieras habrán de cumplir ese deber de diligencia en la evaluación del riesgo crediticio de sus clientes. Así, el Banco Central de la República Argentina ha dictado normas sobre la Clasificación de Deudores. En dichas normas la autoridad de contralor establece que todos los clientes de las entidades deberán ser clasificados desde el punto de vista de la calidad de cada uno de los obligados en cuanto al grado de cumplimiento de sus compromisos y/o las posibilidades que a este efecto se les pueda asignar, considerando la situación particular de los mismos (Texto Ordenado punto 1.1). A tales efectos, el criterio a tomar en cuenta, establece la reglamentación, habrá de ser evaluar “la capacidad de pago en el futuro de la deuda o de los compromisos objeto de la garantía de la entidad financiera” (T. O. Punto 4.2.).

Para la evaluación por parte las entidades financieras de dicha capacidad de pago, la reglamentación establece un orden de criterios muy precisos: en primer lugar, “el énfasis deberá ponerse en el análisis de los flujos de fondos realizado por la entidad” (T.O. punto 4.3.1.) En segundo lugar, deberá considerarse “la posibilidad de liquidación de activos no imprescindibles para la operatoria de la empresa” (T.O. punto 4.3.2.).

Si queremos contrastar las reglas del Banco Central, con las nuevas disposiciones del nuevo código, sobre responsabilidad patrimonial, surge la necesidad de buscar dónde ubicar el concepto de *flujo de fondos* que establece la reglamentación como criterio de primer orden¹³². Tomando en consideración las normas arriba transcriptas, parece que el concepto del código que mejor parece comprender al que ahora queremos clasificar, sería del *frutos civiles*. Al respecto se ha dicho que los frutos civiles “no forman parte de la cosa, ni siquiera de la actividad o de cualquier otro elemento que les dé origen, y no necesitan de la separación física o material para tener una completa y clara individualidad”¹³³. Esta caracterización parece a primera vista muy amplia. Sin embargo, la noción de *frutos civiles*, ya sean *cosas materiales* o *bienes* (inmateriales, o sea derechos: art. 16 CCyC). Pero la forma en que se piensa sobre los

¹³² Sobre la ubicación del criterio de flujo de fondos en el Código Civil ahora derogado, ver Bacigalup Vértiz, Mario G. (2008). Encuadramiento legal de los “flujos de fondos”. En: *Revista jurídica del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata*, 2(2), 57-82.

¹³³ Lorenzetti, ob. cit. (nota 14), Tº I, p. 765.

flujos de fondos en el mundo de los negocios, comprende situaciones que no necesariamente son *derechos* en un sentido estricto. Piénsese por ejemplo en las ventas futuras de un fondo de comercio, que son ingresos que se estiman sobre la base de las ventas pasadas, que todavía no han sucedido, y que pueden no llegar a concretarse; sin embargo, sirven de base para la cuantificación del valor llave, son objeto de protección legislativa (ley 11.867)¹³⁴.

No cabe duda que el segundo criterio de evaluación del riesgo crediticio que establece la reglamentación sobre Clasificación de Deudores (BCRA), esto es la existencia de activos cuya liquidación no afecte el desenvolvimiento de la empresa, está perfectamente comprendida en la noción de responsabilidad patrimonial que desarrolla el nuevo código. Pero está claro que en el mundo de hoy, es insuficiente. Se ha dicho que la posición de los acreedores, a la hora de querer cobrar su crédito mediante la ejecución de los bienes de su deudor, guarda la misma relación con el punto de vista de los negocios cotidianos,

...que la que tiene un accidente de trenes con un viaje en tren. *Podría* suceder; uno puede hacer bien en contratar un seguro para cubrirlo, o quizás aún sentarse en el medio del coche; pero si uno sabe, o sospecha seriamente, que el tren puede tener un accidente, usualmente no toma precauciones adicionales, sino que se baja del tren. En los casos corrientes, los acreedores esperan ser pagados, y son de hecho pagados, sobre la base corriente de la rentabilidad de la empresa –de las utilidades¹³⁵.

Vistas así las cosas, queda la impresión de que más allá del tránsito del paradigma de la *responsabilidad personal*, al de la *responsabilidad patrimonial* (ver nota 79) entendida originalmente como que se ejercía sobre *cosas* y *derechos*, estamos frente a un nuevo paradigma: en el que la noción de patrimonio debería entenderse como comprensiva no sólo de *cosas* y *derechos*, sino también de *ingresos futuros*, que puede resultar dudoso considerarlos en una de esas dos categorías. Por consiguiente, puede quedar la impresión de que la reforma en este aspecto, no ha sido todo lo clara que pudo haber sido, para dar cobertura explícita a numerosas situaciones en que las meras expectativas (como la cobranza futura del peaje de una autopista, puede ser objeto de una cesión, a los fines de afectarla en garantía de obligaciones, por ejemplo).

Referencias

Ayerra, Eduardo P. (2007). La apertura de crédito como contrato bancario. En *El Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Bacigalup Vértiz, Mario G. (2007). Los “flujos de fondos” como garantía del cumplimiento de las obligaciones. En: *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, 4(37), 168-182.

¹³⁴ Bacigalup Vértiz, Mario G. (2007). Los “flujos de fondos” ... (cit. en nota 79), N° 10; y (2008). Encuadramiento legal de los “flujos de fondos” (citado en nota 80), N° 6 y 7.

¹³⁵ Bacigalup Vértiz, (2007). Los “flujos de fondos”... (cit. en nota 79), N° 8.

Bacigalup Vértiz, Mario G. (2008). Encuadramiento legal de los “flujos de fondos”. En: Revista jurídica del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2(2), 57-82.

Bacigalup Vértiz, Mario G. (2014). *Contratos de crédito*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Barbier, Eduardo A. (1999). *Contratación bancaria, Consumidores y usuarios*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Barreira Delfino, Eduardo A. (2014). La cuenta corriente bancaria en el Código Civil y Comercial. En: *IJ Editores*, IJ-LXXV-270.

Borda, Guillermo A. (1998). *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Botbol, José (1979). *Curso general de matemática financiera*. Buenos Aires: Editorial Ergón.

Circulares del Banco Central de la República Argentina. Recuperadas de http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Ordenamiento_y_resumenes.asp.

Compiani, María Fabiana (2015). El contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-contrato-celebrado-por-adhesion-a-clausulas-generales-predispuestas-Por-Maria-Fabiana-Compiani.pdf>

Etcheverry, Raul A. (1977). *Manual de Derecho Comercial, Parte General*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo (1992). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma.

Fröhlich, Juan Ricardo (2015). *Contratos y títulos valores e el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial 20XII Grupo Editorial.

Garrigues, Joaquín (1975). *Contratos bancarios*. Madrid: Edición del autor.

Jurisprudencia citada de los repertorios de Revista La Ley, Jurisprudencia Argentina, El Derecho, Diario de Jurisprudencia Judicial (Buenos Aires).

Lorenzetti, Ricardo Luis y otros (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Molle, Giacomo (1987). *Manual de derecho bancario*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Muratti, Natalio (1960). *Elementos de ciencia y técnica bancarias*. Buenos Aires: Ed. Ateneo.

Ribera, Carlos E. (2015). Contratos de cuenta corriente bancaria y caja de seguridad en el nuevo Código. En: *La Ley*, (2015-C) 1139.

Rodríguez, Alfredo C. (1980). *Técnica y organización bancarias*. Buenos Aires: Ed. Macchi

Villegas, Carlos Gilberto (2005). *Contratos mercantiles y bancarios*. Ed. del autor, 2005.

Villegas, Carlos Gilberto (2014). Comentario art. 1409, en Julio César Rivera y Graciela Medina, (Directores) *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo IV, p. 330). Buenos Aires: Thomson Reuters (La Ley).

Zavala Rodríguez, Carlos Juan (1972). *Código de Comercio y Leyes complementarias*. Buenos Aires: Editorial Depalma,

CAPÍTULO 4

PARADIGMAS DE LA LEY DE SOCIEDADES QUE IMPACTAN EN EL DERECHO PRIVADO

Analía B. Pérez Cassini

Introducción a la temática

El presente trabajo tiene como objetivo general dotar a los alumnos de los conocimientos básicos respecto de los nuevos paradigmas establecidos a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.994, el 1 de agosto de 2015.

El nuevo CCCN reformula en el Libro I, Título II, Capítulo I, las Personas Jurídicas tratadas en los artículos 30 a 50 del hoy derogado Código Civil, implementando una metodología que, acorde con la época actual y lo resuelto en las prácticas jurisprudenciales en materia societaria, se consubstancian con los necesarios cambios receptados (vgr: teoría de la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica –ubicada en el art. 54, tercer párrafo de la ley 19.550- ampliándose dicho instituto a todas las personas jurídicas de derecho privado enumeradas en el nuevo art. 148 del CCC.).

Cabe destacar a modo de introducción que en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa celebrado en la ciudad de Mendoza en Setiembre de 2016, se ha presentado al Derecho Societario como un *microsistema normativo* dentro del Régimen General adoptado por el Código Civil y Comercial, a partir de la reformulación que se hiciera de las Personas Jurídicas, estableciéndose el orden de prelación de aplicación de las leyes de las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República, en relación a las normas de la Ley General de Sociedades, de conformidad a lo establecido por el artículo 150 del CCCN.

Si bien en materia de sociedades, rige la autonomía de voluntad de las partes por la libertad en la forma escogida para su constitución, no pueden soslayarse las normas imperativas establecidas para las personas jurídicas privadas.

De más está decir que el debate sostenido en el Congreso a este respecto -que contara con la presencia de destacados juristas y profesionales del derecho-, fue amplio y con opiniones diferentes en torno a la existencia de nuevos paradigmas en el derecho societario argentino.

Así -en lo que aquí nos interesa- respecto de la prelación normativa aplicable a las sociedades comerciales, se dio una interesante discusión que quedó plasmada en el siguiente interrogante: ¿prevalece la norma de orden público o también llamada norma indisponible o inderogable en la Ley General de Sociedades?

Respecto de este último tema, reconocidos autores opinan que las normas indisponibles no son idénticas a las normas imperativas. Y esta dicotomía surge del propio texto legal, toda vez que el art. 150 (ubicado en el Título II referido a la Persona Jurídica; Sección Segunda, Clasificación) establece que “las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: inc. a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”; en tanto que el art. 963 al referirse a los Contratos en General, Título II, Capítulo I (Disposiciones Generales), establece la Prelación normativa: “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: inc.a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código...”.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos citados, advertimos que la situación se agrava aún más, pues existiendo una norma de orden público en el sistema del Código; nos preguntamos entonces, si ésta última prevalecerá sobre las normas imperativas de la ley especial; planteándonos también la posibilidad de superposición de normas de orden público de ambos sistemas; en cuyo caso habrá que discernir cuál es de aplicación. En este punto somos de la idea que no pueden existir normas que se contradigan entre sí, pues las normas de Orden Público, sean del Código Civil y Comercial o de la Ley General de Sociedades, tienen como fin tuitivo evitar el fraude a la ley, en un todo de acuerdo a lo previsto por los arts. 9¹³⁶ y 10¹³⁷ CCCN.

Como se advierte, este nuevo Código crea algunos interrogantes que habrá que ir analizando de manera armónica, debiendo prever un factor de integración seria, para la interpretación del caso a responder, teniendo especialmente en cuenta la finalidad de la ley que debe ser aplicable al caso concreto. Para el supuesto que el juez deba resolver sobre un asunto sometido a su jurisdicción, deberán tenerse presentes las pautas básicas dirigidas al juez en materia de interpretación de las leyes y resolver los asuntos mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 del CCCN).

Así el Título Preliminar juega un papel preponderante al momento de aplicar la ley. Si bien todas estas normas citadas desempeñan un rol crucial al momento de la aplicación de las leyes para resolver un caso concreto, estimo faltaría un factor de Integración que no prestare a confusión a los fines de la “Interpretación Normativa”.

Y afirmamos esto pues, planteado liminarmente el caso de que existan normas que puedan hacer inducir a equívoco al intérprete, no podríamos afirmar que exista un orden Público diferente para ambos casos y que el Juez pueda resolver la situación a su antojo, toda vez que el art. 3 del CCC establece que el Juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Cabe entonces preguntarnos si en el derecho societario -lo que no está dicho como subsistema- puede ser utilizado de otra norma general, o si es un microsistema normativo autosuficiente.

¹³⁶ Art. 9. Principio de buena fe

¹³⁷ Art 10: Abuso de derecho

Conforme lo hemos expuesto ut-supra, es menester determinar el papel que juegan los usos y costumbres, como así también si la prelación normativa aplicable se da en todos los casos o únicamente cuando hay normas en conflicto, o situaciones no reguladas específicamente en la Ley General de Sociedades, y expresadas en el CCCN.

Algunos autores entienden al respecto que hay tres regímenes de prelación normativa (los arts. 150, 963 y 1709), sin embargo, con la sanción de la ley 26944 aprueban un conjunto de normas que deroga la de los Códigos Civil y Comercial, y deciden a la vez su Unificación, con disposiciones derogatorias y normas complementarias.

No obstante lo expuesto, una de las preocupaciones más atendibles de la Comisión Redactora de la Reforma, consistió en determinar si las normas dictadas en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se compadecen con el resto del sistema, de modo tal que puedan considerarse como *microsistemas jurídicos independientes o autosuficientes*, como es el caso de La Ley General de Sociedades (antes Ley de Sociedades Comerciales 19550) que ocupará nuestra atención a partir de las siguientes líneas, con el fin de clarificar de manera accesible las Reformas Introducidas.

El CCCN modifica los artículos relativos a las personas jurídicas, oportunamente regulados en los arts. 30 a 50 del Código Civil (hoy derogado), y lo hace en el Título II, Capítulo 1, en los arts. 141 a 167, disponiendo normas de aplicación obligatoria a las sociedades previstas en la ley 19550.

Conforme venimos analizando en la aplicación de las normas correspondientes al CCCN, advertimos la existencia de superposición de normas respecto a las personas jurídicas privadas con las referidas a la Ley General de Sociedades (ejemplo: el art. 54 LGS, con el art. 144 CCCN).

No obstante lo expuesto, hay normas reguladas para las Personas Jurídicas del Código Civil Unificado, que no estaban contempladas en la ley General de Sociedades y que son de aplicación ante la ausencia normativa o lagunas legales y cuya adopción supletoria, es considerada beneficiosa para el ordenamiento legal (vgr: el art. 158, inc. a) CCCN que prevé la posibilidad de utilización de medios que permitan comunicaciones simultáneas entre socios en una asamblea o reunión de socios; el inc. b) que permite la autoconvocatoria para deliberar sin citación previa y el art. 161 CCCN que brinda situaciones no previstas en la Ley General de Sociedades para remover los obstáculos que los administradores generan, por oposición u omisión sistemática, y con ello impiden tomar decisiones a la persona jurídica).

En estos dos últimos casos referidos, la orfandad de normas específicas en la Ley General de Sociedades y la aplicación supletoria de estas disposiciones contenidas en el CCCN, no son materia de objeción por venir a llenar un vacío o laguna legislativa al respecto.

Queda entonces el **desafío** de profundizar y aplicar el *Subsistema* creado en el CCCN para aquellos aspectos contenidos en el Título II, del Capítulo I, dedicado a las personas jurídicas, que dan soluciones a temas no resueltos por la Ley General de Sociedades, cubriendo situaciones no previstas en la época de sanción de la ley 19.550 que data del año 1.972, y

tampoco reformadas en su modificatoria, la ley 22.903/83, como es el caso previsto en el nuevo art. 158¹³⁸ del CCCN que se consubstancia con las épocas actuales de comunicación.

Asimismo, y en este mismo sentido se encuentra el art. 161¹³⁹ del CCCN¹⁴⁰ que al decir de la Dra. Marsili su aplicación extensiva, según el caso, podría considerarse de aplicación a las sociedades.

Pero el mayor **desafío** que habrá que afrontar a la brevedad, será la convocatoria de una Comisión de Expertos **que modifique la Ley General de Sociedades** en su integralidad, y cuyos contenidos se adapten a las cuestiones económicas, sociales y ambientales, que repercuten en su gobierno y administración, con la responsabilidad social que les corresponde en el cumplimiento de sus funciones, acorde con los intereses no sólo de los socios, sino también de los proveedores, consumidores y trabajadores y con fácil acceso a la información, dado los avances tecnológicos de la época actual.

La innovación en la constitución de las sociedades anónimas con un solo socio. Sociedades Unipersonales

En este capítulo del trabajo que estamos abordando, señalaremos las Reformas introducidas por la Comisión Redactora respecto de la Ley de Sociedades 19.550, que a partir de ahora pasa a denominarse **Ley General de Sociedades**.

Desde la sanción y promulgación de la ley 19.550 en el año 1972, se ha sostenido el criterio que las sociedades –por aquél entonces comerciales- se las consideraba -desde el punto de vista de su naturaleza jurídica- un contrato plurilateral de organización, en el que dos o más personas se reunían en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos por el legislador, realizando aportes, para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

En esa concepción, las sociedades civiles no quedaban incorporadas, por estar reguladas en el Código Civil de Vélez Sarsfield, a partir del art. 1648, hoy derogado.

La **ley 26.994** que modifica el art. 1 de la Ley 19.550, - ahora “Ley General de Sociedades”, introduce la *Sociedad Unipersonal*, ya prevista en otras legislaciones extranjeras, dando cabida

¹³⁸ Art. 158: Gobierno, administración y fiscalización; “... En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:

- a) Si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.
- b) los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.”

¹³⁹ Ponencia presentada al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa por Marsili, María Celia (2016). La ley 19.550 reformada como microsistema normativo autosuficiente para los sujetos regulados. Aplicación e interpretación. En Richard, E. y otros *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado: el derecho societario como microsistema normativo, persona jurídica, acto constitutivo, sociedad, contratos asociativos, fiscalización, registración societaria* (Tomo I pp. 59-63). Córdoba: Advocatus.

¹⁴⁰ “Fracchia Raymond SA” CNCom., Sala E, del 3/5/2015, en donde se resolvió que está vedado en nuestro derecho las “sociedades de cómodo”.

al reclamo imperante en la doctrina al permitir que una sociedad se constituya con un solo socio desde el momento inicial.

La particularidad en la sociedad unipersonal está dada por el pasaje de la tradición contractualista (contrato plurilateral de organización) al concepto de sociedad como “técnica de organización jurídica”, cuya finalidad está basada en la consideración de un incentivo para la inversión y el desarrollo empresario de las pequeñas y medianas empresas. No obstante su finalidad, se le impuso un tratamiento mucho más riguroso que el utilizado para las sociedades pluripersonales, como contrapeso y en resguardo a la posible utilización fraudulenta de esta nueva figura jurídica.

No nos olvidemos el esfuerzo encomiable de la doctrina y jurisprudencia por desalentar la conformación de sociedades de cómodo -que se presumían fraudulentas-, por considerárselas como aquéllas en las que la utilización de prestanombres u hombres de paja, como se denomina a la persona que aporta una ínfima porción del capital para completar la pluralidad que exigía la ley antes de la Reforma, resultando que un solo socio detentaba un altísimo porcentaje de las participaciones¹⁴¹ sociales, y el restante una mínima porción a los fines indicados.

La doctrina y la jurisprudencia hicieron lugar en el caso *Fracchia Raymond*¹⁴² al denodado esfuerzo que fuera realizado por la Inspección General de Justicia, por aquél entonces a cargo del Dr. Ricardo Nissen, quien con la finalidad de erradicar estas sociedades, se amparó en las propias funciones registradoras que le competen al Organismo y denegó la inscripción -excediéndose a mi criterio- de las funciones que le caben al Organismo en el ejercicio del control de Legalidad, tal como lo pusieramos de manifiesto en las Jornadas de Derecho Societario celebradas en Rosario¹⁴³, pues atenta con la división tripartita de poderes- toda vez que la función Legislativa obviamente le está vedada, salvo en materia reglamentaria.

Antes de la Unificación del Derecho Civil con el Comercial, fueron muchas las voces que reclamaron que el empresario realizara sus actividades por sí, como “empresa individual de responsabilidad limitada”, no obstante, no tuvo cabida esta posibilidad, pues de hacerlo, sus detractores entendían que se estaría violando el mencionado principio de indivisibilidad patrimonial, toda vez que en nuestro derecho el patrimonio “es único e indivisible”.

Por lo que al poseer un patrimonio diferenciado para una actividad empresarial y otro personal separado del anterior, entendían que se violaban las normas de fondo.

No obstante lo expuesto y a fin de adecuar las necesidades empresariales a la realidad, se dictaron leyes -como la hoy derogada ley 24.441 de fideicomiso-, que permitía que el fiduciante entregara al fiduciario bienes de su patrimonio, a fin de realizar operaciones diversas de su actividad empresarial (fideicomiso de administración, inmobiliario, de garantía, entre otros) obligándose a ejercerla en beneficio de otra, llamada beneficiaria, designada en el contrato por un tiempo determinado, lo que no se compadece con lo ut-supra manifestado.

Estando vigente la ley 24441, el plazo de duración del contrato de fideicomiso no podía exceder de 10 años, y durante ese lapso se garantizaba que los acreedores particulares del

¹⁴¹ Fallo citado en nota 5.

¹⁴² Resolución General 7/2005 de la Inspección General de Justicia.

¹⁴³ Pérez Cassini, Analía (2011). *Estado y Sociedades, Ineficacia Administrativa y Apelación*. La Plata: Edulp.

fiduciante no pudieran agredir el patrimonio fideicomitido, omitiéndose en consecuencia la consideración de las restricciones expuestas sobre el patrimonio.

Actualmente el fideicomiso se encuentra legislado en el Libro Tercero, Capítulo 30 del Código Civil y Comercial de la Nación, a partir del art. 1666 CCCN, sobre el cual no nos explayaremos por entender que excede de nuestra propuesta inicial.

Siguiendo con las Sociedades del art. 1 de la LGS reformado, se establece en su último párrafo “que la sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”, prohibiéndose el uso de la sociedad unipersonal para formar una cadena de sociedades con la finalidad de llevar a cabo un negocio, evitando el fraccionamiento sucesivo del patrimonio, mediante la constitución de una cadena de sociedades unipersonales, que pudieran llevar a la disolución.

El Profesor Emérito de la Facultad de Córdoba Dr. Richard sostiene que “la idea central admitida por la ley no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa –objeto- en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple”¹⁴⁴.

Si bien el reconocimiento de las Sociedades Unipersonales a criterio de la Comisión Redactora constituiría un incentivo para la inversión y el desarrollo empresario, tanto de las pequeñas como de las medianas empresas, entendemos que el objetivo no se cumple pues la sociedad unipersonal sólo se permite para las Sociedades Anónimas, y cuando así resulta, se imponen mayores cargas que las que se le imponen a otra Sociedad Anónima, pero constituida originalmente con dos o más personas, lo que en la práctica dificulta su elección por los inconvenientes que le traerá aparejado su utilización, además de las exigencias incorporadas por el Ministerio de Justicia de la Nación como contrapeso necesario para evitar su utilización fraudulenta.

Se ha determinado que se deberá indicar en la denominación subjetiva o de fantasía que se elija, que la sociedad es Unipersonal, utilizando a tal fin, la palabra Sociedad Anónima Unipersonal o la sigla SAU, (cfe. art. 164 LGS).

Los recaudos que se deben cumplir para su constitución son: a) **Que** el capital sea integrado en su totalidad al momento de la constitución (art. 11 inc.4 in fine) la cual debe ser realizada por Escritura Pública y por Acto único. b) **Que** no puede ser único socio una sociedad unipersonal. c) **Que** tienen que tener Directorio y Sindicatura colegiada en número impar (arts.255 y 284 LGS).¹⁴⁵ d) **Que** están sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299 LGS). e) **Que** no están sujetas a disolución cuando la sociedad anónima constituida en forma pluripersonal hubiera quedado reducida a uno en el número de socios, con la salvedad que deberá adoptar la sigla SAU formando parte de la denominación, sin las exigencias de los puntos a y b citados ut-supra, por las razones que más adelante expondremos.

Como hemos mencionado anteriormente la ley 26.994 fue dictada por el Congreso de la Nación y su puesta en vigencia data del 1 de agosto de 2015, no obstante en **este tema** fueron muchas voces las que reclamaron modificaciones aún antes de su entrada en vigencia.

¹⁴⁴ Resolución 7 de la IGJ y citados por Nissen, Ricardo A. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial* (p. 90). Buenos Aires: Hammurabi.

¹⁴⁵ No requerida después de la Modificación introducida por ley 27.290 del 18/11/16 a los arts.285 y 284 LGS.

Si bien el legislador que recepitó las necesidades del empresario Pyme y MyPyme incluyó entre las Modificaciones realizadas a la Ley de Sociedades, a las sociedades anónimas unipersonales a modo de paliativo de la crisis que atraviesan actualmente dichos empresarios, no es menos cierto que la rigurosidad impuesta para esta subespecie de sociedades anónimas, no alcanzó a cubrir en modo alguno, con las expectativas anunciadas.

En el Congreso de Derecho Societario y de la Empresa celebrado en Mendoza en setiembre de 2016, se presentaron sendas ponencias reclamando su simplificación¹⁴⁶, y solicitando a modo de propuesta que se trataran los proyectos elevados y aprobados por la Cámara de Diputados de la Nación el 26-11-15 y que no fueron tratados por la Cámara de Senadores. Uno de ellos, considera la necesidad de rever los arts. 255 y 284 LGS, excluyendo a las SAU de contar con directorio y sindicatura plural.

La SAU tal como está regulada, “no cumple con su principal objetivo¹⁴⁷ (o al menos el que debería ser su principal objetivo) de auxiliar al pequeño y mediano empresario en la disminución del riesgo patrimonial, toda vez que no se logra dejar de recurrir a la ficción legal de tener otro socio para encarar proyectos e inversiones competitivas y beneficiosas, tanto para él como para la sociedad en general” y **a su vez** por la no permisibilidad de la implementación del tipo societario de Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal por considerarla más apropiada para el pequeño y mediano empresario, dejando a la Sociedad Anónima Unipersonal para las firmas extranjeras y locales.

Y podríamos seguir citando opiniones que se expresan en el mismo sentido. Afortunadamente, primó la cordura y el 8 de noviembre de 2016, es decir dos meses después de clausurado el Congreso Argentino de Derecho Societario, el Congreso de la Nación modificó Ley General de Sociedades, sancionando la **ley 27.290/16** que **suprime** la obligatoriedad de tener directorio y sindicatura plural, por un directorio y sindicatura unipersonal, es decir reduciendo la exigencia de tener tres directores y tres síndicos, simplificando así su funcionamiento y los costos de la dinámica empresarial.

Respecto de los recaudos necesarios para constituir la SAU, advertimos que en lugar de facilitar el fin propuesto al incluirlas en la legislación positiva, lo dificultan notablemente. Y así lo sostenemos por los siguientes motivos:

EL punto “a”, **arriba citado**: I art. **186, inc. 3 LSC** exige la integración total del capital social, aunque se trate de dinero efectivo, debe ser íntegramente depositado al momento de la conformación de la SAU; lo que pone en evidencia la desventaja en que se encuentra el empresario pyme con respecto a las sociedades anónimas que se constituyan en forma plurilateral, es decir con dos o más personas, pues en este último caso, podrán integrar – cuando se trate de aportes realizados en dinero efectivo- el 25% al momento de la constitución y el resto en un plazo no mayor a dos años de la fecha del contrato.

EL punto “b”, que se refiere a la imposibilidad de ser único socio de una sociedad unipersonal. En este aspecto, coincidimos con lo sostenido por el Profesor Eduardo Favier

¹⁴⁶Ponencia presentada al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario por Repila, Juan Carlos y BdiI, Noemí Rebeca (2016). Alcance práctico de la SAU. Propuesta de modificación al régimen sancionado a fin de ampliar su utilidad en el ámbito empresarial PYME. En Richard, E. y otros citado en nota 139 (Tomo 2 pp. 696-702).

¹⁴⁷ Ponencia en Congreso citado Martínez, Rodrigo Javier (2016). Unipersonalidad y sociedad. En Richard, E. y otros citado en nota 139, (Tomo 2 pp. 703-709).

Dubois (h)¹⁴⁸ quien afirma que la utilización de la nueva figura en análisis se da sólo en dos casos posibles.

En primer lugar en subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la sociedad anónima unipersonal, podrá ser la única socia fundadora de una sociedad local filial, sin verse sometida a los riesgos 'de agencia' que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local. Y en segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura o las que ya están sometidas al art. 299 LGS, la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada. Lo que queda claro que la nueva figura no atiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

EL punto "c", tienen que tener directorio y sindicatura colegiada en número impar (arts.255 y 284 LGS). Si bien esta era una **exigencia inicial** al momento de aprobarse la modificación a la ley General de Sociedades, **con el dictado la ley 27.290/16, se suprime la obligatoriedad** de contar con tres directores y tres síndicos al momento de la constitución, simplificando de esta manera **su funcionamiento y costos** en la dinámica empresarial, pero manteniéndose el control estatal dispuesto en el art. 299 inc.7, que implica el control de fiscalización por parte del Organismo de Control Estatal (en la Pcia de Bs.As. está a cargo de la Dirección de Personas Jurídicas y en la Ciudad Autónoma de Bs. As. por la Inspección General de Justicia), quien intervendrá tanto en su constitución, como en su funcionamiento y en la disolución de la sociedad.

EL punto "d", si bien advertimos que la creación de este **inciso 7** dentro del **art. 299** LGS que se refiere al Control Estatal Permanente, obedece a la necesidad de controlar por parte de los Organismos habilitados a tal fin a las sociedades que se constituyan **con un único socio**, a fin de evitar su uso indiscriminado, no se nos escapa que dado las características de los Organismos de Control, con escasos recursos humanos, no sería posible realizar un adecuado control, resultando el mismo **utópico e inadecuado para este tipo de sociedades**, cuyas desventajas serían notorias con las de su género "Sociedades Anónimas" constituidas con más de un socio" y con un capital que aun siendo igual a las de su *sub-especie*, la SAU, no las colocaría en la situación prevista por el art. 299 LGS, mejorando la situación de estas últimas en demérito de la SAU, que debería cumplir con requisitos más agravados al quedar comprendida en el art 299 LGS.

Pero si la manda legal es inexcusable, se podría crear, entonces, por vía reglamentaria por el Organismo de Control, la instrumentación de la creación de la SAU, a través de medios mecánicos vía web, diseñados por el propio Organismo, de rápida registración, a fin de dar cabida a esta nueva sub-especie de Sociedad Anónima.

¹⁴⁸ Favier Dubois (h), E. (2016) *Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>.

Asimismo, y con posterioridad, se adjuntará la documentación post -asamblearia, como es de estilo en las sociedades comprendidas en el art. 299 LGS, cumpliendo así en forma eficaz con el control exigido.

EL punto “e”, no están sujetas a disolución, cuando la sociedad anónima constituida en forma pluripersonal hubiera quedado reducida a uno en el número de socios, con la salvedad que deberá modificar la denominación, adoptando la sigla SAU como parte de su denominación.

Otra innovación que surge por virtud de la reforma del art. 1 de la LGS, es que al permitir desde la concepción la Unipersonalidad en las Sociedades Anónimas, no exige la disolución de las sociedades anónimas pluripersonales devenidas Unipersonales, dejando por imperio de la modificación de la Ley General de Sociedades, sin efecto el inc.8 del art. 94 LGS que les daba un plazo de tres meses para subsanar la causal disolutoria y le imponía al único socio la responsabilidad ilimitada por ese lapso de tiempo.

Destaca el art. 94 bis incorporado a la LGS, 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 unipersonal**, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses.

Ahora bien, esta solución dada por la Ley en el nuevo artículo es parcial, pues excluye a las Sociedades Colectivas y de Responsabilidad Limitada, por lo que habrá que analizar la posición doctrinaria y jurisprudencial que se irá formando al respecto, a fin de dar respuesta a las consecuencias que dicha omisión pudiera traer aparejada.

Algunos autores entienden que por no estar estas sociedades incluidas en el art. 94 bis LGS, no corresponde su disolución y posterior liquidación, siendo de aplicación a nuestro criterio los arts.17, 24 y 25 de la LGS.

Y ello es así -a nuestro entender- por la interpretación integradora que cabe hacer de esta Reforma, ya que en el caso del art. 17 LGS, se establece que la omisión de requisitos esenciales tipificantes no produce los efectos propios de su tipo, pasando a regirse por la Sección IV del Capítulo II¹⁴⁹, y respondiendo el socio frente a los terceros como obligado simplemente mancomunado, habilitándolo a utilizar la figura de la subsanación prevista por el art. 25 reformado¹⁵⁰.

Sin perjuicio de volver sobre este tema -al tratar más adelante el punto relativo a la disolución y liquidación de sociedades, adelantamos nuestra opinión respecto de la “transformación de pleno derecho” que establece el art. 94 bis de la LGS, que por cierto nos genera más dudas que certezas. Y comenzamos su exposición con una pregunta ¿En qué consiste la transformación de pleno derecho? ¿El solo transcurso del plazo de tres meses

¹⁴⁹ Denominadas sociedades simples o residuales

¹⁵⁰ Art. 25 LGS: “En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de duración previsto en el contrato...”

habilita a considerarla operada? ¿Se debe inscribir en el Registro Público cumpliendo todos los pasos que indica el art 74 y siguientes de la ley de sociedades o con la sola inclusión del cambio de denominación, reemplazando la sigla SA por SAU es suficiente? Como dice la canción “interpretada magistralmente por Serrat “caminante no hay camino se hace camino al andar...”. Iremos viendo las creaciones de los Organismos encargados de su registración y las reglamentaciones dictadas al efecto, esperando contar con coincidencias en el cumplimiento de los recaudos exigidos a tal fin, para comprender el término utilizado por el legislador al establecer que se produce la transformación de pleno derecho.

La tipicidad y su revisión. Supresión de las Sociedades de Hecho e Irregulares y de las Sociedades No Constituidas Regularmente. La Sociedad Simple, Residual como Novedad en las Sociedades del Capítulo IV.

La desaparición de las Sociedades Civiles

Estos temas que abordaremos a continuación, junto a la creación de la Sociedad Anónima Unipersonal, son a mi modo de ver los de mayor relevancia introducidos en materia societaria por la ley 26.994, toda vez que la Comisión Redactora privilegió la *autonomía de la voluntad* por sobre las rígidas formas que en materia de tipicidad establecía el legislador de la ley 19.550/72, y cuyo apartamiento sancionaba con la NULIDAD de la sociedad así creada (cfe. art. 17 LSC), disponiendo el nuevo art. 17 que:

las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes, ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este capítulo.

Cabe recordar que el anterior artículo 17 disponía que era nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley y que la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hacía anulable el contrato, permitiendo sin embargo la subsanación hasta su impugnación judicial¹⁵¹, distinguiendo así las nulidades subsanables o no, según que los requisitos omitidos sean tipificantes o no tipificantes. En el primer caso era nulo e insubsanable, mientras que la omisión de algunos de los requisitos enumerados en el art. 11,1, sólo imponía la anulabilidad del contrato, pudiendo subsanarse hasta la impugnación judicial.

¹⁵¹ Ver ponencia al Congreso de Derecho Societario 2016, de Furiasse, Romina y Lujan, María de los Ángeles (2015). La omisión de requisitos esenciales no tipificantes en la nueva regulación. Omisión por falta de adecuación. Propuestas. En Richard, E. y otros citado en nota 139, (Tomo 2, pp. 957-965).

Tal como tituláramos este trabajo en su denominación genérica, estamos frente a un **cambio de paradigma** con impacto directo sobre el tema de la *tipicidad*, en el que si bien se mantienen las estructuras de sociedades ya conocidas (Sociedades por partes de Interés, Sociedades por Cuotas y Sociedades por Acciones), se permite la creación de sociedades bajo un régimen más amplio, producto de la Modificación Integral a la Sección IV (privilegiando la autonomía de la voluntad de las partes) que elimina la sanción impuesta al art.17 de la ley 19.550, al erradicar la Nulidad por la constitución de sociedades atípicas (antes establecía “Es nula la constitución de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”), todo lo cual ha sido superado en la actualidad por la nueva redacción del art.21.

Establece ahora el art. 21 que “la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto en esta Sección”; refiriéndose a la Sección IV de la ley General de Sociedades que ahora pasa a denominarse “De las Sociedades no constituidas con sujeción a los tipos previstos en el Capítulo II y otros supuestos”. Si bien la tipicidad implica establecer un marco de normas jurídicas que las sociedades deben adoptar en su conjunto, permitiendo el conocimiento fácil y preciso para quienes se asocian y para los terceros que contratan con aquéllas respecto de su estructura, organización, imputabilidad, responsabilidad de la sociedad así creada, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica; no es menos cierto que la incorporación de las sociedades atípicas previstas en el art. 21 de la Sección IV, contempla situaciones que mejoran a sus integrantes y a los terceros, toda vez que se les reconoce a las sociedades así creadas personería jurídica resultando el contrato oponible entre los socios e incluso respecto de terceros, siempre que estos últimos demuestren su conocimiento al contratar. Asimismo dicho artículo autoriza a la sociedad así creada para ser titular de bienes registrables, y por último tienen un régimen de responsabilidad simplemente mancomunado y por partes iguales, (si no pactaren la solidaridad). Se advierte entonces que los tipos societarios existentes desde la sanción de la ley 19.550 son sólo una opción más para las personas humanas, que amparadas en el principio de autonomía de la voluntad dispuesto con la reforma de la ley 26.694, gozan de plena libertad para crear una sociedad a la medida de sus necesidades, apartándose de los moldes clásicos impuestos anteriormente, sin recibir por ello sanción alguna. Recordemos que la ley 19.550 imponía como sanción la Nulidad de la sociedad así creada.

Como acabamos de establecer, se ha modificado la relevancia asignada a la tipicidad societaria, pasando de un sistema rígido, proteccionista y limitativo de la autonomía de la voluntad, a un sistema más abierto, sin estructuras rígidas y que permite la libre autonomía de la voluntad de los socios al momento de constituir la sociedad¹⁵².

Así las cosas, la Comisión Redactora, suprime los artículos 21 a 26 de la Sección IV, del Capítulo I de la Ley de Sociedades, eliminando las Sociedades de Hecho e Irregulares.

¹⁵² Ponencia al Congreso de Derecho Societario 2016, de Amarilla Ghezzi, Juliano. El principio de tipicidad en el régimen de la Ley General de Sociedades. Reflexiones e interrogantes. En Richard, E. y otros citado en nota 139 (Tomo 2, pp. 1001-1007).

Para la comprensión del alumno esbozaremos brevemente sus características, tanto desde su previsión en la ley 19.550/72, con las modificaciones introducidas por la Ley 22.903, hasta llegar al régimen actual que modifica esta Sección IV.

Las **primeras** -bajo el régimen de la Ley 19.550- tenían la particularidad de que sus integrantes podían cumplir el objeto por el que se habían asociado, sin necesidad de contar con contrato escrito, siempre y cuando el objeto fuera comercial. Se les reconocía personalidad, aunque precaria y restringida, ya que cualquiera de sus socios podía pedir la disolución en cualquier momento, con la restricción de no invocación de cláusulas del contrato entre partes, y con responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos celebrados.

Las **segundas**, si bien poseían contrato escrito, el registro de ese contrato (cfe. art. 7¹⁵³ LSC) no se había materializado, o habiéndoselo inscripto, hubiera vencido el plazo de duración de la sociedad, quedando sujetas a idénticas consecuencias que las primeras, es decir, disolución y liquidación a pedido de cualquiera de sus socios.

No obstante los esfuerzos destinados a erradicarlas, tanto por parte del legislador como por la doctrina y la jurisprudencia, la realidad económica y social demostraba que su utilización era cada vez más frecuente. Se imponía entonces una solución normativa que receptara dicha problemática. En tal sentido, el legislador de 1983 introdujo cambios al respecto, unificando ambas categorías bajo el Título de La sociedad no constituida regularmente.

Dicha **regularización**, consistía en la adopción de uno de los tipos previstos en la ley, no disolviéndose la sociedad irregular o de hecho, y proponiendo la continuación de la sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquella, no modificándose la responsabilidad anterior de los socios, resultando que cualquiera de los socios pudiera requerir la regularización comunicándose a los restantes socios de manera fehaciente. La resolución se adoptaría por mayoría de socios, debiendo otorgarse el pertinente instrumento, cumplirse las formalidades del tipo y solicitarse la inscripción registral dentro de los sesenta días de recibida la última comunicación (art. 22 ley 22.903, derogado por ley 26.994) determinado el art. 23 también derogado, la ininvocabilidad del contrato tanto entre los socios como frente a terceros.

Abordaremos la situación de las **Sociedades de la Sección IV** denominada "De las Sociedades no constituidas según los Tipos del Capítulo II y Otros Supuestos".

Establece el nuevo art. 21 que la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos previstos en la Ley (Capítulo II), que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto en esta Sección.

El art. 22 genera un cambio trascendente al permitir que el contrato social puede **ser invocado entre los socios**, siendo oponible a los terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. También puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

A renglón seguido, y de manera reiterativa a mi modo de ver, expresa el art. 23 que las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el

¹⁵³ Art. 7: "Inscripción: Efectos. La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio".

contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

El art. 23 en su antepenúltimo párrafo referido a los *bienes registrables*, recepta una interesante modificación, que venía siendo propugnada en los Congresos de Derecho Registral, y que bregaba por la posibilidad que las sociedades irregulares o de hecho, pudiesen registrar bienes a su nombre.

La ley 26.994 aceptó el desafío de permitirlo, y dispuso que “para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento por todos quienes afirman ser sus socios”, debiendo este acto ser instrumentado por escritura pública o por instrumento privado con firma autenticada por Escribano. “El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.”

El último párrafo del artículo 23 se refiere a la *prueba*, materia en la cual no se produce modificación alguna, toda vez que establece que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

El art. 24 es tal vez el que más impacto ha causado en el mundo jurídico por el novedoso y no por eso menos criticado sistema de responsabilidad que se ha fijado, estableciendo en su actual redacción la responsabilidad *simplemente mancomunada* de los socios frente a los terceros y por partes iguales, **salvo** que la solidaridad con la sociedad o entre ellos **resulte:** **1)** de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; **2)** de una estipulación del contrato social en los términos del art. 22 y **3)** de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

Esta fórmula de Responsabilidad Simplemente Mancomunada y por partes iguales resulta de dividir la deuda entre todos los obligados, debiendo cada uno de ellos responder por una parte de la misma, con lo cual se traslada el riesgo del cobro de la deuda a los acreedores de la sociedad, situación que en la legislación anterior, es decir, durante la vigencia de la ley 19.550 no acontecía, toda vez que el sujeto de derecho se obligaba por la totalidad de la deuda, sin perjuicio de las características propias en materia de responsabilidad según cada uno de los tipos societarios.

Este sistema de responsabilidad mancomunada que ahora se impone, y que tiene su razón de ser en la derogación de las sociedades civiles, coloca a los socios en una posición más ventajosa. La sociedad que ha omitido constituirse conforme las reglas del tipo, detentan mayor flexibilidad en materia de responsabilidad, de la que no gozan las sociedades que optan por la regularidad en su constitución.

Y esto es así, por cuanto en el iter constitutivo y hasta la inscripción registral del contrato, responden ilimitada y solidariamente -conforme surge del art 183 LSC que no ha sido modificado- generando una situación desigual respecto de aquellos socios que, cumpliendo con la manda legal, se encuentran en peor situación respecto de aquellos otros que, amparados por la permisibilidad de la Sección IV optan desde el inicio por abandonar toda formalidad en la constitución. En el caso de sociedades incluidas en la Sección IV, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles

con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de duración previsto en el contrato.

Este primer párrafo del art 25 ofrece dificultades de interpretación, por un lado porque se exhiba mayormente en las situaciones que prevé para su inclusión en la Sección IV, en relación a las mencionadas por el art 21 a los mismos fines, es decir si omite requisitos esenciales, tipificantes o no -el art. 21 sólo se refiere a requisitos esenciales-, para seguir con la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido, mientras que el art.21 se refiere solamente al incumplimiento con las formalidades exigidas por esta ley.

Siguiendo con las dificultades advertidas, el art. 25 en su actual redacción suprime el procedimiento de regularización contenido en la Ley de Sociedades, implementado en esta instancia un procedimiento más complejo para subsanarlas.

La ley 26.994 exige la “unanimidad” para decidir la Subsanción, complicando con ello el procedimiento tendiente a lograrla, apartándose del contexto general adoptado por la ley que se consubstancia con el régimen de mayorías y no con la unanimidad, como ahora se establece.

En caso de negativa -de uno o alguno de sus socios- para la Subsanción, se somete a los restantes a un procedimiento judicial, en el que se faculta al Juez para suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no la consientan. El socio disconforme podrá hacer uso del derecho de receso dentro de los diez días de quedar firme la decisión judicial en los términos del art. 92, cuyo reenvío se refiere a la exclusión del socio y la determinación del valor de su participación.

El último párrafo del art. 25 se refiere a la Disolución y Liquidación de la Sociedad, estableciendo que cualquiera de los socios puede provocar la disolución cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa días de la última notificación y los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social, estableciendo dicha norma en su parte final que, la liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

Partiendo de la premisa que a las sociedades de la Sección IV, les está permitido invocar las normas del contrato entre sí, entendemos que las causales disolutorias previstas en el art. 94 de la LGS le son aplicables.

Interpelando un socio a la sociedad para su disolución se posibilita la subsanción. A nuestro entender hubiera sido más sencillo permitir la fórmula empleada anteriormente por la ley 19.550, que le daba la opción – ante el caso de que los restantes socios desearan permanecer en la sociedad, de utilizar el procedimiento de la Regularización, sin necesidad de disolver la sociedad regularizada por la adopción de uno de los tipos permitidos, siempre y cuando la decisión se adoptara por mayoría de socios-, otorgándoles a los socios disconformes el derecho de separación de la sociedad y no como ahora se exige la forzada compra de las participaciones del socio saliente disconforme con la subsanción como ahora se impone.

Compartimos en este punto la opinión del Dr. Nissen¹⁵⁴ cuando afirma que la técnica utilizada en la redacción del tercer párrafo del art. 25 resulta confusa, en primer lugar porque si no existe contrato, no habrá plazo de duración fijado, bastando con la sola voluntad de uno de los socios para solicitar la disolución, lo que hace aplicable este artículo a las sociedades de hecho (aunque no se las reconoce), resultando difícil entender que se puedan escindir sus efectos, supeditándolos para el supuesto que no haya plazo fijado en el contrato y se negaren uno de sus socios a la subsanación y de la decisión del Juez para suplir la falta de acuerdo y considerar disuelta la sociedad respecto de terceros, con la apertura de la etapa liquidatoria para ellos.

Todo lo expuesto sin haber antes concluido la disolución entre los socios, en franca violación del art. 99 que establece

la obligación de los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, los socios solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Por ello a falta de acuerdo unánime de los socios, se recurre a la toma de la decisión social a favor de la subsanación por el Juez, mediante un procedimiento “sumarísimo” imposición normativa que acarreará severas divergencias en la práctica, habida cuenta del tiempo que demandará la resolución del caso por la Justicia, para recién habilitar al socio a ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial en los términos del art.92.

Por último el art. 26 establece claramente la personalidad jurídica diferenciada de las sociedades no regulares con relación a sus integrantes, permitiendo extenderla a los bienes registrables como hemos ya explicitado, por considerar que:

las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aún en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables.

Asimismo destacamos que las sociedades civiles, como consecuencia de la derogación de los arts. 1.648 a 1.788 del Código Civil por la Reforma de la Ley 26.994 y que no se hubieren constituido por Escritura Pública, actualmente son regidas por la Sección IV de la Ley, por tratarse de “sociedades no constituidas con sujeción a los tipos previstos en el Capítulo II.”

¹⁵⁴ Nissen Ricardo, ob.cit. pág.160 y sigs.

La registraci3n societaria: Desaparici3n del Registro P3blico de Comercio. Inscripciones en el Registro P3blico conforme denominaci3n adoptada por la ley 26994

Comenzamos este cap3tulo destinado a la registraci3n societaria, con la convicci3n que el Legislador al reformar los art3culos 5 y 6 de la Ley General de Sociedades, ha producido confusi3n y desaciertos en la nueva redacci3n, que lejos de mejorar la anterior dispuesta por la ley 19550, T.O.1984, ha generado opiniones dispares en la doctrina respecto de sus contenidos.

El **art. 5** modificado lleva por T3tulo Inscripci3n en el Registro P3blico de Comercio, disponiendo que

el acto constitutivo, su modificaci3n y el reglamento, si lo hubiese, se inscribir3n en el Registro P3blico del domicilio social, y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la direcci3n donde se instalan a los fines del art. 11 inc.2

y agregamos a los fines de su explicaci3n conjunta la primera parte del nuevo **art. 6** que establece: “dentro de los Veinte d3as del acto constitutivo, 3ste se presentar3 al Registro P3blico para su inscripci3n o, en su caso, a la autoridad de contralor”.

Debemos poner de resalto, m3s all3 de las cr3ticas efectuadas a la nueva redacci3n del art. 5, la practicidad de inscribir en el Registro correspondiente al asiento de cada sucursal, tanto su creaci3n como sus modificaciones, con la finalidad de que se tengan por v3lidas y vinculantes todas las notificaciones que se le practiquen, complement3ndolo a tal fin con la publicidad que debe d3rsele en la documentaci3n que de ellas emane (vgr: t3tulos de cr3dito, facturas y/o remitos entre otros) en los que se har3 constar la direcci3n de su sede y los datos que identifiquen su inscripci3n en el Registro.

Respecto de la incorporaci3n de la inscripci3n tard3a tratada ahora en el art. 6 LGS, se ampl3a el plazo establecido para la presentaci3n del contrato constitutivo que era de 15 d3as en el derogado art. 5 ley 19.550, estableci3ndose ahora que el documento deber3 presentarse al Registro P3blico o a la Autoridad de Contralor, dentro de los VEINTE (20) d3as del acto constitutivo, debiendo completarse el tr3mite dentro de los TREINTA (30) d3as adicionales. Si ese plazo no se cumple, entraremos en lo que el art. 6 denomina Inscripci3n tard3a, que s3lo se dispondr3 si no media oposici3n de parte interesada.

La ley 26.994 modificatoria de los C3digos Civil y Comercial, no contiene normas de creaci3n y organizaci3n del Registro P3blico de Comercio, como las que s3 preve3a el derogado art. 34, aunque s3 trae numerosas normas que se refieren a 3l o al Registro sin especificaci3n o actos que deban inscribirse, todo lo cual genera dudas sobre su regulaci3n espec3fica, su ubicaci3n funcional y especialmente sobre sus atribuciones y competencia¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Ver al respecto el interesante trabajo presentado en el Congreso de Derecho Societario 2016, por Ragazzi, Guillermo E. (2016). La necesaria puesta en funcionamiento de los Registros Nacionales. En Richard, E. y otros citado en nota 139 (Tomo 1, pp. 643-652).

A su vez en el nuevo Código Unificado, existen normas que aluden a inscripciones en el Registro, sin especificar en cuál Registro, siendo que las asociaciones ahora reguladas por este Código, van a ser autorizadas e inscriptas en el Registro. ¿Cuál?¹⁵⁶

Existen muchas jurisdicciones provinciales en donde las Asociaciones se inscriben en el Registro Público y en Personas Jurídicas; por lo que se advierte que se genera en materia de asociaciones civiles un régimen casuístico: por un lado autorización y luego la inscripción.

Esta situación puede obedecer a un problema de Técnica Legislativa, pues como advertimos anteriormente las normas del art. 34 del Código de Comercio -relativas a las obligaciones del comerciante- y las del art. 36, que establecían que los instrumentos utilizados por el comerciante, deberían inscribirse en el Registro Público de Comercio, fueron derogadas. No obstante creemos que, pese a la omisión referida, la misma no afecta el funcionamiento de los Registros que estarán a cargo de cada una de las Jurisdicciones Provinciales.

Los Registros Públicos se sostendrán en base a sus leyes Orgánicas, destacándose que **se ha suprimido el control de legalidad** en materia societaria, pero existe el Reglamento que cada Jurisdicción posee, siendo ésta la aplicación que debe dársele.

Sobre el control de legalidad se suprime del art. 6 de la ley General de Sociedades, pero no obstante ello se mantiene en el art. 167 destinado a las Sociedades Anónimas (que se requiere para su conformidad administrativa), con el agregado que para el derecho registral, el control de legalidad es inherente en su ámbito de aplicación, y como tal, una atribución fundamental de éste, por lo que al momento de registrar un documento en el Registro, se deberá velar por el cumplimiento de las normas que validen su inscripción.

En la III Reunión de Trabajo con Organismos de Contralor y Registros Públicos de Comercio de la República Argentina, llevada a cabo en el mes de junio de 2015 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concluyó que el control de legalidad en miras al Código Civil Unificado, no afecta el contralor del Organismo, teniendo facultades para verificar el acto sujeto a inscripción.

Ya en sendos Congresos, tanto de derecho Comercial, como de Derecho Registral, sus organizadores se vieron en la necesidad de encontrar respuestas a una realidad objetiva, teniendo en consideración que toda la estructura del registro está ceñida al orden público vigente.

Con miras a fijar la noción de Registro y su ubicación funcional, es importante indagar sobre el significado de la expresión “registro”.

La voz registro proviene del latín “registrum”, de “res gestus”, hecho memorable, como que del hecho registrado se guarda memoria, definiéndolo pues, como el continente material en donde se consigna algo por escrito de substancia y trascendencia jurídico-económica, con el interés fundamental de perpetuarlo y usarlo en su momento por los otorgantes o por los terceros.

En otras palabras, significa poner por escrito y reducir a orden, dando certeza de lo anotado, es decir “conocimiento”, acompañado de una forma de seguridad. Esta certeza emerge de un documento especial, otorgado por un Funcionario que posee potestad, conferida por la ley y llamada “fe pública”. Ese documento especial que recoge, conserva y entrega un contenido substancial y determinado es el Registro.

¹⁵⁶ Ver la ponencia presentada al Congreso de Derecho Societario 2016, por Pérez Cassini, Analía B. Alcances y precisiones en torno al Registro Público y a las Inscripciones que allí se realicen. En Richard, E. y otros citado en nota 139 (Tomo 1, pp. 625-629).

Como requisito-condición del Registro en su carácter Jurídico, podemos afirmar que todo registro conlleva un ingrediente o elemento básico que es la publicidad. Para registrar un documento, y por ende para llegar al “acto de registro” tenemos que suponer derechos y actos que le atribuyan competencia material para acceder a la Registración, esto es, que sean inscribibles. Su ámbito se extiende hacia todas aquellas materias cuyo registro han impuesto las leyes, ya que las materias a inscribir son de contenido heterogéneo, pues se inscriben sujetos de derecho, se anotan medidas cautelares y derechos reales con relación a esos sujetos de derecho, siendo imprescindible dotar al órgano registrador de normas claras y específicas.

Si bien el art. 34¹⁵⁷ del Código de Comercio ha sido derogado, al Unificar el Código Civil y Comercial bajo la ley 26944, la función de control y legalidad conferida al Registro consideramos que se encuentra ínsita en la propia función de los Registros.

Ello así, toda vez que la legalidad del documento a inscribir, nace extrarregistralmente, y por el principio de rogación se impulsa el procedimiento inscriptorio, el Registro Público constatará que todo acto a publicitar reúna los recaudos legales pertinentes, determinando en consecuencia los recaudos de admisibilidad de la registración solicitada.

Estamos convencidos que el ejercicio de las facultades de los órganos administrativos de control societario, deben corresponderse con los basamentos del estado de derecho, a saber: respeto por la legalidad, por la división tripartita de poderes y el principio de razonabilidad instaurado en nuestro sistema normativo por la Constitución Nacional.

La orfandad de previsiones referida a la creación y organización del Registro Público nos permitirá la elaboración de normas de carácter general, sin afectar las autonomías provinciales, con modernización de los registros, informatizándolos en su totalidad, garantizando un fácil acceso a la información, sin que sea necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo, ni contar con patrocinio letrado, alcanzando de este modo la transparencia en la información y la tan ansiada seguridad jurídica.

Para finalizar este capítulo, debemos poner de resalto, más allá de las críticas efectuadas a la nueva redacción del art. 5, la practicidad de inscribir en el Registro correspondiente al asiento de cada sucursal, tanto su creación como sus modificaciones, a fin de que se tengan por válidas y vinculantes todas las notificaciones que se le practiquen, complementándolo con la publicidad que debe dársele en la documentación que de ellas emane (vgr: títulos de crédito, facturas y/o remitos entre otros) en los que se hará constar la dirección de su sede y los datos que identifiquen su inscripción en el Registro.

¹⁵⁷ Art. 34 Cód.Com derogado: “En cada Tribunal de Comercio ordinario habrá un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo secretario, que será responsable de la exactitud y legalidad de los asientos”.

Capacidad de las sociedades: Socios herederos menores, e incapaces con capacidad restringida. Las Sociedades entre Cónyuges. Modificación al art. 30 de la ley General de Sociedades.

Capacidad para ser socio

Abordaremos en este punto las líneas directrices relacionadas con la capacidad de los menores para formar parte de sociedades. Si bien la capacidad de las personas se halla regulada específicamente en el Código Civil y Comercial de la Nación, sus normas son de aplicación a las sociedades.

La unificación de los códigos, introdujo modificaciones en los arts. 25 a 30 del cuerpo legal citado, destacándose -en lo que aquí nos interesa- que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, siendo a partir de ese momento la persona humana plenamente capaz para realizar actos y negocios jurídicos, y por ende para constituir o formar parte de sociedades.

El Código de Comercio derogado contenía disposiciones que regulaban la actuación del menor, ya sea a través de la autorización brindada para realizar tareas en el negocio de su padre (habilitándose únicamente a ejecutarlas en el citado establecimiento) ora a través de la autorización por habilitación de edad que el menor debía solicitarle a su padre -considerando que la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años-, ora por emancipación por habilitación de edad ora por haber contraído matrimonio.

Luego de la Unificación del Código Civil y Comercial la única Emancipación existente es la del menor de edad que contrae matrimonio antes de los dieciocho años (art. 27 CCCN), gozando en tal caso de plena capacidad de ejercicio, con las limitaciones que al respecto determina ese Código.¹⁵⁸

Respecto de la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, regulado a partir del art. 677 del CCCN, dentro del Título VII, relacionado con la Responsabilidad parental, advertimos que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión e industria, por lo que se deduce la capacidad formar sociedad.

Es importante destacar que, ante la abrogación de la ley 14.394 -promulgada el 30/12/1954- referida al régimen de menores y bien de familia, se sustituye el art. 28 de la Ley 19550, T.O 1984, sin la mención a los artículos 51 y 53 citados por la ley 14.394; estableciéndose que, si el menor de edad viniese a heredar un establecimiento mercantil sujeto a indivisión forzosa, los herederos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada debiendo el contrato constitutivo, ser aprobado por el Juez de la sucesión.

¹⁵⁸ Actos prohibidos a la persona emancipada: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito; c) afianzar obligaciones.

Asimismo y a renglón seguido prevé el artículo la posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el apoyo¹⁵⁹ con la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, debiendo en tal caso designar un representante ad-hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuera ejercida por aquél.

Es necesario entonces aclarar que el art. 28 de la LGS establece el caso de la sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, afirmando que los herederos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada; estableciendo el art. 29 la sanción para el caso de incumplimiento, determinando que, sin perjuicio de la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado, la infracción del art. 28 hace solidaria e ilimitadamente responsable al representante, al curador y al apoyo de la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida y a los consocios plenamente capaces por los daños y perjuicios causados a la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida.

De la conjunción armónica de los dos artículos ut-supra mencionados, concluimos que para el caso de que el representante del menor incumpla con la manda legal establecida para la indivisión hereditaria, los daños y perjuicios que pudieran suscitarse en los bienes del menor se regirían por la Sección IV, del Capítulo I. Es decir que la responsabilidad no será considerada en forma Solidaria e Ilimitada, sino mancomunadamente, por partes iguales.

Las Sociedades entre Cónyuges

El nuevo art. 27 de la Ley General de Sociedades pone fin a la prohibición que traía la anterior versión de ese artículo, que prohibía que los cónyuges formaran sociedades que no fueran por acciones, entendiéndose por tales a las Sociedades Anónimas (SA) y en Comandita por Acciones (SCA)

El fundamento de esa prohibición encontraba sustento en la protección de los bienes familiares, a fin de evitar que un mal negocio celebrado por alguno de los cónyuges, pudiera poner en peligro la estabilidad familiar, debiendo a todo evento, si deseaban realizar un negocio conjunto bajo la forma societaria, constituir una sociedad que pudiera resguardarlos de tales contingencias.

Por ello sólo se les permitía formar **Sociedades Anónimas**, habida cuenta que los cónyuges sólo responderían hasta el capital suscrito, limitando su responsabilidad a ese tope, y **Sociedades en Comandita por Acciones**, en donde uno de los cónyuges asumiría el rol de socio comanditado, mientras que el otro revestiría la calidad de socio comanditario, sin necesidad de recurrir a terceras personas para su constitución.

Este argumento pierde virtualidad con la modificación del art 27 por la Ley 26.994, en razón de la realidad fáctica que inspira al Legislador que amparándose en la autonomía de la

¹⁵⁹ Ver art. 43 CCCN en relación a los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. "Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos...."

voluntad de las partes para crear sociedades, habilita a los cónyuges a "celebrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV".

Modificación al art. 30 de la ley General de Sociedades

Este artículo que prohibía a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte de otras sociedades que no fueran por acciones, y que se mantuvo inmodificable desde la época de sanción de la Ley 19.550, fue ahora adaptado a la realidad económico-social, agregándose la posibilidad de ser parte de cualquier contrato asociativo y formar parte también de sociedades de responsabilidad limitada.

El argumento esgrimido por el Legislador del año 1972 para sostener la prohibición establecida por el art. 30 -basado en que una sociedad que no fuera por acciones e integrara la sociedad por acciones, podría burlar el control impuesto a las sociedades anónimas, quedó ampliamente superado, no sólo por la realidad jurídica sino también económica, por lo que consideramos acertada esta modificación.

Disolución y Liquidación de las Sociedades. Situación de la Sociedad devenida Unipersonal

Si bien se mantienen con la Modificación de la Ley 26.994 la mayoría de los incisos destinados a tratar las causas por las que se disuelven las sociedades, se suprime el inc.8. del art. 94 de la Parte General de la Ley de Sociedades, que se ocupa de las causales disolutorias.

El citado inciso establecía que las sociedades se disolvían por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporaren nuevos socios en el término de tres meses. En ese lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas".

Y el motivo principal de esa supresión encuentra explicación en la creación de la Sociedad Unipersonal admitida por el Legislador a partir de la Reforma a la Parte General de la Ley de Sociedades, ya que por su parte al modificar el Código Civil y Comercial, establece en el nuevo régimen para las Personas Jurídicas, su disolución por reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y esta no es restablecida dentro de los tres meses. (art. 163 inc. g del CCCN).

No obstante, para armonizar la supresión del inc. 8 del art.94 de la Parte General de Sociedades, adiciona el art.94 bis y modifica el art. 93 que si bien se refiere a un supuesto de resolución parcial del contrato (exclusión), establece que el socio inocente en la exclusión asume el activo y pasivo social, sin perjuicio de la aplicación del 94bis.

Establece el art.94 bis 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 Unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.

La sociedad anónima que se constituyera originariamente con dos o más personas (es decir como contrato plurilateral) y deviniese unipersonal, a pesar de quedar reducida a uno en el número de socios, no se disuelve por imperio de lo establecido en el art. 94 bis de la Ley General de Sociedades, imponiéndosele la transformación de pleno derecho.

No obstante, y a fin de armonizar la supresión del inc.8 del art. 94 de la LGS, debió reformularse el artículo 93 de la ley, que ahora establece que:

en las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92; el socio inocente asume el activo y pasivo social, sin perjuicio de la aplicación del art.94 bis.

Y es aquí donde nos surgen más dudas que certezas. Ello así por cuanto la remisión al art. 94 bis no guarda relación con la primera parte de dicho artículo que establece que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución; y menos aún con la primera parte del reformado art. 93, por cuanto la exclusión no es aplicable a las sociedades anónimas.

Asimismo tampoco es clara la sola mención en el art. 94 bis de las sociedades que cita, refiriéndose a las sociedades en comandita, simple o por acciones y de capital e industria, preguntándonos porqué el Legislador omitió a las colectivas y a las sociedades de responsabilidad limitada y menos aún se entiende que se les imponga la transformación de pleno derecho, ya que para que opere esta última se requiere el cumplimiento de los recaudos que dispone ley general de sociedades, además del que cada Registro Público imponga según la Jurisdicción de la sociedad, habida cuenta del ejercicio de sus facultades Reglamentarias.

Tampoco resulta claro la cita del art. 94 bis al mencionar sólo estos dos tipos de sociedades, toda vez que al incorporar en el art. 1 LGS a la sociedad Unipersonal, se ha establecido a la Sociedad Anónima como única permitida, lo que nos lleva a pensar que tal vez en los otros proyectos presentados y aprobados por la Cámara de Diputados, que no fueran tratados por la Cámara de Senadores, podría encontrarse la solución a dicha problemática; decidiéndose en esos Proyecto/s no distinguir el tipo social a adoptar para la Sociedad Unipersonal, partiendo de la idea central admitida por la ley que, no es la limitación de responsabilidad lo que hace posible la creación de sociedades unipersonales, sino que el eje de la cuestión encuentra sustento en la organización de patrimonios con empresa –objeto- en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple”.

Y para concluir diremos que el art. 100 de la ley de sociedades fue modificado, estableciendo que las causales de disolución pueden ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.

Referencias

Amarilla Ghezzi, Juliano. El principio de tipicidad en el régimen de la Ley General de Sociedades. Reflexiones e interrogantes. En Richard, E. y otros *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado: el derecho societario como microsistema normativo, persona jurídica, acto constitutivo, sociedad, contratos asociativos, fiscalización, registración societaria* (Tomo 2 pp. 1001-1007). Córdoba: Advocatus.

Favier Dubois (h), E. (2016) *Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de <http://www.favirduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>.

Furiasse, Romina y Lujan, María de los Ángeles (2015). La omisión de requisitos esenciales no tipificantes en la nueva regulación. Omisión por falta de adecuación. Propuestas. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo 2 pp. 957-965).

Marsili, Celia (2016). La ley 19.550 reformada como microsistema normativo autosuficiente para los sujetos regulados. Aplicación e interpretación. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo I pp. 59-63).

Martínez, Rodrigo Javier (2016). Unipersonalidad y sociedad. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo 2 pp. 703-709).

Nissen, Ricardo A. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.

Pérez Cassini, Analia (2011). Estado y Sociedades, Ineficacia Administrativa y Apelación. La Plata: Edulp.

Pérez Cassini, Analía B. Alcances y precisiones en torno al Registro Público y a las Inscripciones que allí se realicen. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo 1 pp. 625-629).

Ragazzi, Guillermo E. (2016). La necesaria puesta en funcionamiento de los Registros Nacionales. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo 1 pp. 643-652).

Repila, Juan Carlos y Bdil, Noemí Rebeca (2016). Alcance práctico de la SAU. Propuesta de modificación al régimen sancionado a fin de ampliar su utilidad en el ámbito empresarial PYME. En Richard, E. y otros arriba citado (Tomo 2 pp. 696-702).

Fallos citados:

“Fracchia Raymond SA” CNCom., Sala E, del 3/5/2015.

Resoluciones citadas:

Resolución General 7/2005 de la Inspección General de Justicia. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109087/norma.htm>

Los autores

Coordinadores

Pérez Cassini, Analía B.

Doctorando en Ciencias Jurídicas y abogado (1975) por la Fac. Cs. Jurídicas y Sociales (UNLP). Especializada en Der. Comercial. Prof. Titular ordinario (2006 a la fecha) de Derecho Comercial I Cát. II en Fac. Cs. Jur.y Soc. (UNLP); docente de Documentación y Contratación Notarial y de Especialización en Derecho Registral en la Univer. Notarial Argentina (UNA). Directora de Legitimaciones de la Dirección de Personas Jurídicas de la Pcia. Bs. As (2007/2015), Secretaria de Posgrado de la Fac. de Cs. Jur.y Soc (UNLP) 2006/2007. Autora/Coordinadora de: *Estado y Sociedades. Ineficacia Administrativa y Apelación*. La Plata: Edulp, (2011). Ejercicio Profesional 1976 a la fecha 2017. Coautora en el libro *Derechos Patrimoniales* (2001) *Contratos Parasocietarios* (1994), publicación de varios artículos en Doctrina Societaria y Concursal.

Bacigalup Vértiz, Mario Gustavo

Doctor en Ciencias Jurídicas (2012) y abogado (1975) por la Fac. Cs. Jurídicas y Sociales (UNLP). Especializado en Der. Comercial. Prof. Adjunto ordinario (1999 a la fecha) y Titular interino (2003-2006) de Derecho Comercial I Cát. II en Fac. Cs. Jur. y Soc. (UNLP). Autor de: *Contratos de crédito*, Buenos Aires: Astrea (2014); Encuadramiento legal de los 'flujos de fondos', en *Revista Jurídica Depto. de Der. Económico Fac. Derecho Mar del Plata*, 2, N° 2, (2008); y Los 'flujos de fondos' como garantía del cumplimiento de las obligaciones, en *Anales Revista Fac. Cs. Jur.y Soc. (UNLP)*, La Ley, 4, N° 37 (2007). Premio accésit Concurso "Colegio Púb. Abog. Cap. Federal – Especial. Der. Civil" (1999); mención especial Concurso Jurídico VIII Congreso Provin. Abog. (1997).

Autores

Cantelmi, Andrés

Abogado (2000) por la Fac. Cs. Jur y Soc (UNLP). Especializado en Der. Comercial. Prof. Adj. Int. (2004 a la fecha) Der. Com. I Cat. II en Fac. Cs. Jur. Y Soc. (UNLP). Doctorando en Ciencias Jurídicas, anteproyecto tesis aprobado. (UNLP). Esp. Docencia Univer. (2013). Prog. Profundización Derecho Empresa (2013) U. Austral. Premio mejor promedio 2013. Trabajo final premiado y publicado. Autor de: El uso de la buena fe como criterio hermenéutico, en *Rev. Der. Com. Con. y Emp. La Ley* (2014); Implicancias cambios Código C. y C. Nación Argentina (2015), en colab. Investigación Apro. UNLP. Resp. Transportista. *Anales. La Ley* (2008); Resp. Transportista por equipaje del pasajero ¿art. 179 C. Com o régimen sui generis? *Perspec. Der. mercantil*. 1° ed. Bs. As. Legis Arg. 2011.

López, María Cecilia

Abogada por la Pontificia Univ. Católica Argentina (2000). Especialización en Finanzas Públicas, Fac. de Cs. Económicas (UNLP) (2005). Jefe Trabajos Prácticos (2011 a la fecha) y Auxiliar docente (2000 – 2008), Der. Comercial I, Cát. II, Fac. Cs. Jurídicas y Sociales (UNLP). Ejercicio de la profesión en ESTUDIO LOPEZ & LOPEZ, especializado en Asesoramiento Empresario y Tributario. Ponencias en colaboración presentadas al: XI Congreso Argentino de Societario, Mar del Plata, Octubre 2010 (sobre derechos emergentes de actos celebrados a favor de una futura sociedad en formación); y a las XVIII Jornadas de Institutos de D. Comercial - La Plata, octubre 2011, sobre medidas cautelares y el interés público calificado de la Anses como accionista institucional.

Reformas al Derecho Comercial : algunas modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación : ley 26.994 / Analía Beatriz Pérez Cassini ... [et al.] ; coordinación general de Analía Beatriz Pérez Cassini ; Mario G. Bacigalup Vértiz. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; La Plata : EDULP, 2018.
Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-34-1627-3

1. Empresas. 2. Sociedades. 3. Contratos. I. Pérez Cassini, Analía Beatriz II. Pérez Cassini, Analía Beatriz, coord. III. Bacigalup Vértiz, Mario G., coord.
CDD 346.07

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata
47 N.º 380 / La Plata B1900AJP / Buenos Aires, Argentina
+54 221 427 3992 / 427 4898
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2018
ISBN 978-950-34-1627-3

© 2018 - Edulp

S
sociales


Editorial
de la Universidad
de La Plata



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA