

Manual de

Derecho Comercial I

Sebastián I.
Sánchez Cannavó

Pedro M. Crespo
Nicolás H. Cuesta
Romina Franco
Jazmín D. Kerschen
María Florencia Maldonado
Micaela E. Quinteros
María José Robledo
Nanci Schlotthauer

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

Manual de Derecho Comercial I

Manual de Derecho Comercial I

Sebastián I. Sánchez Cannavó

Pedro M. Crespo
Nicolás H. Cuesta
Romina Franco
Jazmín D. Kerschen
María Florencia Maldonado
Micaela E. Quinteros
María José Robledo
Nanci Schlotthauer

 **EDUNPAZ**
Editorial Universitaria

COLECCIÓN **MORRAL DE APUNTES**

Sánchez Cannavó, Sebastián I.

Manual de Derecho Comercial I / Sebastián I. Sánchez Cannavó. - 1a ed. - José C. Paz :
Edunpaz, 2017.

680 p. ; 20 x 14 cm. - (Morrall de apuntes)

ISBN 978-987-4110-07-7

1. Derecho Comercial . I. Título.

CDD 346.07

1ª edición, junio de 2017

© 2017, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2017, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-07-7

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trincheró**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Índice

| | |
|--|-----------|
| Prólogo | 21 |
| Unidad I. El derecho comercial | 27 |
| 1. Origen y evolución del derecho comercial | 29 |
| El derecho comercial como categoría histórica | 31 |
| Normas mercantiles en la Antigüedad y en el Imperio romano | 32 |
| Evolución en la Edad Media | 33 |
| Tránsito hacia la nacionalización de las normas de comercio: derecho subjetivo-objetivo | 36 |
| La codificación | 36 |
| 2. La codificación en Argentina | 39 |
| Época colonial | 41 |
| La Constitución de 1853. Sanción del Código de Comercio (1859-1862) | 42 |
| Tendencia a la unificación | 44 |
| El Código Civil y Comercial (2014) | 45 |
| 3. El derecho comercial en la actualidad | 49 |
| Contenido y alcance del derecho comercial | 51 |
| La autonomía | 52 |
| Fuentes del derecho comercial | 53 |
| Relaciones del derecho comercial con las demás ramas del derecho | 55 |

| | |
|--|-----------|
| 4. Principios informantes | 57 |
| Noción | 59 |
| Principio de buena fe (art. 9) | 60 |
| El abuso de derecho (art. 10) | 62 |
| El abuso de posición dominante (art. 11) | 63 |
| El orden público y el fraude a la ley. | |
| Renuncia (arts. 12 y 13) | 64 |
| Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (art. 14) | 64 |
| Otros principios informantes del derecho comercial | 65 |
| 5. Los tratados internacionales | 67 |
| El derecho comercial en el contexto de la integración regional y la globalización | 69 |
| La llamada nueva <i>lex mercatoria</i> | 71 |
| 6. Jurisdicción comercial | 73 |
| Árbitros, mediadores y jueces en el derecho comercial | 75 |
| El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial | 76 |
| Unidad II. La empresa | 81 |

| | |
|---|-----------|
| 1. La empresa | 83 |
| Antecedentes | 85 |
| Caracterización | 86 |
| La empresa como valor | 88 |
| Noción económica | 89 |
| Noción jurídica | 89 |
| La empresa y la actividad como noción diferenciada del acto jurídico | 90 |
| 2. El empresario | 93 |
| Noción | 95 |
| Sujetos con actividad económica organizada | 96 |
| Titularidad de una empresa | 96 |

| | |
|--|------------|
| Titularidad de “un establecimiento comercial, industrial o de servicios” | 99 |
| El establecimiento comercial | 99 |
| Sede o establecimiento principal, sucursal, agencia, cadenas y filiales | 101 |
| 3. Transferencia del fondo de comercio | 105 |
| La Ley N° 11867 de transmisión de establecimientos comerciales e industriales | 107 |
| Elementos del fondo de comercio | 108 |
| Procedimiento de transferencia del fondo de comercio | 115 |
| Otros esquemas de transferencias patrimoniales | 122 |
| La obligación de no reestablecerse o interdicción de concurrencia | 123 |
| La transferencia de fondos de comercio en casos de concursos | 125 |
| 4. Clasificación económica de la actividad empresarial | 127 |
| La empresa pequeña y mediana | 129 |
| La gran empresa | 130 |
| Formas de descentralización de la actividad | 131 |
| El Estado empresario. Formas de organización | 132 |
| La responsabilidad social empresaria | 133 |
| Unidad III. Personas jurídicas y sociedades | 135 |
| <hr/> | |
| 1. Personas jurídicas | 137 |
| Tratamiento en el CCCN (arts. 141 a 167) | 139 |
| Clasificación | 141 |
| Las personas jurídicas privadas | 141 |
| Asociaciones civiles y simples asociaciones | 142 |
| Fundaciones | 144 |
| Entidades religiosas | 145 |
| Mutuales (Ley N° 20321) | 146 |
| Cooperativas (Ley N° 20337) | 146 |
| Consortio de propiedad horizontal (Ley N° 13512) | 148 |

| | |
|---|------------|
| 2. La personalidad jurídica | 149 |
| Introducción | 151 |
| Atributos y efectos: nombre; domicilio y sede social; patrimonio; duración; objeto | 152 |
| Funcionamiento: gobierno, administración y fiscalización; reorganización: transformación, fusión y escisión | 156 |
| Disolución y liquidación | 158 |
| Inoponibilidad | 159 |
| 3. Sociedades | 161 |
| Nociones generales. La Ley N° 19550 | 163 |
| Naturaleza jurídica | 164 |
| Elementos generales y específicos del contrato de sociedad | 165 |
| La personalidad jurídica de las sociedades | 168 |
| El contenido del acto constitutivo | 169 |
| Publicidad e inscripción | 170 |
| Nulidades | 171 |
| Sociedades informales, simples, libres o residuales | 172 |
| Sociedades vinculadas y controladas | 173 |
| Administración y representación | 174 |
| Registros y contabilidad | 175 |
| Tipicidad. Diferentes tipos societarios | 176 |
| Las sociedades unipersonales | 181 |
| Unidad IV. Obligaciones especiales | 183 |
| <hr/> | |
| 1. El Registro Público | 185 |
| Nociones generales | 187 |
| Organización | 188 |
| Actos que deben ser registrados | 189 |
| 2. Contabilidad | 191 |
| Tratamiento en el CCCN (arts. 320 a 331) | 193 |
| Obligados, facultados y exceptuados | 194 |
| Modo de llevar la contabilidad | 196 |

| | |
|--|------------|
| Libros y registros indispensables | 198 |
| Estados contables | 199 |
| Conservación | 200 |
| Sustitución | 200 |
| Eficacia probatoria | 201 |
| Investigaciones | 202 |
| 3. Representación comercial. Rendición de cuentas | 205 |
| Introducción | 207 |
| Requisitos | 209 |
| Obligados | 210 |
| Oportunidad | 210 |
| Aprobación | 210 |
| SalDOS | 211 |
| 4. Agentes auxiliares | 213 |
| Concepto. Importancia en la actividad comercial | 215 |
| Viajantes de comercio | 216 |
| Corredor | 218 |
| El contrato de corretaje en el CCCN (arts. 1345 a 1355) | 221 |
| Martillero | 224 |
| Productor de seguros | 229 |
| Agente de bolsa | 232 |
| Despachante de aduana | 233 |
| Agente de comercio | 235 |
| Concesionario | 239 |

Unidad V. Propiedad Industrial 243

| | |
|--|------------|
| 1. Propiedad intelectual | 245 |
| Antecedentes históricos | 247 |
| El Convenio de París y el Acuerdo ADPIC. | |
| La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. | |
| La Organización Mundial del Comercio | 248 |
| Reconocimiento constitucional en nuestro país | 249 |

| | |
|---|------------|
| Naturaleza jurídica. Función económica | 249 |
| 2. Derechos de autor | 253 |
| La Ley N° 11723 | 255 |
| Obras protegidas | 255 |
| Contenido del derecho de autor: derecho moral y derechos patrimoniales | 256 |
| Los derechos conexos | 258 |
| El software | 260 |
| 3. Patentes de Invención y Modelos de Utilidad | 261 |
| Regulación legal | 263 |
| Concepto | 265 |
| Patentabilidad | 266 |
| Excepciones a la patentabilidad | 266 |
| Requisitos objetivos de patentabilidad | 268 |
| Requisitos subjetivos de patentabilidad | 270 |
| Requisitos formales. Procedimiento | 272 |
| Derechos conferidos | 275 |
| Duración | 276 |
| Límites al derecho conferido por la patente | 276 |
| Patentes de adición o perfeccionamiento | 278 |
| Modelos de Utilidad | 278 |
| 4. Marcas y designaciones (Ley N° 22362) | 281 |
| Caracterización | 283 |
| Funciones de la marca | 284 |
| Tipos de marcas | 285 |
| Régimen legal | 285 |
| Capacidad distintiva | 286 |
| Signos registrables | 286 |
| Signos no registrables | 288 |
| La confusión | 289 |
| La propiedad de la marca | 292 |
| Registro de la marca | 293 |

| | |
|---|------------|
| El trámite de registro | 294 |
| Extinción del derecho | 297 |
| Nulidad de la marca | 297 |
| Caducidad de la marca | 298 |
| Las marcas de defensa | 299 |
| Las designaciones | 299 |
| Los ilícitos | 300 |
| Marcas y nombres de dominio en Internet | 303 |
| Valuación de las marcas | 304 |
| 5. Dibujos y modelos industriales (Decreto-Ley N° 6676/63) | 307 |
| Concepto y marco legal | 309 |
| Aspectos generales | 310 |
| Derechos conferidos | 310 |
| Duración | 311 |
| Modelos creados en relación de dependencia | 311 |
| Modelos excluidos | 311 |
| Solicitud de registro | 312 |
| Infracción a la normativa | 312 |
| 6. Know how | 315 |
| Concepto y características | 317 |
| Contrato de <i>know how</i> | 318 |
| La Ley N° 24766 de información confidencial | 319 |
| Unidad VI. Contratación mercantil | 321 |
| <hr/> | |
| 1. Modalidades propias de la contratación mercantil | 323 |
| Los contratos en el CCCN | 325 |
| El contrato paritario | 326 |
| Pautas de interpretación de los contratos | 327 |
| Clasificación de los contratos | 327 |
| Formación del consentimiento | 329 |
| El contrato de adhesión | 329 |

| | |
|---|------------|
| El contrato de consumo | 331 |
| 2. Documentación comercial usual | 333 |
| Presupuesto | 335 |
| Orden de compra | 336 |
| Remito | 336 |
| Factura | 337 |
| Ticket | 337 |
| Recibo | 337 |
| Nota de crédito | 338 |
| Nota de débito | 338 |
| 3. Contratos bancarios (arts. 1378 a 1389, CCCN) | 339 |
| Importancia | 341 |
| Generalidades | 342 |
| Ámbito de aplicación (art. 1378, CCCN) | 343 |
| Obligaciones precontractuales | 345 |
| Forma del contrato (art. 1380, CCCN) | 345 |
| Deber de informar. Publicidad. Contenido del contrato | 346 |
| Cláusulas abusivas | 348 |
| Extinción | 349 |
| Contratos bancarios en particular | 349 |
| Contratos bancarios que instrumentan operaciones pasivas | 350 |
| Contratos bancarios que instrumentan operaciones activas | 363 |
| Contratos que instrumentan la prestación de servicios bancarios | 367 |
| 4. Contratos entre empresas | 373 |
| Introducción | 375 |
| Suministro (arts. 1176 a 1186, CCCN) | 376 |
| Leasing (arts. 1127 a 1250, CCCN) | 380 |
| Factoraje (arts. 1421 a 1428, CCCN) | 384 |
| Agencia (arts. 1479 a 1501, CCCN) | 386 |
| Concesión (art. 1502 a 1511, CCCN) | 390 |
| Franquicia (art. 1512 a 1524, CCCN) | 393 |

| | |
|--|------------|
| 5. Contratos asociativos (arts. 1442 a 1478, CCCN) | 399 |
| Importancia | 401 |
| Ámbito de aplicación | 402 |
| Similitudes y diferencias con la Sociedad | 404 |
| Forma y contenido del contrato asociativo en general | 405 |
| Contratos asociativos en particular | 409 |
| Agrupaciones de colaboración | 412 |
| Uniones transitorias | 421 |
| Consortios de cooperación | 425 |
| 6. Contrato de seguro | 433 |
| Nociones generales | 435 |
| Tipos de seguro | 436 |
| El reaseguro | 437 |
| Partes del contrato de seguro | 439 |
| Elementos del contrato | 440 |
| Cargas y obligaciones del asegurado: antes, durante y después de producido el siniestro | 442 |
| Obligaciones de la aseguradora | 444 |
| 7. Contrato de prenda | 445 |
| Noción | 447 |
| Clases de prenda | 447 |
| 8. Tarjeta de crédito (Ley N° 25065) | 451 |
| Concepto | 453 |
| Sujetos intervinientes | 454 |
| Derechos y obligaciones de las partes | 455 |
| Autoridad de aplicación | 457 |
| 9. El derecho comercial y las nuevas tecnologías informáticas | 459 |
| El comercio electrónico | 461 |
| Aspectos característicos | 462 |
| Perfeccionamiento del contrato | 463 |

| | |
|---|-----|
| Banca en el hogar (<i>home banking</i>) | 464 |
|---|-----|

| | |
|---|------------|
| Unidad VII. El mercado y la defensa del consumidor | 465 |
|---|------------|

| | |
|--------------------------------|------------|
| 1. Contratos de consumo | 467 |
|--------------------------------|------------|

| | |
|---|-----|
| Tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 a 1122) | 469 |
| Relación de consumo | 470 |
| Modalidades especiales de contratación | 473 |
| Cláusulas abusivas | 474 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| 2. Defensa del consumidor | 477 |
|----------------------------------|------------|

| | |
|---|-----|
| Consumidor y usuario. Proveedor. Relación de consumo. Integración normativa | 479 |
| Información al consumidor y protección de su salud | 482 |
| Condiciones de la oferta y venta | 484 |
| Cosas muebles no consumibles | 486 |
| Prestación de servicios | 487 |
| Usuarios de servicios públicos domiciliarios | 488 |
| Venta domiciliaria y por correspondencia | 489 |
| Crédito para el consumo | 490 |
| De los términos abusivos y cláusulas ineficaces | 491 |
| Responsabilidad por daños | 492 |
| Autoridad de aplicación | 493 |
| Procedimiento y sanciones | 494 |
| De las acciones | 495 |
| De las asociaciones de consumidores | 496 |

| | |
|--|------------|
| 3. Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo | 499 |
|--|------------|

| | |
|--|-----|
| Sistema de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) | 501 |
| Auditoría en las Relaciones de Consumo | 503 |
| Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo | 504 |

| | |
|---|------------|
| 4. Defensa de la competencia (Ley N° 25156) | 507 |
| Noción | 509 |
| Acuerdos y prácticas abusivas | 510 |
| El abuso de posición dominante | 510 |
| Control de concentraciones empresarias | 511 |
| Autoridad de aplicación | 511 |
| Sanciones | 512 |
| Apelación | 512 |
| 5. Lealtad comercial (Ley N° 22802) | 513 |
| Noción | 515 |
| Principales prescripciones | 515 |
| Autoridad de aplicación: función, sanciones y recursos. | 517 |
| 6. Ley de abastecimiento (Ley N° 20680) | 519 |
| Ámbito de aplicación y objetivos | 521 |
| Sanciones aplicables | 523 |
| Unidad VIII. Títulos valores | 525 |
| <hr/> | |
| 1. Títulos de crédito | 527 |
| Origen y evolución | 529 |
| Antecedentes legislativos en nuestro país | 530 |
| Definición y caracteres | 531 |
| Transmisión y circulación | 533 |
| Titularidad y legitimación | 534 |
| Clasificaciones | 535 |
| Comprobantes y títulos de legitimación | 539 |
| Ejecución | 540 |
| 2. Los títulos valores en el CCCN (arts. 1815 a 1881) | 541 |
| Disposiciones generales | 543 |
| Títulos valores cartulares: al portador, a la orden, nominativos endosables, nominativos no endosables | 546 |
| Títulos valores no cartulares | 548 |

| | |
|---|------------|
| Deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros | 549 |
| 3. Letra de cambio (Decreto-Ley N° 5965/63) | 551 |
| Concepto | 553 |
| Requisitos y contenido | 553 |
| Sujetos intervinientes | 556 |
| Cláusulas | 556 |
| Circulación (endoso) | 556 |
| Garantías cambiarias (aval) | 558 |
| Aceptación | 559 |
| Pago | 559 |
| Protesto | 560 |
| Recursos y acciones | 560 |
| Cancelación | 561 |
| Prescripción | 562 |
| Síntesis | 562 |
| 4. Pagaré | 565 |
| Concepto | 567 |
| Normativa aplicable | 567 |
| Requisitos | 568 |
| Sujetos intervinientes | 569 |
| Modelo | 570 |
| 5. Cheque (Ley N° 24452) | 573 |
| El cheque común | 575 |
| Elementos | 577 |
| Los formularios | 579 |
| Formas de libramiento | 580 |
| Veda de estipulación de intereses y autonomía de las firmas | 581 |
| Formas de transmisión | 582 |
| Autonomía cambiaria | 587 |
| Presentación y pago | 588 |

| | |
|---|------------|
| Verificación de la regularidad de endosos y responsabilidad del girado | 592 |
| El rechazo | 595 |
| Acciones | 596 |
| Solidaridad cambiaria | 599 |
| Modalidades | 601 |
| El aval | 606 |
| Cheque de pago diferido | 608 |
| Registro | 612 |
| Prescripción | 617 |
| Consecuencias del rechazo | 618 |
| Aplicación supletoria del Decreto-Ley N° 5965/63 | 619 |
| Facultades del Banco Central | 620 |
| Protección penal | 621 |
| 6. Certificados de depósito y warrants | 623 |
| Noción y regulación (leyes N° 928 y 9643) | 625 |
| Contrato de depósito y casas de depósito | 627 |
| 7. Obligaciones negociables (Ley N° 23576) | 631 |
| El financiamiento en el mercado de capitales | 633 |
| La emisión de deuda. Las obligaciones negociables | 634 |
| Condiciones del empréstito | 635 |
| Emisión | 636 |
| Forma de documentación | 637 |
| Asamblea de obligacionistas | 637 |
| Gestión de los intereses de los obligacionistas | 638 |
| Tipos de obligaciones negociables | 638 |
| Las obligaciones negociables como título ejecutivo | 640 |
| Beneficios impositivos | 641 |
| 8. Fideicomiso financiero y titulación de activos | 643 |
| El fideicomiso en el CCCN (arts. 1666 a 1689) | 645 |
| Fideicomiso financiero (arts. 1690 a 1692) | 647 |

| | |
|---|------------|
| 9. Oferta pública de valores | 649 |
| Regulación | 651 |
| Mercado de capitales | 651 |
| Comisión Nacional de Valores | 652 |
| Oferta pública de títulos valores | 653 |
| Bolsa | 653 |
| Transparencia y derecho de información | 654 |
| Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio en el CCCN (art. 1429) | 655 |
| Unidad IX. Concursos y quiebras | 657 |
| <hr/> | |
| 1. Concursos | 659 |
| Nociones generales. Ley N° 24522 | 661 |
| Características de los procesos concursales y clases | 662 |
| El presupuesto objetivo: la cesación de pagos | 662 |
| El presupuesto subjetivo: la concursabilidad del deudor | 663 |
| Competencia | 664 |
| Características comunes | 664 |
| 2. Procedimientos preventivos y liquidativos | 667 |
| El concurso preventivo | 669 |
| La quiebra | 671 |
| El acuerdo preventivo extrajudicial | 673 |
| Funcionarios y empleados del concurso: el síndico | 674 |
| Bibliografía | 675 |
| <hr/> | |

Prólogo

El Derecho Comercial es una “categoría histórica” aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que supuso la aplicación de leyes especiales a los comerciantes, con la finalidad de dar celeridad y seguridad a los negocios. Bajo esa concepción, en nuestro país el derecho privado patrimonial se estructuró sobre una doble codificación (civil y comercial), a partir de lo cual se consideró al Derecho Comercial como un derecho autónomo, especial o de excepción frente al Derecho Civil de carácter general.

En el régimen del Código de Comercio vigente desde 1859-1862, el contenido y ámbito de aplicación del derecho comercial no se identificaba con el concepto económico de comercio, sino que se trataba de una “categoría legislativa”: constituía materia comercial todo supuesto de hecho (negocios u operaciones) al que la ley consideraba mercantil (art. 8° del Código de Comercio). La reiteración habitual de esos actos, en forma de ejercicio profesional, confería a quien los realizaba la calidad de comerciante (art. 1° del Código de Comercio).

Pero, desde hace algunos años, se ha registrado una tendencia hacia la unificación del derecho privado. Ello ha quedado zanjado en nuestro país a partir de la reciente sanción de la Ley N° 26994 (BO 08/10/2014) que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y derogó tanto el Código Civil como el Código de Comercio. De ese modo, la legislación civil y comercial ha quedado unificada y fundida en un único cuerpo normativo.

El nuevo código no incluye ninguna referencia a qué debe entenderse por comerciante, ni al alcance y contenido de la actividad mercantil. Sin embargo, el comercio –como realidad socio-económica y jurídica– no está ausente en el CCCN, pues constituye el presupuesto de diversas normas, como el artículo 1429 CCCN –relativo a bolsas y mercados de comercio–; el artículo 1811 CCCN –que alude a las operaciones de comercio exterior–; y los artículos 1104, 1109, 1110, 2330, 2332 y 2380 CCCN –que refieren al establecimiento comercial–; entre otros. El CCCN regula, además, contratos tradicionalmente comerciales (v. gr.: suministro, leasing, transporte, consignación, corretaje, depósito, bancarios, de factoraje, celebrados en bolsas o mercados de comercio, cuenta corriente, contratos asociativos –negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias, consorcios de cooperación–, de agencia, concesión, franquicia, fideicomiso), así como aspectos propios del actual régimen mercantil (títulos valores).

La materia mercantil también se encuentra presente en el CCCN en las normas que obligan a llevar contabilidad a determinados sujetos –empresarios o personas con actividad económica organizada (art. 320 CCCN)–, a los que impone además ciertas normas de publicidad registral. Al mismo tiempo, la obligación de rendir cuentas –propia de los comerciantes– alcanza en el nuevo código a sujetos no mercantiles (art. 860 CCCN); continúan vigentes los estatutos de los “agentes auxiliares de comercio” contenidos en leyes especiales (v. gr.: martilleros y corredores); se expanden a las relaciones no comerciales las posibilidades del arbitraje (art. 1469 CCCN) y la representación negocial (art. 367 CCCN), que son instituciones mercantiles típicas.

Y, finalmente, se mantiene la vigencia como legislación comercial de todas las leyes complementarias al Código de Comercio derogado (conf. art. 5° de la Ley N° 26994). En esta última situación se encuentran el Decreto-Ley N° 5965/1963 de Letra de Cambio, Vales y Pagaré; el Decreto-Ley N° 15348/46 de Prenda con Registro; la Ley N° 9643 de Warrants; la Ley N° 11867 de Transferencia de Fondo de Comercio; la Ley N° 17418 de Seguros; la Ley N° 19550 de Sociedades; la Ley N° 20091 de Entidades de Seguros y su Control; la Ley N° 20266 de Martilleros; la Ley N° 20337 de Cooperativas; la Ley N° 21526 de Entidades Financieras; la Ley N° 22362 de Marcas; la Ley N° 22400 de

Productores Asesores de Seguros; la Ley N° 22802 de Lealtad Comercial; la Ley N° 23576 de Obligaciones Negociables; la Ley N° 24240 de Defensa del consumidor; la Ley N° 24467 de Pequeñas y Medianas Empresas; la Ley N° 24481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; la Ley N° 24452 de Cheques; la Ley N° 24522 de Concursos y Quiebras; la Ley N° 25065 de Tarjetas de Crédito; la Ley N° 25156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 26831 de Mercado de Capitales.

A partir de la unificación y la vigencia del nuevo CCCN ha quedado, entonces, sin caracterizar legalmente la materia de comercio. Y la restante materia comercial no derogada permanece integrando o complementando al CCCN pero “decodificada”. Consideramos, sin embargo, que la unificación de la legislación civil y comercial no puede conducir a negar la autonomía científica de esta última, pues cuando la Constitución Nacional establece en su actual artículo 75, inciso 12° como atribución del Congreso la de “Dictar los Códigos Civil, Comercial [...] en cuerpos unificados o separados”, claramente preserva la autonomía legislativa de la legislación comercial, como una categoría distinta con relación a la civil, aunque ambas se refundan en un único código o cuerpo normativo.

De modo pues que, si bien el derecho mercantil de los actos de comercio y del comerciante –de origen francés– ha desaparecido, en la realidad el derecho comercial subsiste aunque “decodificado”, “expandido” e “impregnado” en la normativa e instituciones del nuevo código. Por ello, la unificación de la legislación civil y comercial y la falta de caracterización legal del alcance y contenido del derecho mercantil, impone “encontrar” la materia de comercio en el nuevo Código Civil y Comercial, así como en las leyes complementarias. Pues el moderno derecho comercial se concibe como el conjunto de normas que regulan la producción y el intercambio de bienes y servicios puestos en el mercado con ánimo de lucro, en el cual la empresa desempeña un rol esencial y principal.

En ese sentido este manual de Derecho Comercial I presenta los contenidos mínimos de la materia y busca acotar la temática tradicional del derecho comercial, centrada en su tiempo en los actos de comercio y en la persona del comerciante, para dirigir más la atención al fenómeno de la empresa y su organización e inserción en el mercado. También se enfoca en las obligaciones impuestas a los agentes económicos, así como en la defensa del consumidor

y en la propiedad industrial. Contempla además el tratamiento de los principales contratos mercantiles, los títulos valores y el régimen de la insolvencia. Debe destacarse la importancia que tiene un manual como herramienta para que los alumnos puedan contar con una guía para introducirse en el conocimiento de la materia, en sus lineamientos generales y en las principales instituciones. Como se trata de una obra dirigida a estudiantes que cursan los primeros años de la carrera, se ha intentado que el texto sea de lectura ágil, para lo cual se prescindió de efectuar citas bibliográficas al pie de página, que hagan perder el hilo de los conceptos desarrollados. Sin embargo, se ha elaborado un apéndice bibliográfico que permitirá compulsar la fuente de los contenidos.

La obra recoge la experiencia del equipo docente que conforma la cátedra de Derecho Comercial I de la Universidad Nacional de José C. Paz que tengo el honor de coordinar desde el año 2015. Frente a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y ante la necesidad de contar con material bibliográfico, de forma mancomunada se encaró la redacción del manual en el segundo semestre del año 2015. Vaya entonces un reconocimiento a los docentes integrantes de la cátedra y coautores del manual, profesores Pedro M. Crespo, Nicolás H. Cuesta, Romina Franco, Jazmín D. Kerschen, María Florencia Maldonado, Micaela E. Quinteros, María José Robledo y Nanci Schlotthauer.

Para finalizar, tampoco puedo dejar de destacar el privilegio que supone desarrollar nuestra tarea en una universidad pública joven, en pleno crecimiento y en un ámbito de total libertad académica. Por ello quiero también agradecer a las autoridades de la querida Universidad Nacional de José C. Paz: al Rector Federico G. Thea, al Secretario Académico Gonzalo Kodelia y al Director de la carrera de Abogacía Diego Duquelsky Gómez. Y un especial reconocimiento tanto al Secretario General Darío Exequiel Kusinsky, como al Director de la Biblioteca Horacio Moreno, quienes nos brindaron todo el apoyo para culminar con la edición de la obra.

Esperamos que el esfuerzo realizado brinde sus frutos en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Comercial.

Sebastián I. Sánchez Cannavó
Profesor Coordinador

Unidad I

El derecho comercial

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMERCIAL

El derecho comercial como categoría histórica. Normas mercantiles en la Antigüedad y en el Imperio romano. Evolución en la Edad Media. Tránsito hacia la nacionalización de las normas de comercio: derecho subjetivo-objetivo. La codificación

Origen y evolución del derecho comercial

El derecho comercial como categoría histórica

En un sentido amplio, la economía es el conjunto de actividades destinadas a la producción y al consumo de bienes propios para satisfacer las necesidades del hombre. Cabría hablar, en teoría, de economías individuales, en las cuales cada individuo se basta a sí mismo, aunque esa hipótesis corresponde a estados muy rudimentarios de civilización. En cuanto los hombres se agrupan en comunidades, se les plantea el problema de obtener los medios y elementos necesarios para su subsistencia mediante el intercambio de lo que les sobra por lo que les falta. El trueque representa, así, la forma más antigua de comercio. Y puede afirmarse, de acuerdo a lo visto, que el comercio es una actividad natural del hombre en cuanto ser social.

Ni histórica ni biológicamente puede concebirse al ser humano fuera de una comunidad más o menos organizada. El hombre siempre vivió en agrupaciones –familiares, tribales, nacionales–. Esa inmersión dentro de una comunidad social no le permite actuar de acuerdo con su voluntad o con sus impulsos espontáneos. La convivencia con sus semejantes le impone la necesidad de sujetar su conducta al imperio de múltiples normas inspiradas en motivos diversos y tendientes a finalidades distintas. Dentro de las variadas categorías

normativas –normas éticas, consuetudinarias, técnicas, de conveniencia, de etiqueta, etc.– vamos a centrar nuestro estudio en las jurídicas. Las normas jurídicas son normas de conducta impuestas por el Estado con carácter necesario para regir las relaciones de los hombres en su vida social. El derecho tiene carácter meramente instrumental, pues no es un fin en sí mismo, sino un simple medio para la obtención de un fin.

Por razones de sistematización y facilidad para el estudio, la aplicación de las normas impone la clasificación del derecho en distintas ramas, de acuerdo al género de actividades que regula. Así entonces, el derecho comercial es el conjunto de normas jurídicas que regula la materia comercial. La determinación del concepto “materia comercial” y, por ende, del contenido del derecho comercial, suscita dificultades que veremos más adelante. Sin embargo, podemos adelantar, sin perjuicio de depurar luego el concepto, que todo elemento de hecho perteneciente al comercio –sus negocios, objetos y sujetos– se llama materia de comercio. El comercio es, por esencia, intermediación en los cambios. Pero al lado de esa actividad intermediadora se desarrollan otras más o menos vinculadas con esta; y, por esa vinculación, por lo general se las somete a un régimen jurídico común. Por ello, el contenido del derecho mercantil muchas veces no coincide con el concepto económico de comercio. Es que el derecho comercial regula las relaciones surgidas del comercio, pero además regula otras actividades que no encuadran dentro de la definición de comercio y que, sin embargo, la ley declara mercantiles por su afinidad con las operaciones comerciales. Así, pues, la noción económica de comercio no basta para delimitar el ámbito de la materia comercial.

Normas mercantiles en la Antigüedad y en el Imperio romano

La Antigüedad no conoció un “derecho mercantil”; no obstante, eran corrientes las transacciones comerciales. Se registraron disposiciones aisladas relativas a determinados negocios y operaciones. Así, por ejemplo, en el Código de Hammurabi (2080 años antes de Cristo) hay preceptos atinentes al préstamo con interés, al contrato de depósito o al de comisión.

También en la Antigüedad clásica, en el derecho griego, existieron disposiciones de esa índole, en particular referidas al derecho marítimo. Pero todavía no existía el derecho comercial como rama independiente del derecho, aunque sí es posible que haya habido un derecho comercial consuetudinario, no escrito, pero de ello no cabe inferir conclusiones respecto de su extensión y contenido. Algo similar ocurrió en Roma: los romanos no sistematizaron el conjunto de normas específicas aplicables al comercio. Así, también en Roma hubo regulaciones mercantiles fragmentarias, generalmente aplicables al comercio marítimo, pero no un ordenamiento sistemático de las relaciones mercantiles.

Evolución en la Edad Media

La desaparición de una autoridad imperial fuerte, a consecuencia de la caída de Roma, provocó un período de desintegración política. En la Baja Edad Media se produjo un fenómeno de migración de las ciudades hacia el campo, lo que derivó en el establecimiento de un sistema económico feudal.

En la Alta Edad Media y en vísperas del Renacimiento se produce un notable florecimiento del comercio, impulsado por las ciudades italianas de Génova, Venecia, Pisa y Florencia. Ello a pesar de que hacía mil años que los caminos eran intransitables por obra de los bandoleros (desde la caída del Imperio Romano de Occidente).

Se emprendieron grandes empresas de carácter mercantil: se organizaron expediciones a Oriente y las ciudades italianas del Mediterráneo sirvieron de puente. Nuevas relaciones y negocios exigieron nuevas normas jurídicas; y así las corporaciones de comerciantes comenzaron a interesarse en la regulación de los negocios mercantiles.

Tanto la celeridad de las operaciones como la celebración de ferias y mercados y la práctica reiterada de ciertos actos, dan nacimiento a determinados usos y costumbres, que tienen como consecuencia la necesidad de una reglamentación especial para las operaciones que realizan los comerciantes, con jueces especiales encargados de intervenir en las contiendas surgidas de los negocios mercantiles. Aparece así la legislación estatutaria y surge la jurisdicción consular, para suplir la insuficiencia del derecho privado y ju-

dicial común; es decir, nace y se afirma el derecho comercial como derecho autónomo.

Como los riesgos eran abismales, resultaba evidente que no había patrimonio individual que pudiera correr tales aventuras. Entonces unieron capitales y, tomando la idea de “persona jurídica” de la vieja *universitas*, dieron lugar al derecho societario. Y como las rutas eran en verdad peligrosísimas, en vez de trasladar el metálico de una ciudad a la otra (la seguridad en los caminos recién volvería con el nacimiento de los Estados nacionales), empezaron a cursarse comunicaciones con sus pares de otras ciudades para que ellos –allí– aceptaran la obligación asumida en letras que se les dirigía; de este modo nacieron los títulos circulatorios. Algún ingenioso descubrió que los miedos eran mayores que los daños reales y ofreció alguna reparación en caso de siniestro, siempre que se le participara de todas las aventuras, dando el primer paso hacia el derecho de los seguros.

El enriquecimiento de los comerciantes los posicionó como la “clase dominante” en las ciudades-Estado italianas, aunque formalmente tuvieran un príncipe. Como toda casta cerrada, necesitaban proteger el estatus obtenido, y así fue fulminado –como manzana podrida– aquel comerciante que no cumplía sus obligaciones; y si no cumplía con la totalidad de ellas al cesante le esperaba el destino de los criminales: la mazmorra ducal. Es bueno recordar que en la Edad Media el tener donde sentarse era símbolo de poder: los reyes, los príncipes y los duques tenían su “trono”; los obispos su “cátedra” (por eso la iglesia, sede obispal, se denomina “catedral”); los ricos comerciantes tenían, como símbolo de importancia, el derecho a sentarse en “bancas”. El fallido, a modo de expulsión del clan, veía como su banca era rota, se lo colocaba en la “banca rota”.

La denominada *lex mercatoria* tuvo su origen en la Edad Media. Surgió en las ferias, como ordenamiento para regir las relaciones entre los comerciantes de modo uniforme, a través de la aplicación obligatoria de los usos y costumbres comerciales. La *lex mercatoria* estaba formada por los propios usos y costumbres de los comerciantes; constituía el derecho de los contratos aplicado independientemente de la ley del lugar y de la ley personal de los partícipes, que eran colocados en situación de igualdad.

Pero toda esta legislación, tanto en su aspecto sustancial como en el jurisdiccional, se aplicó al principio únicamente a la clase de los comerciantes; es de-

cir, tuvo un carácter esencialmente profesional. La disciplina de los estatutos y la competencia de los jueces no se extendían a quienes no formaban parte de las corporaciones de mercaderes. Si bien las operaciones mercantiles tenían su disciplina de fondo en los estatutos, estos solo se aplicaban a las negociaciones entre comerciantes inscriptos en las respectivas matrículas profesionales; por lo que en la práctica la aplicación de la ley estatutaria quedaba condicionada a la determinación de la extensión de la competencia de los magistrados de cada corporación.

No bastaba para determinar la competencia de los cónsules la sola calidad comercial y profesional de los litigantes. Era preciso, además, que la controversia fuese atinente al ejercicio de la profesión; pues los litigios sobre puntos ajenos a la especialidad profesional quedaban sometidos al derecho común. Y con el propósito de delimitar el ámbito de la jurisdicción de las magistraturas consulares, los estatutos comienzan a establecer algunos elementos conceptuales relativos a los actos y operaciones que se considerarían mercantiles. En ellos se ve el germen de lo que vendría a ser el “acto de comercio”.

La jurisdicción consular comenzó luego a extenderse, por el prestigio que adquirieron sus decisiones, dada la experiencia que estos tribunales especializados habían obtenido acerca de los asuntos mercantiles. De ello resultó que dichos tribunales comenzaron a entender en asuntos en los que intervenían personas que no eran comerciantes, y que ocasionalmente habían contraído vínculos comerciales con mercaderes. Poco a poco las legislaciones fueron sometiendo a sus disposiciones diversos institutos, como la letra de cambio, los seguros, etc., en los que intervenían personas no comerciantes y que, no obstante, quedaban sujetas a la jurisdicción mercantil en razón de los actos que habían realizado. Así se inicia el tránsito de los criterios de comercialidad subjetivos hacia los criterios objetivos que aparecen consagrados en la mayoría de las legislaciones modernas.

El derecho comercial surgió entonces como un derecho consuetudinario, profesional y corporativo; pero la formación luego de los grandes Estados monárquicos trajo, al acrecentar la autoridad legislativa oficial, la disminución de la productividad de las fuentes que habían dado nacimiento a aquel derecho.

Tránsito hacia la nacionalización de las normas de comercio: derecho subjetivo-objetivo

En Francia los documentos reglamentarios emanados de la autoridad real culminan bajo el reinado de Luis XIV y por iniciativa de Colbert, mediante dos ordenanzas, una de 1673, concerniente al comercio terrestre, y la otra de 1681, relativa al comercio marítimo.

En España, Felipe V dio fuerza de ley general en 1737 a algunas ordenanzas creadas por los comerciantes de Bilbao, que llegaron a ser el código de comercio tanto de España como de nuestras tierras, pues la *Real Cédula de erección del Consulado de Buenos Aires*, expedida en Aranjuez el 30 de enero de 1789, al crear el tribunal encargado de administrar justicia en los pleitos comerciales, dispuso que las ordenanzas de Bilbao habrían de servir de regla al nuevo tribunal para la sustanciación y resolución de los pleitos, debiendo solo después de ellas decidirse “por las leyes de Indias o en su defecto por las de Castilla”.

La codificación

La codificación del derecho comercial separadamente de la del derecho civil, común o general, se inició en Francia. Allí se sancionó el Código de Comercio francés de 1807, que fue la fuente de la codificación mercantil continental.

Dicho código era una excepción a la normativa del Código Civil francés de 1804, que regía todo lo no regulado por el Código de Comercio. Pero mientras el Código Civil rompió con el pasado, el Código de Comercio se inspiró en él. Así, mientras que el Código Civil se asentó sobre los principios de la revolución: “libertad, igualdad y fraternidad”, el Código de Comercio mantuvo el ordenamiento jurídico-mercantil formado por las ordenanzas de Colbert, proclamadas por Luis XIV. Entre otras cuestiones, mantuvo los tribunales de comercio integrados por comerciantes que subsisten hasta hoy. Dichos tribunales de comercio implicaron un palmario apartamiento del principio de la igualdad sostenido por la Revolución, pues preservaron para los comerciantes un fuero especial.

Por cierto que para no violar el principio de igualdad, tal normativa se procuró estructurar objetivamente sobre la base del acto de comercio (CCF, 1807: arts. 631 y concs.).

Por su vinculación con operaciones comerciales, gran cantidad de negociaciones de índole civil fueron sometidas a la legislación mercantil; por ende, el campo de acción del derecho comercial se amplió considerablemente. La emisión de un cheque o de una letra de cambio por personas que no ejercen el comercio y para sus fines particulares está regida por la ley mercantil; las sociedades constituidas conforme alguno de los tipos previstos por la Ley N° 19550 son comerciales, aunque tengan por objeto la realización de negocios civiles.

Así, por este código, el derecho comercial dejó de ser un derecho profesional para ser también el de ciertas actividades. Nace entonces la teoría de los “actos de comercio”: el artículo 631 disponía que la jurisdicción comercial era competente no solo en los pleitos “entre comerciantes”, sino en los relativos a los actos de comercio mencionados “entre cualesquiera personas”.

Todo esto lleva a la conclusión de que la extensión del concepto de derecho mercantil no coincide con la del concepto económico del comercio.

La codificación comercial francesa tuvo eco en España con el Código de Comercio de 1829, que es una de las fuentes del Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1859, devenido en Código Nacional de Comercio en 1862, tras la reincorporación de Buenos Aires a la República.

En su origen, la expresión “materia de comercio” sirvió para indicar las relaciones litigiosas de competencia del fuero consular; tuvo, pues, un mero sentido jurisdiccional. Pero al transformarse el carácter personal del fuero mercantil en un fuero objetivo de los negocios mercantiles, el derecho privilegiado de la clase de los comerciantes se transformó en el derecho regulador de un conjunto de Estados, situaciones, actividades y relaciones de hecho. De este modo, la materia comercial se contrapuso a la civil en un sentido sustancial y no meramente jurisdiccional.

La materia de comercio pasó a ser una categoría legislativa. Su determinación debía hacerse con relación a cada derecho positivo. En consecuencia, constituía materia comercial todo supuesto de hecho que la ley considerara mercantil.

2. LA CODIFICACIÓN EN ARGENTINA

Época colonial. La Constitución de 1853. Sanción del Código de Comercio (1859-1862). Tendencia a la unificación. El Código Civil y Comercial (2014)

La codificación en Argentina

Época colonial

La permanente evolución de nuestra materia, con características propias, como lo señala Halperin, determinó la necesidad de darle una regulación especial. Tales circunstancias nos permiten afirmar que el derecho comercial es una categoría histórica por ser “el fruto de ciertas circunstancias históricas y económicas que producen su aparición como rama separada por insuficiencia del derecho común, desbordado por las necesidades del comercio” (Halperin, 1971).

Así surgió la codificación, con el primer Código de Comercio que se dictó para regular la actividad mercantil, sancionado en Francia en 1807 y que comenzó a regir el 1° de enero de 1808. Su importancia se debe a que fue el primero que calificó la materia comercial, describiendo los actos y conductas que la ley considera comerciales (el acto de comercio), con independencia del sujeto que lo realiza, lo que se conoce como “método” o “sistema objetivo”. Este primer código inició una tendencia hacia la codificación, y fue seguido, con criterios similares, por países como España, Holanda –promulgado también para Bélgica)–, Portugal, y también fue un antecedente del primer Código de Comercio argentino.

Durante la primera época de la Colonia, el comercio se regía por las leyes comunes (Recopilación de Indias y las leyes de Castilla), ya que no poseía una legislación especial. Posteriormente se aplicaron las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Los juicios se realizaban ante las audiencias de Charcas, actual Sucre (Bolivia), y de Buenos Aires. Posteriormente se creó el Tribunal del Consulado, con sede en Buenos Aires, que intervenía en los litigios entre comerciantes.

Luego de la Revolución de Mayo, durante la Asamblea del Año XIII, se dictaron algunas normas de derecho comercial sobre temas aislados, como por ejemplo, la matrícula para los comerciantes, que ordenaba el nombramiento de contadores peritos para los asuntos comerciales. Dos años después, en 1815, se resolvió que los contratos de sociedad se otorgaran ante el escribano del Consulado, tribunal que subsistió casi intacto hasta 1862.

Más adelante, en la provincia de Buenos Aires, durante el gobierno de Martín Rodríguez y por iniciativa de sus ministros Bernardino Rivadavia y Manuel García, se fundó la Bolsa Mercantil y se dictó una ley, la 1821, sobre corredores de comercio, así como normas sobre las actividades de corredores y martilleros.

La Constitución de 1853. Sanción del Código de Comercio (1859-1862)

Nombrado Dalmacio Vélez Sarsfield ministro de Gobierno del Estado de Buenos Aires en 1856, abordó el problema de la codificación comercial junto con el jurista uruguayo Eduardo Acevedo, quien años antes había redactado un proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay. El 6 de octubre de 1859 quedó sancionado el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires (durante el período en que la provincia de Buenos Aires estuvo separada del resto de la Confederación), quedando a partir de entonces derogadas todas las leyes y disposiciones relativas a materias de comercio.

Con fecha 12 de septiembre de 1862, reintegrada Buenos Aires al seno de la nación, sancionadas en 1860 las reformas a la Constitución de 1853 y proclamado en 1862 presidente Bartolomé Mitre, por la Ley N° 15 se adoptó como Código de Comercio de la república el de 1859, que, además, varias provincias

habían declarado antes como aplicable a sus territorios. La sanción de ambas Cámaras fue a libro cerrado, es decir, sin debate y sin introducir modificación alguna al texto sancionado –también en la misma forma– por la legislatura bonaerense.

Dicho código constaba de 1748 artículos, distribuidos en cuatro libros dedicados sucesivamente a personas de comercio, contratos de comercio, derechos y obligaciones que resultan de la navegación y la insolvencia de los comerciantes. En la nota de presentación del proyecto se explicaba que en el estado actual de nuestros códigos civiles era imposible formar un Código de Comercio sin suplir todos los títulos del derecho civil que, a juicio de los autores, faltaban para poder componer ese código. Por ello, indicaron que habían interpolado en los lugares en que lo exigía la naturaleza de la materia, treinta capítulos de derecho común.

Aprobado igualmente sin modificaciones en 1869 el proyecto de Código Civil que Vélez Sarsfield había redactado por encargo del presidente Bartolomé Mitre, resultó evidente la necesidad de reformar el Código de Comercio para armonizarlo con aquel y suprimir disposiciones que resultaban innecesarias.

La reforma fue elaborada por una comisión del Congreso que trabajó sobre un proyecto de Lisandro Segovia. Se sancionó en 1889 y empezó a regir el 1° de mayo de 1890. Se suprimieron la mayor parte de las disposiciones de derecho civil intercaladas en el código y se introdujeron nuevas reglas sobre transporte y sociedades anónimas, y también se crearon títulos nuevos sobre bolsas, cheques, cuentas corrientes, títulos al portador e hipoteca naval.

Bajo esa concepción, en nuestro país el derecho privado patrimonial se estructuró sobre una doble codificación (civil y comercial), a partir de lo cual se consideró al derecho comercial como un derecho autónomo, especial o de excepción frente al derecho civil de carácter general.

En el régimen del Código de Comercio vigente desde 1859-1862, el contenido y ámbito de aplicación del derecho comercial no se identificaba con el concepto económico de comercio, sino que se trataba de una categoría legislativa: “constituía materia comercial todo supuesto de hecho (negocios u operaciones) al que la ley consideraba mercantil” (art. 8, CCom.). La reiteración

habitual de esos actos, en forma de ejercicio profesional, confería a quien los realizaba la calidad de comerciante (art. 1, CCom.).

Tendencia a la unificación

Luego de la codificación se iniciaron tendencias unificadoras. Al surgir el derecho comercial, fue el derecho del comercio y de los que lo ejercían profesionalmente. Nace en la Edad Media cuando el derecho civil resultó insuficiente para satisfacer las necesidades de una actividad comercial floreciente, contribuyendo esencialmente a su formación las corporaciones de los comerciantes mediante las decisiones dictadas por sus cónsules en las controversias suscitadas entre aquellos.

La abolición de las corporaciones y la codificación no cambiaron la situación, aunque los códigos de comercio no solo dejaron de ser códigos profesionales, sino que abarcaron en sus disposiciones actividades no propiamente comerciales.

Pero en las últimas décadas del siglo XIX apareció una tendencia que se oponía a ese estado de separación e independencia, sobre la base de que, en rigor, no hay diferencias sustanciales entre la relación jurídico-mercantil y la relación jurídico-civil. Se orientó, en lo legislativo, hacia la sanción de un Código de las Obligaciones, que comprendiera en sus disposiciones las obligaciones civiles y comerciales. Un código con ese nombre fue sancionado en Suiza en 1883. Siguiendo antecedentes de la legislación comparada, como el Código Civil y Comercial italiano de 1942 o el Código Único de las Obligaciones suizo de 1911, una parte de la doctrina argentina propiciaba la unificación del derecho civil y el comercial en un solo código. Hubo algunos proyectos de unificación, entre los que podemos citar el de 1987, que si bien fue aprobado por ambas cámaras del Congreso nacional, al ser resistido por gran parte de la doctrina y otras estructuras intermedias de la comunidad jurídica por falta de consenso y de consulta en su elaboración, fue vetado por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, aunque la fusión no progresa en la legislación y la separación entre civilistas y comercialistas se mantiene en la doctrina, no puede negarse que el derecho comercial invade, cada día más acentuadamente, campos del

derecho civil. Es el fenómeno que algunos han llamado comercialización del derecho civil.

El derecho es en sí uno solo. Toda la vida jurídica de un país está regida por un derecho, que constituye un ordenamiento único y total. Pero a cada sector de la vida corresponde un sector del ordenamiento jurídico. Dentro de la tradicional bipartición en derecho público y derecho privado, aparecen el derecho civil y el comercial como las ramas constitutivas de este último. Ambos derechos (civil y comercial) son especiales porque regulan categorías determinadas y distintas de relaciones. Es un error tratar al derecho comercial como un derecho especial con relación al civil.

En ese sentido, se suele establecer una distinción entre derecho singular y derecho especial. Ello se funda en que el derecho especial aparta ciertas categorías de personas, actos o cosas de la esfera de la regla general a fin de someterlas a una disposición especial. El derecho especial surge cuando las peculiaridades técnicas de las relaciones regulables exigen la implantación de principios jurídicos distintos de los imperantes sobre las relaciones comunes. Estos principios nacen para ser aplicados a determinadas materias, pero muchas veces ocurre que la fuerza de las cosas provoca su expansión, de modo tal que comienzan a regir fuera de su campo primitivo, extendiéndose hasta convertirse en normas generales. Ello es lo que ha ocurrido con los preceptos del derecho del trabajo y del propio derecho comercial, que son actualmente normas de derecho común. Así, tal como lo señaló Ascarelli, el derecho especial muere en el instante de su máximo triunfo, es decir, cuando adquiere la categoría de derecho común.

El Código Civil y Comercial (2014)

Por Decreto N° 191/2011 del Poder Ejecutivo, se designó una Comisión de Juristas para la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti (como presidente), Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

La iniciativa fue elevada al Poder Ejecutivo el 24 de febrero de 2012 y presentada en un acto público celebrado el 27 de marzo de 2012. Con posterioridad, el Poder Ejecutivo introdujo algunos cambios y lo elevó al Congreso de la Nación el 7 de junio de 2012 (Mensaje 884/2012).

En el ámbito parlamentario se creó una comisión bicameral para analizar el proyecto y elaborar el despacho previo al tratamiento legislativo, que debió expedirse en el plazo de 90 días.

Mediante la sanción de la Ley N° 26994 (B.O. 08/10/2014) se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que derogó tanto al Código Civil como al Código de Comercio. De ese modo, la legislación civil y comercial quedó unificada y fundida en un único cuerpo normativo, cuya entrada en vigencia estuvo originariamente prevista para el 1° de enero de 2016, pero fue adelantada por la Ley N° 27077 al 1° de agosto de 2015.

El nuevo código no incluye ninguna referencia a qué debe entenderse por comerciante, ni al alcance y contenido de la actividad mercantil. En otros términos, omite regular el denominado Estatuto del Comerciante; suprime toda referencia a los comerciantes en general y a los actos de comercio (Libro Primero, Título I, Capítulo I, arts. 1 a 8 del CCom); tampoco hace mención a la matrícula de los comerciantes (Libro Primero, Título, Capítulo III, arts. 25 a 32, del CCom); ni a las obligaciones comunes de los comerciantes (Libro Primero, Título II, capítulo I, art. 33 del CCom); ni al Registro Público de Comercio (Libro Primero, Título II, capítulo II, arts. 34 a 42 del CCom).

El Código Civil y Comercial considera a las personas en forma unificada y las clasifica como “personas humanas” o “personas jurídicas”, sin diferenciar entre sujetos “comerciales” y “civiles”. También en el nuevo código desaparece la diferencia entre contratos “civiles” y “comerciales”.

Este código también regula la contabilidad, la rendición de cuentas, la representación, los contratos comerciales típicos, las reglas de interpretación y el valor de los usos y costumbres. Además, incorpora los contratos comerciales atípicos y los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de arbitraje y los contratos de consumo. En materia de sociedades, no existe más la sociedad civil ni

tampoco la sociedad comercial, ya que de conformidad con las reformas de la Ley N° 26994 a la Ley N° 19550, la que se denomina ahora “Ley General de Sociedades”, hay un tratamiento único y no existe más el objeto comercial para diferenciar entre sí a las sociedades de hecho. Tampoco subsiste un registro público “de comercio”, sino solamente un “registro público”, y nada se regula específicamente sobre actos inscribibles, procedimientos y efectos de las registraciones.

Finalmente, se mantiene la vigencia como legislación mercantil de todas las leyes complementarias al Código de Comercio derogado (conf. art. 5 de la Ley N° 26994). En esta última situación se encuentran el Decreto-Ley N° 5965/1963 de Letra de Cambio, Vales y Pagaré; el Decreto-Ley N° 15348/1946 de Prenda con Registro; la Ley N° 928 de Certificado y Warrant Aduanero; la Ley N° 9643 de Warrants; la Ley N° 9644 de Prenda Agraria; la Ley N° 11867 de Transferencia de Fondo de Comercio; la Ley N° 17418 de Seguros; la Ley N° 18924 de Casas y Agencias de Cambio; la Ley N° 19550 de Sociedades; la Ley N° 20091 de Entidades de Seguros y su Control; la Ley N° 20094 de Navegación; la Ley N° 20266 de Martilleros; la Ley N° 20337 de Cooperativas; la Ley N° 21526 de Entidades Financieras; la Ley N° 22262 de Defensa de la Competencia; la Ley N° 22315 de la Inspección General de Justicia; la Ley N° 22316 de Asignación de funciones del Registro Público de Comercio a la Inspección General de Justicia; la Ley N° 22362 de Marcas; la Ley N° 22400 de Productores Asesores de Seguros; la Ley N° 22426 de Transferencia de Tecnología; la Ley N° 22802 de Lealtad Comercial; la Ley N° 23576 de Obligaciones Negociables; la Ley N° 24083 de Fondos Comunes de Inversión; la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor; la Ley N° 24441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; la Ley N° 24467 de Pequeñas y Medianas Empresas; la Ley N° 24481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; la Ley N° 24452 de Cheques; la Ley N° 24522 de Concursos y Quiebras; la Ley N° 24587 de Nominatividad de los Títulos Valores Privados; la Ley N° 24760 de Factura de Crédito; la Ley N° 24766 de Confidencialidad sobre Información y Productos; la Ley N° 24921 de Transporte Multimodal de mercaderías; la Ley N° 25065 de Tarjetas de Crédito; la Ley N° 25156 de Defensa de la Competencia; la Ley N° 25284 de Entidades Deportivas y la Ley N° 26831 de Mercado de Capitales.

Ha quedado entonces sin caracterizar legalmente la materia de comercio, y el resto de esta, no derogada, permanece, e integra o complementa el Código Civil y Comercial, pero decodificada.

Consideramos sin embargo que la unificación de la legislación civil y comercial no puede conducir a negar la autonomía científica de esta última, pues cuando la Constitución Nacional establece en su actual artículo 75, inciso 12, como atribución del Congreso la de “Dictar los Códigos Civil, Comercial [...] en cuerpos unificados o separados”, claramente preserva la autonomía legislativa de la legislación comercial como una categoría distinta con relación a la civil, aunque ambas se fundan en un único código o cuerpo normativo.

De modo que, si bien el derecho mercantil de los actos de comercio y del comerciante de origen francés ha desaparecido, en la realidad el derecho comercial subsiste aunque decodificado, expandido e impregnado en la normativa e instituciones del nuevo código.

Por ello, la unificación de la legislación civil y comercial y la falta de caracterización legal del alcance y contenido del derecho mercantil impone encontrar la materia de comercio en el nuevo Código Civil y Comercial, así como en las leyes complementarias.

Pues el moderno derecho comercial se concibe como el conjunto de normas que regulan la producción y el intercambio de bienes y servicios puestos en el mercado con ánimo de lucro, en el cual la empresa desempeña un rol esencial y principal.

3. EL DERECHO COMERCIAL EN LA ACTUALIDAD

Contenido y alcance del derecho comercial. La autonomía.
Fuentes del derecho comercial.
Relaciones del derecho comercial con las demás ramas del derecho

El derecho comercial en la actualidad

Contenido y alcance del derecho comercial

En el ámbito internacional, el derecho comercial tiene una regulación uniforme, al amparo de los nuevos medios de comunicación y transporte. Ello se logró de manera progresiva, mediante el asiento de las prácticas y usos en los convenios internacionales y en los contratos y actos celebrados por empresas involucradas en el comercio exterior, todo lo que hoy conforma la nueva *lex mercatoria*.

La tendencia corporativa manifestada en muchos países, entre ellos el nuestro, determina un regreso al sistema subjetivo del orden mercantil profesional (v.gr. tribunales arbitrales). El fenómeno económico de la concentración, la globalización y el desarrollo de la gran industria ha contribuido a la organización de grandes empresas y consorcios industriales. Este fenómeno fue favorecido por la tecnología, en especial de la información.

En la actualidad, el núcleo central del derecho comercial está en la actividad productiva de intercambios de bienes o servicios, y a su alrededor pueden ubicarse a los sujetos, la organización y el patrimonio. En consecuencia, el eje no es el empresario sino la empresa y, más específicamente, la actividad que esta realiza. Este rol principal y esencial de la empresa sentó las bases de la

estructura legislativa mercantil en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la legislación complementaria que no fue derogada, cuyo contenido ya fue mencionado en el punto precedente.

En líneas generales, puede decirse que la normativa comercial comprende básicamente a: 1) los sujetos mercantiles y sus estatutos; 2) la empresa y las operaciones que celebra: hechos, actos, contratos, instrumentos y tecnologías; 3) la insolvencia; 4) el mercado y todas las instituciones que se vinculan a su funcionamiento.

En ese contexto, el derecho mercantil proporciona un marco legal para promover los negocios de acuerdo con las necesidades del comercio: celeridad, simplicidad, estabilidad y seguridad, circulación de la riqueza, acumulación del capital, limitación de los riesgos, conservación de las empresas.

A su vez, fija los límites a la actuación de los sujetos y sus actividades comerciales, a quienes les impone una serie de cargas y obligaciones, cuya observación y cumplimiento son controlados mediante un sistema de fiscalización y autorización.

Finalmente, establece un régimen de imputación de responsabilidad frente a los incumplimientos o inobservancias de las conductas que legisla. En este punto cobra especial relevancia la irrupción del régimen de derechos del consumidor, que ampara las relaciones de consumo.

La autonomía

Con anterioridad a la unificación del código, era sencillo identificar las normas de naturaleza mercantil por su ubicación en el Código de Comercio. Sin embargo, y pese a la unificación legislativa, no se puede dudar de la autonomía sustancial del derecho comercial.

En primer lugar, porque desde sus orígenes se presentó como una “categoría histórica” que apareció en la Edad Media, que condujo a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil.

En la actualidad, no hay dudas de que el fenómeno económico requiere inevitablemente de una disciplina jurídica especial y diferenciada, con criterios y métodos de investigación propios.

Se puede hablar de diversas autonomías:

1. Autonomía legislativa, que se desprende de la existencia de normas específicas de la materia comercial. Esas disposiciones se encuentran tanto en el Código Civil y Comercial como en las leyes cuya vigencia se mantiene expresamente.
 2. Autonomía científica y didáctica, pues se identifica un objeto de estudio diferenciado del civil y esto motiva también la existencia de cátedras con contenido propio de derecho comercial.
- De ese modo, la materia comercial está delimitada dentro del derecho privado, en tanto está integrada por sujetos particulares sometidos a un estatuto especial, y la regulación de sus relaciones jurídicas tiene principios propios. Subsiste, en consecuencia, la autonomía científica, pero con una mayor interrelación con la material civil.
3. Autonomía jurisdiccional, sea nacional y/o local.

Fuentes del derecho comercial

La norma jurídica mercantil, como cualquier norma pública o privada, proviene de una manifestación de la voluntad social provocada por la necesidad o conveniencia de imponer determinada conducta.

Existen diversas posturas respecto a cuáles son las fuentes formales del derecho, pero sin profundizar en el tema, generalmente se distinguen al menos dos fuentes: la ley y la costumbre. Es decir, que la manifestación de la voluntad social puede exteriorizarse mediante los órganos competentes del Estado o mediante un comportamiento de hecho general, constante y uniforme, sentido como socialmente necesario.

Algunos autores agregan otras fuentes del derecho mercantil: la jurisprudencia, la doctrina de los autores, los principios generales del derecho, las leyes extranjeras, la equidad, la analogía, etc.

El código impone que la decisión judicial debe estar razonablemente fundada y menciona una pluralidad de fuentes: la Constitución, las leyes, los tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma. Asimismo, brinda pautas de interpretación de la ley y que el juez debe resolver mediante

una decisión razonablemente fundada (arts. 1 al 3 del CCCN –Ley N° 26944–).

La conjugación de estos artículos conduce a la existencia de una interacción entre todas las fuentes, pero sin dejar de conocer cuáles son las normas aplicables en materia mercantil y el orden de prelación que existe entre ellas.

1. La ley es definida por Del Vecchio como “el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados que representan la voluntad preponderante de una multitud asociada”. La ley es, pues, la fuente de derecho primera y fundamental, y preponderante sobre las demás fuentes. Se manifiesta como una norma jurídica obligatoria impuesta por la autoridad del Estado por medio de sus órganos competentes. Ley comercial es entonces la norma jurídica emanada de los órganos competentes del Estado y destinada a regular la materia mercantil. En el caso de que se apliquen de manera subsidiaria normas civiles, esto no las convierte en fuentes del derecho comercial.

2. La costumbre puede ser definida como la reiteración de un acto por los miembros de una comunidad con la convicción de que responde a una necesidad social y que se practica con conciencia de obligatoriedad.

Debe distinguirse la costumbre de los llamados “usos convencionales” o “usos del comercio” o “del tráfico”. Estos usos o prácticas consisten en modos de comportamiento más o menos generales que, a diferencia de las costumbres, carecen de la convicción de obligatoriedad. Es decir, en tanto que la costumbre jurídica obliga a su cumplimiento en virtud de su propia fuerza interna que infunde a todos los individuos el sentido de su necesaria vigencia, los usos no alcanzan a obtener esa fuerza coactiva y su cumplimiento queda librado a la conveniencia o interés de los sujetos, o bien a alguna disposición legal que a ellos refiera.

Esta fuente es muy importante para el derecho comercial en razón de su carácter consuetudinario. Los usos y costumbres mercantiles se originan en la actividad de los comerciantes y de la empresa. La admisibilidad de esta fuente del derecho depende esencialmente de las disposiciones legales que la admitan.

Dentro de las fuentes del derecho puede mencionarse también a la jurisprudencia, que es caracterizada como las decisiones judiciales que llegan a conformar una regla general creada por los tribunales en razón de su reiteración

ante un mismo problema jurídico. La doctrina de los autores se excluye como fuente formal, porque la opinión de los tratadistas es un valioso elemento auxiliar para la aplicación del derecho, pero no importa un modo de manifestación de normas jurídicamente obligatorias ni sustituye la autoridad de la ley. Se mencionan también los principios generales del derecho, que serán tratados en el punto 4 de este capítulo.

Relaciones del derecho comercial con las demás ramas del derecho

El derecho mercantil, a pesar de su indudable autonomía, tiene puntos de contacto con varias ramas del derecho, los que serán mencionados de manera sintética:

1. Derecho civil, esencialmente, por tratarse ambos de derechos de las obligaciones, donde rigen principios generales comunes.
2. Derecho administrativo: en la creciente intervención del Estado en la actividad mercantil privada es cada vez mayor la injerencia de este derecho, que regula la relación entre el empresario y el Estado nacional, provincial o municipal.
3. Derecho penal, pues el Estado también asegura el cumplimiento de obligaciones de lealtad y honradez (defraudaciones, estafas, libramiento de cheques sin fondos, administración fraudulenta, etc.);
4. Derecho fiscal y tributario, pues determina la naturaleza de las operatorias comerciales para establecer si son objeto de tributo y las regula. Además, establece las normas obligatorias que regulan la registración y emisión de los comprobantes que deben cumplir los empresarios en el desarrollo de su actividad. De esta manera, modifica institutos del derecho comercial.
5. Derecho procesal, en cuanto a la regulación del procedimiento para la aplicación de sus normas de fondo (v. gr. relativos a la quiebra, a la ejecución de letras de cambio, etc.).
6. Derecho de trabajo, pues los trabajadores (empleados u obreros) constituyen un elemento imprescindible de la empresa; además de las disposiciones referidas a los factores y otros auxiliares.

4. PRINCIPIOS INFORMANTES

Noción. Principio de buena fe (art. 9). El abuso de derecho (art. 10). El abuso de posición dominante (art. 11). El orden público y el fraude a la ley. Renuncia (arts. 12 y 13). Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (art. 14). Otros principios informantes del derecho comercial

Principios informantes

Noción

Los principios generales del derecho constituyen una fuente de este para la solución de casos concretos, y conforman pautas valorativas que poseen la virtud o capacidad para actuar frente a defectos o lagunas existentes en la ley. Sirven de inspiración y base a las normas de los ordenamientos positivos y derivan de normas establecidas. Se utilizan, en definitiva, para la aplicación e interpretación del derecho y se aplican en la integración y creación jurídica.

Estos principios generales se aplican para todas las ramas del derecho, pero hay algunos que son más utilizados por el derecho mercantil y, por eso, podemos decir que se trata de principios informantes del derecho comercial, pues los utilizamos para integrar la ley o interpretarla. Se los denomina “informantes” porque sirven para informar y darle forma al derecho comercial desde la interpretación y la integración. Se incluyen dentro del sistema de fuentes del derecho. A partir de estos principios generales, es que se aplicará el derecho, y frente a lagunas o defectos legales, recurriremos a ellos –cuando se requiera interpretación– para encontrar el verdadero sentido de la norma.

Los principios generales del derecho comercial no son inmutables, cerrados, absolutos, sino que varían en la medida en que la historia y sus hombres evo-

lucionan. A su vez, no existe unanimidad en la doctrina acerca de cuáles son los principios más utilizados en la materia que nos ocupa, pero la mayoría coincide en que el principio de buena fe asume un rol preponderante y desde ahí se desprenden el resto de los principios como derivados. Estudiaremos los principios generales estipulados en el título preliminar del Código Civil y Comercial que resultan aplicables a todo el derecho privado.

El código regula los principios a partir del artículo 9, en el capítulo 3 denominado “Ejercicio de los derechos”, dentro del título preliminar. Una de las funciones que cumple este título es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el texto.

Principio de buena fe (art. 9)

El principio general establece que los derechos –todos– deben ser ejercidos de buena fe. Se trata de un concepto esencialmente ético, receptado en las costumbres de los pueblos desde la Antigüedad, que ha sido incorporado al derecho durante toda su evolución. Exige una conducta recta y honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. Se aplica en el derecho de fondo y en el derecho procesal. Este principio busca impedir las actuaciones abusivas de las partes –como por ejemplo alargar un juicio o aprovecharse de la ligereza o inexperiencia de la contraparte–, proteger al que actuó conforme le fue presentado el acto (principio de transparencia), entre otras cosas. En todas las ramas del derecho recibe un tratamiento diferenciado quien actuó de buena o de mala fe.

La buena fe se mide conforme a un *estándar de conducta* que va a variar en cada sociedad y en un tiempo determinado. Para determinar si se actuó de buena o de mala fe, se recurrirá a este estándar, a lo que usualmente se hace en situaciones similares, a la conducta esperable por la otra parte y, en general, por la sociedad.

Se evalúa desde dos perspectivas:

- Buena fe subjetiva: creencia o ignorancia de la antijuricidad de una conducta que legitima u otorga titularidad al sujeto que actúa de buena fe. La “buena fe creencia” resulta de cierto estado psicológico y de una convicción

sincera del espíritu fundada en la razonabilidad. Se trata de una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica.

Buena fe objetiva: se analiza a través de la conducta o comportamiento del sujeto, y es parte del deber de no actuar en perjuicio de los demás. Se denomina también “buena fe lealtad” y está muy estrechamente relacionada con el principio de transparencia.

El principio de buena fe está muy presente en el código, sancionado por la Ley N° 26994, y como se adelantó, de este principio derivan otros (abuso de derecho, abuso de la posición dominante, etcétera). Además adquiere relevancia en la interpretación y aplicación de varias normas incluidas en este cuerpo normativo: inoponibilidad de la persona jurídica (art. 144); excepciones a la mora automática (art. 887); celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 961), entre muchas otras.

Algunos ejemplos en la aplicación de este principio:

- a) En materia de seguros, el contrato debe ser celebrado, interpretado y ejecutado de buena fe. Esto ha sido reiterado en numerosos precedentes jurisprudenciales y contempla diversas conductas, tanto del asegurador (a la hora de cumplir con su obligación principal: indemnizar ante el acaecimiento del siniestro) y también del asegurado, relacionadas con la veracidad de la información que debe suministrar al asegurador, con la exageración del daño, etc.
- b) En materia de consumidores, se exige del proveedor que actúe de buena fe hacia el consumidor o usuario, brindándole toda la información necesaria sobre el producto o servicio a consumir o utilizar. Un claro ejemplo de violación de este principio es la utilización de publicidad engañosa.
- c) En materia de contratos de ejecución continuada se utiliza el principio de buena fe al momento de evaluar si el plazo de preaviso otorgado a la contraparte antes de rescindir el contrato, fue suficiente.
- d) En materia de sociedades a la hora de analizar la conducta de los administradores y representantes.

El abuso de derecho (art. 10)

La norma establece que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. Dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y considera tal al que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las costumbres.

El abuso del derecho es un ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros. El artículo dispone que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Se denomina *abuso del derecho* a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho. Se trata de un principio derivado del de buena fe y consagra la idea de que los derechos no son absolutos.

Si bien el abuso de la posición dominante es un principio netamente mercantil y se trata de un caso de abuso de derecho, hay muchas otras situaciones generadas en el mundo del derecho comercial en donde se ha determinado que se ha ejercido el derecho de forma “abusiva”, como por ejemplo el ejercicio del derecho a formar sociedades, pero con la única finalidad de esconder el patrimonio de los acreedores, o el ejercicio del derecho de propiedad, que muchas veces cede frente a otros principios superiores, como el de la conservación de la empresa o de los puestos de trabajo de los empleados. Un claro ejemplo en materia concursal, es el derecho que tiene el acreedor a votar la propuesta de pago de la concursada, siempre y cuando no lo ejerza de manera hostil, lo que podría llevar a que sea excluido el cómputo de la mayoría (Ley de Concurso y Quiebras: 45).

El abuso de posición dominante (art. 11)

El *abuso de la posición dominante* es una norma netamente comercial que proviene del derecho de defensa de la competencia. Refiere a determinadas situaciones de hecho o de derecho que conllevan a que un prestador ejerza una posición dominante en el mercado, en perjuicio de la libre competencia y, en contra, consecuentemente del interés general.

El lugar dominante en el mercado es el que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica. Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio, pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe. Hay abuso de la posición dominante también cuando se realizan prácticas anticompetitivas.

El Código Civil y Comercial dispone que lo regulado en los arts. 9 y 10 es también aplicable cuando se abuse de la posición dominante en el mercado y, en estos casos, se deberá ordenar lo necesario para evitar los efectos de este ejercicio o situación jurídica abusivo y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización. Sobre las conductas anticompetitivas y las realizadas en abuso de la posición dominante nos referiremos en los capítulos siguientes al analizar el derecho de la competencia, pero adelantamos que son consideradas tales las que afectan el interés económico general. Este es un concepto variable, aunque también actúe como principio general y rector que ha ido variando a lo largo del tiempo.

Ejemplos de abuso en la posición dominante pueden encontrarse, como dijimos, en situaciones en donde se dan monopolios u oligopolios que perjudican el libre acceso al mercado, o en casos donde se vende por debajo del costo de producción para perjudicar a un competidor, etc.

El orden público y el fraude a la ley. Renuncia (arts. 12 y 13)

El artículo 12 del Código Civil y Comercial establece otro límite a la autonomía de la voluntad. Dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. Este último es un concepto variable, bastante estable pero dinámico, porque muta paulatinamente junto con los cambios de la sociedad; aunque puede afirmarse que comprende el conjunto de normas imperativas, indisponibles para la voluntad de los particulares, y los principios que en cada momento se consideran necesarios para la organización y funcionamiento de la sociedad y para el respeto adecuado de los derechos fundamentales de quienes la integran.

Dispone además que el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considerará otorgado en fraude a la ley. En este caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir. El fraude a la ley consiste en la existencia de un determinado acto, realizado bajo la cobertura de una norma, pero destinado a burlar una prohibición establecida por otra de carácter imperativo. Su característica principal es que se trata de la realización de actos “aparentemente” válidos, pero realizados con la intención de eludir una prohibición de orden público. El principio tiene una íntima vinculación con los deberes de buena fe y el principio de abuso de derecho, pues postula que el ordenamiento no puede ser utilizado como una herramienta que lleve a un resultado contrario al orden público.

El artículo 13 prohíbe la renuncia general a las leyes, aunque permite que se renuncie particularmente a los efectos de las leyes en ciertos casos, siempre y cuando ello no conlleve una violación del orden público.

Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (art. 14)

El derecho privado reconoce dos categorías de derechos: los individuales y los de incidencia colectiva. Los derechos individuales son aquellos invocados

por los particulares legitimados sobre bienes jurídicos individuales y deben ser ejercidos por su titular. Los derechos de incidencia colectiva, pueden ser invocados por sujetos que presentan un interés público. Aquí el bien jurídico a proteger es colectivo, por lo tanto, la legitimación activa también lo es.

Otros principios informantes del derecho comercial

Si bien hicimos hincapié y enumeramos los principios orientadores que surgen del título preliminar del Código Civil y Comercial, hay una serie de principios que resultan aplicables en nuestra materia y que no han perdido vigencia, sino que, por el contrario, tuvieron una favorable recepción legal en el texto del nuevo código.

a) Uno de ellos es el *principio de publicidad*. En función de este principio habrá ciertos actos que, de cumplir ciertas formalidades, serán inscriptos y por lo tanto resultarán oponibles a terceros. La contabilidad forma parte de este principio como herramienta fundamental para la toma de decisiones. Tradicionalmente los comerciantes debían inscribirse en el libro de la corporación a la que pertenecían. Si bien hoy no se exige esa inscripción, el Registro Público es un instrumento de publicidad legal y, los actos que allí se inscriben se supone que son conocidos por todos, tornándose oponibles. A su vez, cualquier actividad comercial exige que se lleve una contabilidad como medio para orientar la actividad, en forma progresiva. En capítulos subsiguientes analizaremos la importancia del Registro Público y las normas que regulan la contabilidad, pero se trata de dos cuestiones que integran el principio de publicidad.

b) *Presunción de onerosidad*: El obrar de los comerciantes y empresarios no es desinteresado, sino que todo acto cumplido en el ámbito de una actividad comercial, es decir, en la producción o intercambio de bienes y servicios en el mercado, contiene una finalidad de lucro. Antes este obrar estaba regulado por el artículo 218, inciso 5 del Código de Comercio, en la actualidad continúa aplicándose para interpretar la conducta de los sujetos que se dedican al intercambio de bienes o servicios, y resulta un principio útil para resolver determinadas situaciones en donde cabe descartar la actuación gratuita de

la parte dedicada al comercio o al ejercicio de la actividad mercantil. En el código algunas normas lo receptan: el artículo 1322 señala que el contrato de mandato se presume oneroso; el artículo 1357 tiene la misma presunción respecto del contrato de depósito y el artículo 1527 lo prevé respecto del mutuo. Lo mismo ocurre con el artículo 1599 –renta vitalicia–.

c) *Principio de la apariencia*. Protege a los terceros frente a las situaciones que se presentan como tales. Se relaciona con una situación jurídica, se trata de situaciones que la ley no puede ignorar. El Código Civil y Comercial recoge este principio en materia de representación (art. 368), que procura proteger la confianza de los terceros y la celeridad en las transacciones. Este artículo será analizado en su oportunidad, por lo que se remite a dicho análisis. También el principio de la inoponibilidad de la persona jurídica (artículo 144 del CCCN y artículo 54 de Ley General de Sociedades [LGS]) recepta y protege al tercero de buena fe.

5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El derecho comercial en el contexto de la integración regional y la globalización. La llamada nueva *lex mercatoria*

Los tratados internacionales

El derecho comercial en el contexto de la integración regional y la globalización

La globalización no es ni un principio ni una idea, es un hecho. A diferencia de manifestaciones globalizadoras anteriores, la globalización de nuestra época se caracteriza por una internacionalización de la producción que desdibuja la distinción entre “productos nacionales” y “productos importados” y por una revolución tecnológica y espacial que ha empequeñecido al planeta al reducir las distancias. Con la globalización moderna el espacio se encoge, el tiempo se abrevia y la historia se acelera.

Se revela así un mercado sin precedentes en el que sus agentes económicos, desconociendo los tradicionales límites territoriales, persiguen el máximo lucro por medio de las economías de escala, a las que dan lugar los consumidores de la aldea global, y mediante el abaratamiento de los costos de las empresas, producto de un desarrollo tecnológico inusitado que facilita no solo la comunicación, sino también los modos de transporte. Basta pensar en empresas como Google, Amazon o Skype que, a través de desarrollos extraordinariamente originales en Internet, promueven y ofrecen productos, formas de contratación y comunicación, acceso a datos y modos de publicidad totalmente revolucionarios.

rios. O en empresas, como por ejemplo DHL, que colocan productos de cualquier naturaleza y especie en los lugares más exóticos del mundo en menos de veinticuatro horas, desde pescado fresco hasta automóviles.

Este nuevo mercado entra en tensión, cuestiona y trastorna los cimientos de la organización jurídica existente, en particular los principios de soberanía, de nacionalidad del derecho y los criterios de interpretación contractual. Como no puede ser de otra forma, estos modernos *mercatori* buscan aumentar su patrimonio en el nuevo y fascinante escenario internacional, jaqueando jurisdicciones, leyes nacionales y autoridades de aplicación.

Sin duda que todo lo expuesto representa un desafío para juristas y legisladores, quienes deben esforzarse por acompañar este dinámico proceso, adaptando y modificando las herramientas jurídicas conforme a las innovaciones que van ocurriendo. En nuestro país ello se vio plasmado primero en la reforma constitucional de 1994 a través de la cual se otorgó a los tratados y concordatos jerarquía superior a las leyes, al tiempo que se incorporó también con rango constitucional la normativa internacional en materia de derechos humanos (CN: art. 75, inc. 22º). De esta manera, la reforma ratificó “el curso de una corriente que ya se había instalado en el derecho argentino”.

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial describe la prelación de fuentes formales del derecho internacional privado argentino, como surge de la Convención CIDIP II, art. 1º, párrafo final. En primer lugar, el tribunal argentino debe constatar que está frente a un caso internacional, referido por esta norma como una “situación” vinculada con varios ordenamientos jurídicos nacionales. De allí surge que el objeto del derecho internacional privado está conformado por los casos internacionales, actuales o eventuales, de acuerdo con Goldschmidt, y que su fin es lograr la realización de las soluciones justas de dichos casos mediante elección, creación o autolimitación.

Conforme lo previsto en el artículo 2594 del CCCN –según Ley N° 26994–, corresponde al juez argentino verificar si el caso está comprendido en normas de un tratado o convención internacional vigente para nuestro país. En ese caso, aplicará las normas del tratado, que tienen jerarquía superior a las leyes internas (CN, art. 75, inc. 22º). De lo contrario, acudirá a las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

La llamada nueva *lex mercatoria*

La *lex mercatoria*, tan importante como lo fue en la Edad Media, continúa siéndolo en la actualidad y con mayor intensidad. En un principio se basó su importancia en el hecho de que era el único “ordenamiento” específicamente dirigido a regular el comercio. Su uso comenzó a declinar en el momento de las grandes codificaciones y en la actualidad emerge una nueva *lex mercatoria* que constituye un cuerpo de normas jurídicas, escritas o no, aún incompleto, que rige las relaciones internacionales de comercio como un ordenamiento independiente del derecho positivo de los Estados.

Hoy en día su importancia estriba más bien en el hecho de que compite con las normativas estatales sobre la regulación de los fenómenos comerciales. La llamada nueva *lex mercatoria* está formada al igual que la vieja *lex mercatoria* por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se desea determinar el derecho nacional que regirá determinada relación jurídica o que plantean evitar dicha confrontación dejando claras las reglas de juego de antemano al diferendo.

Las técnicas del derecho internacional privado basadas en la norma del conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional, en el que se verán incluidos variedad de ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en el caso del conflicto entre dos contratantes en el que uno de ellos se vea regido por un sistema jurídico romano-germánico mientras que el otro por un sistema del *common law* anglosajón. En este caso, no estaríamos siquiera en presencia de un conflicto de normas, sino en sistemas de aplicación de justicia totalmente distintos. ¿Cuál es la solución entonces?

A este interrogante pretende darle respuesta la *lex mercatoria*, la aplicación unitaria a nivel mundial para las contrataciones mercantiles, con miras a evitar la menor muestra de lagunas en la solución de conflictos. Algunos lo llaman el derecho de la globalización, y por qué no, si su fin último es borrar fronteras.

Se presenta a través de distintas manifestaciones:

- Usos y costumbres de comercio internacional: consisten en la repetición, de manera constante y uniforme, de actos idénticos, a través del consentimiento tácito de todas las personas que admitan su fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de tales actos. La conducta establecida por los usos y costumbres es respetada como ley. En la práctica comercial, esto se ve sobre todo en la interpretación de los contratos realizada según la tradición de los comerciantes.

- Contratos tipo: sus fórmulas contractuales suelen ser elaboradas por organismos que se ocupan del comercio internacional y, aun cuando su utilización es facultativa, por el alto grado de especialidad que alcanzan, constituyen un verdadero derecho plasmado en los formularios. Un ejemplo de ello lo constituyen los “INCOTERMS”, normas de la OMC (Organización Mundial de Comercio) que establecen los derechos y obligaciones del cobrador y vendedor, su responsabilidad, a través de las cláusulas CIF, FOB, EX, WORKS y otras. Ellas son las más famosas y conocidas normas de *lex mercatoria* moderna. Los INCOTERMS son términos usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercancías y tratan sobre: derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta escogida; determinan quién asume los gastos y riesgos hasta el momento de la entrega de la mercadería; reglamentan la obligación de pago del comprador. Del mismo modo, las “Prácticas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios”, también de la OMC, son aplicables a los créditos bancarios, adoptadas por los bancos de diversos países; así como las reglas para el comercio de granos, seda, productos forestales y otros, que incluyen diversas fórmulas tipo.

- Condiciones generales de venta.
- Principio de autonomía de la voluntad en materia contractual.
- Decisiones arbitrales.

6. JURISDICCIÓN COMERCIAL

Árbitros, mediadores y jueces en el derecho comercial. El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial

Jurisdicción comercial

Árbitros, mediadores y jueces en el derecho comercial

Un conflicto es una situación en la que un individuo o varios, empresas, etc., deben enfrentarse a la resolución de un problema. Existen distintos modos de resolverlo: por medio de métodos judiciales o con formas alternativas, como pueden ser la mediación o el sometimiento de la cuestión a un proceso de arbitraje.

En capítulos anteriores se ha explicado al derecho comercial como una categoría histórica, y que fueron los comerciantes los que tuvieron la necesidad de establecer tribunales especiales para cuestiones mercantiles. Al principio eran los mercaderes con más experiencia quienes se ocupaban de aplicar las normas mercantiles y decidir la cuestión conflictiva. Ellos aplicaban las normas que se habían compilado de acuerdo a la costumbre del mercado local y procuraban una justicia ágil y especializada. Con la expansión del comercio, esa función fue absorbida por el Estado, mediante el ejercicio del poder jurisdiccional.

En nuestro país, los tribunales del Poder Judicial tienen la facultad jurisdiccional que la Constitución Nacional les otorga (art. 100). Es decir, son los jueces quienes tienen la facultad de decir el derecho y de hacerlo cumplir.

En el ámbito de la Capital Federal hay tribunales que se ocupan exclusivamente de la materia comercial; se trata de la Justicia Nacional en lo Comercial,

integrada por una Cámara formada por seis salas y treinta y un juzgados de primera instancia. Algunas materias específicas –porque así lo dispone la ley que las regula– son atendidas por la Cámara Civil y Comercial Federal. Es el caso de las marcas y patentes, causas relativas a la jurisdicción marítima pública y privada, navegación aérea, entre otras.

En algunas provincias hay tribunales especializados en determinadas materias, como los concursos y quiebras o las sociedades, pero es común que diversas ramas del derecho sean interpretadas por los mismos jueces. En general, los juzgados tienen una competencia conjunta para cuestiones civiles y comerciales.

El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial

El arbitraje es una manera de resolver una controversia. En él, las partes de mutuo acuerdo deciden nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro. Los árbitros cumplen funciones similares a las de los jueces: juzgarán la cuestión y su decisión será definitiva.

En el nuevo código, el arbitraje es regulado como contrato en el Libro Tercero: “Derechos Personales”, Título IV, “Contratos en Particular”, cap. 29, arts. 1649 a 1665. Se trata de un medio de resolución alternativo de los conflictos que procura obtener mayor agilidad, confiabilidad y menor costo que un litigio judicial. De la exposición de motivos de la Comisión de Reunificación y de Reformas del Código Civil y Comercial, integrada por los doctores Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, surgen los fundamentos que justifican que se lo haya regulado de ese modo. Allí se dijo que

el arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores... el contrato de arbitraje que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza patrimonial.

Es definido como un contrato consensual mediante el cual las partes deciden someter las controversias que puedan surgir o las que ya hayan surgido de una relación jurídica existente entre ellas a la decisión de uno o más árbitros. Las partes nombran y delimitan la competencia de los árbitros. La resolución que dicten se llama *laudo*, y pone fin al conflicto. Excepcionalmente puede ser revisado judicialmente.

Al definir el arbitraje en el artículo 1649, establece cuál es el límite de las cuestiones que pueden someterse a este contrato. Regula que la cuestión deberá ser de derecho privado y no podrá estar comprometido el orden público. Dicha norma debe interpretarse en consonancia con el artículo 1651, que enumera las cuestiones excluidas:

- a) Las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b) las cuestiones de familia;
- c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e) las derivadas de relaciones laborales.

Las limitaciones resultan razonables, pues refieren a asuntos en donde puede estar comprometido el orden público, y que exceden los derechos de contenido patrimonial, disponibles por las partes.

En cuanto a la forma, se dispone que el acuerdo de arbitraje debe ser escrito y que puede estar incluido dentro de una cláusula de un contrato o bien en un acuerdo independiente, o en un estatuto o reglamento.

Existen dos tipos de arbitraje. Uno de ellos es el arbitraje de derecho y el otro es cuando la cuestión se somete a amigables componedores. La diferencia está en el modo de cumplir la función. Actúan de manera similar, pero los amigables componedores tienen que decidir según su leal saber y entender, es decir se van a regir por la equidad; en cambio, las sentencias de los árbitros de derecho deberán regirse obligatoriamente conforme a derecho. El artículo 1652 establece que si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.

Cuando las partes deciden someter la cuestión al arbitraje, la competencia de los tribunales judiciales sobre esa cuestión queda excluida, salvo que el

tribunal arbitral aún no haya comenzado a intervenir y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable (art. 1656).

Los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial. No pueden las partes pactar en el contrato de arbitraje la renuncia a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

Las partes tienen la facultad de convenir sobre: la sede del arbitraje, el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento, el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones, el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo, la confidencialidad del arbitraje y el modo en que deben ser distribuidos o soportados los costos del procedimiento. También podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean.

El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Sobre esto también deberán ponerse de acuerdo los cocontratantes. Si nada se estipula al respecto, la ley exige que los árbitros deban ser tres.

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros. En el segundo párrafo del artículo 1659 se establece como será el nombramiento en caso de que las partes no estén de acuerdo:

- a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro. Una vez que están designados, ellos nombrarán al tercero. Si una de las partes no nombra al que le corresponde dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro de los treinta días de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes por la entidad que administre el arbitraje o bien, por un tribunal judicial.
- b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no se ponen de acuerdo sobre su designación, el árbitro será nombrado, a petición de una de ellas, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Para poder actuar como árbitro, la ley dispone que podrá hacerlo cualquier persona con plena capacidad civil, o bien, las partes podrán estipular que reúna determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

El artículo 1662 regula las obligaciones de los árbitros, una vez que aceptan el cargo. Allí se establece que deberán revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar su independencia e imparcialidad para resolver la cuestión, respetar la confidencialidad del procedimiento, disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje, permanecer en el tribunal hasta la terminación del procedimiento, participar personalmente en las audiencias, deliberar con los demás árbitros, y una cuestión trascendental a su función: dictar el laudo motivado y en el plazo establecido. Asimismo, deberán garantizar la igualdad de las partes y el principio de debate contradictorio, y también darle a cada parte las suficientes oportunidades como para poder hacer valer sus derechos.

En cuanto a la retribución de los árbitros, el artículo 1664 establece como principio general que las partes y los árbitros podrán pactar los honorarios de estos o el modo de determinarlos. Si así no lo hicieren, la regulación se hará por tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

El artículo 1655 prevé la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas previas. Sin embargo, no debe confundirse la posibilidad de dictar estas medidas con la atribución que tienen los jueces para dictar medidas cautelares. Solamente estos tienen facultad para dictar y ejecutar las medidas cautelares y, en su caso, las diligencias preliminares. Los árbitros podrán, a pedido de cualquiera de las partes, solicitar a los tribunales judiciales medidas cautelares, y solicitar, si lo consideran necesario, la caución suficiente. La norma no veda a las partes de la posibilidad de que sean ellas las que soliciten el dictado de una medida cautelar, sin que ello implique ser considerado un incumplimiento del contrato de arbitraje, ni una renuncia a la jurisdicción arbitral.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula el proceso arbitral a partir del artículo 736, y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires a partir del artículo 811.

Unidad II

La empresa

1. LA EMPRESA

Antecedentes. Caracterización. La empresa como valor. Noción económica. Noción Jurídica. La empresa y la actividad como noción diferenciada del acto jurídico

La empresa

Antecedentes

La noción de empresa surge en el campo de la economía política para designar determinadas organizaciones de los factores de la producción. La naturaleza social del hombre lo llevó muy pronto a descubrir las ventajas de coordinar las acciones de varios individuos. En el terreno económico, se tradujo en la tendencia a organizar los elementos productivos para aumentar la potencialidad de creación de los bienes.

Ese fenómeno económico de la producción organizada es antiguo, casi como la humanidad, pero dada la forma rudimentaria en la que se desarrolló durante siglos, no fue menester que la legislación se ocupara particularmente de él. Solo cuando el proceso adquirió cierto grado de desenvolvimiento, motivó su sometimiento a una regulación jurídica.

Es ya en la Alta Edad Media cuando comienza a operarse una transformación en los procedimientos de la producción: muchos artesanos dejan de trabajar por encargo o para consumo local y lo hacen, en cambio, para un intermediario que se encarga de acumular los productos y ofrecerlos a más amplios sectores del público. Esto va a derivar en la manufactura, en la cual el intermediario actúa como empresario. A ella le sigue la etapa de la fábrica, definida como

la forma de empresa en la cual un empresario, industrial y comerciante a la vez, reúne en un establecimiento, bajo su propia e inmediata dirección y responsabilidad, a todos los colaboradores de dicha empresa para la producción destinada al comercio general.

Con el tiempo, fueron surgiendo otras organizaciones que por su estructura y funcionamiento eran similares a las fábricas, pero estaban dedicadas a prestar servicios en lugar de producir bienes materiales.

Con el advenimiento de la fábrica se produjo la decadencia del artesano, y quedó determinada una regulación jurídica distinta para los empresarios y para los artesanos.

Caracterización

La realidad demuestra que el comerciante no siempre es solamente un hombre, sino que ha surgido una estructura nueva que se denomina empresa, cuyo dueño o jefe es el empresario, lo que entraña un cambio de derechos, obligaciones y relaciones que suponen una fundamental transformación del derecho comercial. El tema de la empresa, de fundamental importancia actual, es uno de los más dificultosos de la ciencia jurídica, imposible de sintetizar y de difícil sistematización en razón de su doble perfil económico y jurídico, y de su diverso encuadre legal, tanto en las distintas disciplinas del derecho argentino como del derecho comparado. Asimismo, es un término que forma parte del lenguaje común en todo tipo de ámbitos.

No obstante, al momento de encarar su análisis jurídico, es preciso tener en cuenta la interacción de tres factores que concurren hacia la obtención de un resultado final.- *Empresa*: es la actividad profesional organizada en vista de la obtención de beneficios mediante el intercambio de bienes y/o servicios puestos a disposición del mercado. Jurídicamente, es esa cosa inmaterial y algo abstracta consistente en la actividad de organización. No es sujeto de derecho, es decir, que no conforma un centro de imputación jurídica. No contrae obligaciones sino a través de su titular y/o responsable, el empresario.

Es posible indicar las siguientes características de la empresa:

- a) La empresa, consiste en la actividad de organizar distintos factores de producción y recursos humanos.
- b) Es apta para producir bienes materiales e inmateriales.
- c) Dichos bienes están destinados al cambio, es decir, al mercado.
- d) Tal actividad organizativa se realiza con el propósito de obtener beneficios.

-Empresario: es quien lleva a cabo la actividad empresarial, proporciona el impulso inicial y es el principal responsable. Organiza y explota la empresa. En línea con lo mencionado en el párrafo anterior, es el sujeto que adquiere derechos y contrae las obligaciones de todas las relaciones jurídicas emergentes de su actividad. Puede ser una persona física o jurídica.

-Hacienda o establecimiento comercial: para lograr sus propósitos y poder ejercer la explotación de su empresa, el empresario requiere de la utilización de un conjunto de bienes organizados de carácter patrimonial, a saber: bienes materiales (dinero, mercaderías, local o establecimiento, instalaciones), bienes inmateriales (nombre comercial, enseña, marcas de fábrica, patentes de invención, derechos, créditos, deudas, aptitud de la hacienda para producir utilidades en el futuro *-avviamento o valor llave-*.) y relaciones jurídicas de diverso orden constituidas con el personal y la clientela.

La empresa es considerada como la organización de actividades y recursos, porque su estructura técnico-jurídica es apta para desarrollar profesionalmente las operaciones que constituyen su objeto.

Por su parte, el empresario adquirirá la calidad de comerciante cuando real y efectivamente explote las operaciones de la empresa. Así, por ejemplo, si alguien, sabiendo que en determinado lugar se desarrollará un espectáculo, adquiere elementos de locomoción, contrata personal para manejarlos con el fin de transportar al público, habrá una organización sistemática de actividades y medios, con asunción de riesgos. Aquí, quedarían reunidos todos los elementos propios de la empresa pero tal organización tendrá existencia

efímera, limitada a la duración de ese espectáculo. Por consiguiente, al no realizar el ejercicio habitual y profesional de la actividad de empresario de transportes, el organizador habrá realizado un acto objetivo de comercio pero no habrá adquirido la calidad de comerciante.

La empresa como valor

La empresa no es solo una unidad de producción desde el punto de vista económico ni es únicamente un fenómeno jurídico. Ocupa hoy en día un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, de la sociedad en su conjunto y del Estado, por lo que ya no puede verse meramente como una emanación de la personalidad del empresario, sino que también es el centro de generación de medios, de potenciación para el desarrollo individual y colectivo. Es un factor de desarrollo y de riqueza social.

Ello, porque no solamente es empresa la que mira hacia la rentabilidad sino también la que tiene un fin altruista o no lucrativo, que se potencia con la técnica empresarial y la optimización de los recursos. En este sentido amplio, la empresa participa de la cultura de la comunidad y claramente se orienta hacia el bien común, constituyendo un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos de individuos que la componen, de consolidación del Estado y de solidaridad. Por eso y con razón se habla de su dimensión social, ética y económica.

Es posible también hablar, como hoy es frecuente, del balance *social* de la empresa, de su impronta *ecológica*, de su inserción en la *cultura* y hasta de su dimensión *política*. Estos otros valores de la empresa en la vida de la comunidad, requieren que el derecho los considere específicamente: así, cuando se toman decisiones legislativas referidas, por ejemplo, a la llamada “conservación de la empresa” no se atiende solo a la conservación de un valor llave, sino a la actividad útil para la sociedad desde los ángulos antes vistos.

La responsabilidad social de la empresa puede considerarse como una tendencia orientada a reforzar su legitimidad y, a la vez, la del sistema económico de mercado mediante el reconocimiento de su inserción en la estructura

social y a través de la afirmación de su compromiso con los diversos grupos interesados. Hay en tal planteamiento una marcada dimensión institucional que se aleja de los criterios de corte contractualista, limitados a ver a la empresa como una red de contratos, sin ningún interés más que el de preservar más a los propios y lucrativos.

Noción económica

Desde el punto de vista económico el fin de la empresa es crear utilidades a partir de cosas materiales e inmateriales. Por ello podemos decir que se trata de la organización técnico-económica de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales y la tecnología). Es una organización técnico-económica, porque el empresario asume tanto riesgos económicos como técnicos. Los riesgos técnicos tienen que ver exclusivamente con el producto, y los riesgos económicos son aquellos que se vinculan al mercado. Ambos riesgos forman parte de la empresa, porque al organizar y producir no se saben los resultados que puede deparar la empresa al empresario.

Noción jurídica

Se reitera lo antedicho al comienzo del presente capítulo: no existe en nuestro sistema jurídico una definición de empresa y resulta complejo darle una dimensión jurídica.

Si bien el término empresa aparece definido en varias leyes (por ejemplo, en la Ley de Contrato de Trabajo [LCT]) cada una de ellas la aborda desde su punto de vista y con el fin de regular las situaciones propias de la rama del derecho a la que pertenecen.

Para el derecho comercial, la empresa consiste en la actividad profesional de organización de los factores de producción, del trabajo y del capital, que componen la hacienda o fondo de comercio, con el objeto de producir bienes y/o servicios destinados al cambio, es decir, al mercado, cuyo titular es el empresario, persona física o jurídica que se encarga de impulsarla y explotarla.

Jurídicamente, la empresa no es sujeto de derecho, es decir, no constituye un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones. Si bien es cierto que en diversos cuerpos legislativos argentinos, como la Ley de Contrato de Trabajo,¹ se reglamenta la organización empresaria como sujeto de derecho, para nuestra disciplina la empresa es un conjunto de elementos que conservan su individualidad y cada uno de ellos está regido por una ley que le es propia. La empresa no es un objeto, no es susceptible de apropiación, por eso tiene carácter inmaterial; y su sustrato material es el fondo de comercio, los elementos a organizar en su órbita. Por ello, la empresa no es un sujeto que se obliga o adquiere derechos por sí misma. El que la obliga es el empresario, su titular, que sí es sujeto de derecho.

La empresa y la actividad como noción diferenciada del acto jurídico

Partiendo del Código Civil italiano de 1942, empresario es quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o intercambio de bienes o servicios, mientras que empresa es toda organización de trabajo y de capital cuya finalidad es la producción de bienes y servicios. Abarca tanto organizaciones civiles como comerciales.

El concepto, profesionalmente, da la pauta de medio de vida, habitualidad y, principalmente, labor económica. La actividad debe ser económica y organizada, es decir, el empresario organiza capital y trabajo (propio o ajeno), y con un objeto concreto enfrenta el riesgo de la empresa poniendo en marcha un organismo complejo y dinámico.

En cuanto a la regulación normativa, el derecho comparado no nos ofrece todavía una concepción jurídica universal de la empresa, sino un derecho fragmentario de esta, lo que indica que el error está en el sistema que toma como eje del derecho comercial la figura del acto de comercio. Pero el tiempo, la experiencia recogida y el aporte de la técnica y la ciencia, nos ha lle-

1. Ley N° 20744, artículo 5: "A los fines de esta ley, se entiende como 'empresa' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

vado a la necesidad de ordenar el derecho comercial alrededor de la idea de empresa. Así, al contenido del derecho de la empresa, podemos sintetizarlo como:

- a) la organización jurídica y económica;
- b) la organización del fondo de comercio;
- c) los signos distintivos (nombre comercial, marca, patentes, etc.);
- d) los contratos corrientes del derecho clásico;
- e) los modernos contratos entre empresas.

2. EL EMPRESARIO

Noción. Sujetos con actividad económica organizada.

Titularidad de una empresa. Titularidad de “un establecimiento comercial, industrial o de servicios”. El establecimiento comercial. Sede o establecimiento principal, sucursal, agencia, cadenas y filiales

El empresario

Noción

Empresario es la persona humana o jurídica que crea la empresa aprovechando sus beneficios y soportando sus pérdidas. Hoy las grandes empresas son explotadas por sociedades. La sociedad es titular de la empresa, no la empresa misma. La empresa por sí misma no adquiere derechos ni contrae obligaciones, sino que lo hace a través de sus titulares (no tiene personería jurídica, la sociedad sí).

El empresario es el titular de una empresa y lleva a cabo una actividad organizada de los factores de producción para producir bienes y servicios destinados al mercado. O sea que los conceptos no son idénticos. Para algunos autores hay una relación de género (empresario) y especie (comerciante).

A nuestro juicio, si bien todo empresario cumple alguna función de interposición y todo comerciante organiza de algún modo los factores de producción, lo cierto es que ni todo comerciante es titular de una “empresa”, lo que exige la existencia de una “hacienda”, de “capital” propio y de “trabajo subordinado”, ni todo empresario intermedia en “bienes”, por lo que los conceptos tienen una zona común y otras diferenciadas.

Sujetos con actividad económica organizada

Entre otros sujetos y entes se compromete a ciertas personas humanas a una obligación especial: la de llevar una contabilidad si “realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios”.

De ello se sigue que el Código, no obstante la unificación anunciada, admite dos categorías de “personas humanas”, una “general” y otra “especial”, en tanto sujeta a obligaciones contables que, su vez, necesariamente, estarán sujetas también a practicar una inscripción de antecedentes (publicidad).

Esta categoría “especial” está compuesta por dos clases de personas humanas:

a) Las que realizan una actividad económica organizada y b) las que son “empresarios”, en el sentido de ser titulares de una empresa o de un establecimiento comercial, industrial o de servicios.

De ambas categorías resulta que no solo los empresarios integran esta categoría especial de personas humanas, sino también quienes no siéndolo, realizan una actividad económica organizada que no llega a configurar una empresa, a los que denominaremos “cuasiempresarios”.

Si bien desapareció en el nuevo código la figura del “comerciante” quienes para el código derogado revestían tal calidad, en tanto realizan una actividad económica organizada, mantienen ahora la obligación de llevar contabilidad, sean o no titulares de una empresa o de un establecimiento. En consecuencia, esta clase de sujetos con actividad económica organizada comprende a quien realiza una interposición en los cambios asumiendo riesgos, actuando por “cuenta propia” en forma profesional, habitual y con fin de lucro.

O sea que esta categoría comprende al “comerciante” que no llega a ser un “empresario”. Téngase en cuenta que desde el punto de vista conceptual, “comerciante” es quien realiza una actividad de intermediación en el cambio de bienes.

Titularidad de una empresa

En esta categoría se ubican las personas humanas que son “empresarios”, o sea que explotan una empresa sin exigirse que posean un establecimiento.

Se ha definido a la empresa como la organización en la cual se coordinan el capital y el trabajo, y que, valiéndose del proceso administrativo, produce y comercializa bienes y servicios en un marco de riesgo. Además, busca armonizar los intereses de sus miembros y tiene por finalidad crear, mantener y distribuir riqueza entre ellos.

También se ha dicho que es una organización con una finalidad económica y con responsabilidad social, y es generadora de productos y servicios que satisfacen necesidades y expectativas del ser humano.

A nivel jurídico la empresa no tiene un estatuto propio, por lo que debe atenderse al régimen legal de sus diversos elementos descriptos, resultando de interés los aportes del derecho tributario y del derecho laboral. La hacienda o fondo de comercio será su elemento objetivo en tanto puede ser objeto del negocio de “transferencia” regido por la Ley N° 11867, lo que implica, además, cierta separación patrimonial entre acreedores del “fondo” y acreedores personales de las partes.

El empresario será su elemento subjetivo, sea persona individual o jurídica, como el sujeto que es titular de todas las relaciones jurídicas y responsable de ella en tanto la organiza, dirige, explota y percibe sus resultados. Un mismo empresario puede tener varias empresas como unidades productivas independientes (Anaya). Por su lado, los trabajadores, estarán regidos por las normas laborales, previsionales y sindicales respectivas. Por todo ello, el término “empresa” se utiliza en derecho de forma ambigua, ya que o designará al establecimiento comercial o industrial, o se referirá al empresario titular y responsable de su acontecer, o señalará la actividad cumplida, todo lo que exige diferenciar en cada caso los alcances de la expresión.

Por su parte, el concepto “empresario” ha evolucionado en el mundo. De la situación de empresario capitalista, como promotor, propietario y administrador, a una concepción de empresario profesional, que solo promueve y administra a la empresa, sin ser su dueño. En efecto, históricamente, las funciones del empresario variaron. Pasó de ser el suministrador del capital (teoría de Karl Marx) a cumplir otras funciones: organizador de los restantes factores de producción, tomador de decisiones dentro de la estructura empresarial, tomador del riesgo del negocio.

Ahora bien, cuando las funciones descriptas están fragmentadas entre distintas personas, o cuando el empresario no aporta capital porque lo toma prestado de terceros, cuando traslada el riesgo mediante múltiples instrumentos jurídicos (seguros, opciones, derivados, etc.), y cuando traslada la organización económica y las decisiones a asesores, mandatarios o empleados, ¿qué es lo que define al empresario? Lo que lo define es ser “el centro” de una serie de contratos mediante los cuales la empresa adquiere su configuración.

Por su parte, para el derecho laboral lo que define al empresario es la “dirección y organización de la empresa”. Al respecto, dice la ley que es “quien dirige la empresa por sí, o por intermedio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a estos en la gestión y dirección de la empresa” (art. 5º, segunda parte, Ley de Contrato de Trabajo).

También la ley laboral reconoce al empresario la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa (art. 64 LCT), lo que implica las siguientes potestades: a) de organización; b) de dirección, c) disciplinaria, d) de variar unilateralmente ciertas modalidades del trabajo y e) de denunciar sin causa el contrato de trabajo.

Sin embargo, téngase en cuenta que en derecho laboral no siempre la noción de “empleador” se identifica con la de “empresario”, ya que hay empleadores que no revisten tal calidad.

Sentado ello, el concepto de “empresario” permite distinguir diversas categorías o roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario “de título”, que es el sujeto titular de la empresa y responsable por sus obligaciones; b) el empresario “de gestión”, que es quien dirige la empresa; y c) el empresario “de riesgo”, que es el accionista o socio de la sociedad.

Además, se debe tener presente la existencia de un empresario “indirecto”, como es el caso de la persona física controlante de la sociedad titular de la empresa, sujeto a las responsabilidades societarias (art. 54 Ley N° 19550) y concursales (art. 161, Inc. 2º, Ley N° 24522) pertinentes.

Sin embargo, no hay dudas de que esta categoría de obligados a llevar contabilidad comprende solo al “empresario de título”.

Titularidad de “un establecimiento comercial, industrial o de servicios”

En rigor, la “empresa” y el “establecimiento comercial, industrial o de servicios” no son lo mismo, porque el “establecimiento” es una parte de la empresa (hacienda o sustrato material) y no el todo (que incluye personal, *know how*, etc.). Sin embargo, como la ley habla del “titular” (elemento personal), debe entenderse que se trata de dos conceptos análogos y que la reiteración pretendió ser ejemplificativa en el sentido de no dejar dudas de que el titular de un negocio debe siempre llevar libros.

En el punto cabe recordar que la Ley N° 11867, cuya vigencia se mantiene, declara elementos constitutivos de un “establecimiento comercial o fondo de comercio”, a los efectos de su transmisión por cualquier título, “las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística” (art. 1), disponiéndose un procedimiento de precio, información, edictos y oposiciones necesariamente previos al documento definitivo de transferencia que será objeto de inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 12).

La obligación contable pesa sobre el titular de un fondo de comercio, sea su propietario, locatario, comodatario o que lo detente a cualquier título siempre que tenga el control de los recursos y de sus resultados, o sea, que lo explote. Tal titularidad le da carácter de empresario.

El establecimiento comercial

La empresa es, jurídicamente, la actividad organizada con la finalidad de producir bienes o servicios para el mercado. Como fenómeno económico se presenta como una organización de los factores de la producción a la que confluyen sujetos (empresarios, dependientes y terceros que entran en relación con ella), elementos (bienes corporales e incorporales, muebles e inmuebles) e intereses (públicos y privados) de muy variada índole. Ello explica que la

empresa sea contemplada desde diversos puntos de enfoque por varias ramas del derecho (administrativo, laboral, comercial, etc.), cada una de las cuales le impone un régimen específico adecuado a las situaciones y relaciones que se propone regular.

Desde el punto de vista del derecho comercial, la empresa interesa solamente bajo el aspecto de la regulación del “conjunto de elementos organizados que –siendo instrumentales para el ejercicio de una actividad mercantil– son susceptibles de tráfico jurídico”; las relaciones no laborales del empresario con sus auxiliares; la estructura jurídica de la empresa como sociedad; el estatuto del empresario como titular de la empresa y las relaciones de este con terceros. Y aparece la noción de “hacienda” o “establecimiento mercantil” como sustrato material de la empresa. Se lo define como “el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad profesional (empresa)”.

Así concebida la hacienda, su noción puede distinguirse claramente de la de empresa. Piénsese en el ejemplo del que organiza una empresa al solo efecto de prestar servicios ocasionalmente con motivo de un acontecimiento puntual: se configura una empresa en ese supuesto empresario y la pertinente actividad organizada, pero no existe establecimiento o hacienda, porque el empresario no desarrolla su actividad en forma profesional y, por lo tanto, no es menester que el conjunto de bienes de que se vale aparezca organizado con caracteres de estabilidad o permanencia. Por consiguiente, puede haber empresa, esto es, actividad organizada, sin conjunto organizado de bienes que la apoye (hacienda); y, a la inversa, puede existir hacienda o establecimiento (conjunto de bienes) sin ejercicio de actividad organizada (empresa), aunque este supuesto se da solo ocasionalmente. Ello se daría en el caso del establecimiento mercantil paralizado momentáneamente por la muerte de su titular. Cabe, pues, admitir la pluralidad de haciendas o establecimientos respecto de un mismo empresario.

La hacienda comercial es un conjunto de bienes heterogéneos. Pero tales bienes no aparecen meramente yuxtapuestos caóticamente, sino, por el contrario, se manifiestan vinculados entre sí por una interdependencia funcional establecida por el empresario mediante una organización adecuada y tendiente a posibilitar

y facilitar el ejercicio de su actividad de empresa. Esa organización confiere al establecimiento un marcado carácter de unidad, tanto económica como administrativa. Muchas veces –y bajo la organización del establecimiento principal– se organizan establecimientos secundarios para atender las necesidades de la clientela ubicada en lugares alejados, ya sea en la misma plaza o en distintas. Ello se traduce en la creación de “sucursales” y “agencias”, y también en lo que se ha llamado negocios en cadena. El otro fenómeno es conocido como concentración de empresas y da lugar a la formación de “filiales”.

Debido a que es un fenómeno corriente, la legislación ha tenido que contemplar algunas situaciones especiales originadas por la existencia de establecimientos con sucursales. Así, la Ley N° 19550 establece la necesidad de inscribir el acto constitutivo de la sociedad en el Registro Público de Comercio del domicilio social y del correspondiente a la sucursal (art. 5). Asimismo, las sociedades constituidas en el extranjero que ejerciten habitualmente actos comprendidos en su objeto social, o establezcan sucursales, asientos o cualquier otra clase de representación permanente deben, además de cumplir otros requisitos, inscribir sus documentos constitutivos en los lugares donde hayan de ejercer sus actividades (LSC.: 118, ap. 3, inc. 2). A su vez, la Ley de Sociedades Comerciales dispone que corresponde intervenir en los concursos mercantiles, cuando el deudor tuviere varias administraciones, al juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; y si no se pudiera determinar esa calidad, intervendrá el juez que hubiere prevenido (art. 3, inc. 2).

Sede o establecimiento principal, sucursal, agencia, cadenas y filiales

Debe distinguirse con la mayor precisión posible las nociones de sede o establecimiento principal, sucursal y agencia.

- Sede o establecimiento principal es donde el empresario tiene el asiento principal de la administración de sus negocios. Si se trata de un comerciante individual, allí estarán las oficinas donde se dirige la empresa y se centraliza la contabilidad; y si se trata de una sociedad, será el lugar donde residen y funcionan los órganos de gobierno y administración. Este lugar puede no co-

rresponder con el de la sede de la explotación principal; esto es, el lugar donde se realizan las operaciones técnicas de la empresa (fábrica, taller, etc.).

- La sucursal es un establecimiento secundario, de carácter permanente, dotado de relativa autonomía y destinado a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal. Lo que caracteriza a la sucursal son las siguientes notas: a) es una simple extensión de la empresa a la que está subordinada y tiene su mismo objeto; b) tiene una instalación material distinta de la del establecimiento principal; c) está a cargo de un factor o gerente dotado de cierta amplitud y libertad de acción, si bien subordinado a las directivas impuestas por la administración central; d) tiene una clientela, por lo común, distinta de la del establecimiento principal. No es fundamental como nota caracterizante la independencia de la contabilidad. Así, poco importa que la sucursal lleve una contabilidad propia o que esté supeditada a la contabilidad llevada por el establecimiento principal.

La existencia de la sucursal no afecta en modo alguno la unidad patrimonial de la empresa. Esta última constituye la titular de todo el patrimonio. En consecuencia, los acreedores de la sucursal pueden perseguir el cobro de sus créditos contra el patrimonio de la empresa, aunque corresponda al establecimiento principal o a otra sucursal. Y, correlativamente, la quiebra de la empresa implica la quiebra de sus sucursales. Este principio de unidad patrimonial se rompe únicamente en el orden internacional, pues la quiebra pronunciada en el extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el deudor tenga en la República, ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido. Y, a la inversa, declarada la quiebra por nuestros tribunales, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que pagados íntegramente los acreedores de la República, resultara un remanente.

- La agencia no se distingue con nitidez de la sucursal. El Código Civil, en el artículo 90 inciso 4, habla indistintamente de establecimientos, sucursales y agentes locales. Suele señalarse, simplemente, que los poderes de los encargados de las agencias son, por lo general, más restringidos que los de los gerentes de las sucursales.

- Un fenómeno de irradiación de la empresa consiste en la instalación de establecimientos con sucursales múltiples, llamados también “negocios en cadena”. Ciertos empresarios, en lugar de instalar grandes establecimientos donde concentrar su actividad, prefieren establecer líneas o series de pequeños negocios para competir contra los comerciantes minoristas o de barrio. Estos negocios en cadena entran en la categoría de las sucursales, dado que pertenecen al mismo empresario y funcionan bajo la misma administración o contralor central. Por consiguiente, debe entenderse que son elementos del patrimonio común de una hacienda mercantil única.

- La filial responde a otro concepto. Es una forma de la participación financiera de una sociedad en otra y responde a un fenómeno o tendencia hacia la concentración de las empresas. Se denomina “participación” a la suscripción o adquisición de acciones de una sociedad por otra. Esta participación puede responder a finalidades diversas: propósito de simple inversión de capitales, o bien intención de controlar a otras sociedades mediante la adquisición de acciones en cantidad suficiente para poder asegurar el gobierno y la administración de estas. Este fenómeno de la participación es de índole económica, pero tiene consecuencias jurídicas y fiscales de gran importancia.

La filial es una sociedad independiente de la sociedad madre, pero es económicamente dependiente de esta. Es una sociedad provista de personalidad jurídica, de patrimonio propio, regida por sus propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y de administración; puede, inclusive, tener un objeto de explotación distinto del de la sociedad madre. Pero la vinculación o subordinación económica se manifiesta en el hecho de que la sociedad madre posee un número de acciones de la sociedad independiente suficiente para imponer sus decisiones en las asambleas de esta última. Así caracterizada, la filial se distingue nitidamente de la sucursal. Es una sociedad distinta e independiente, jurídicamente, de la madre. Cada una tiene su propio patrimonio y posee sus propios establecimientos. En tanto que la sucursal es una mera prolongación o irradiación del establecimiento principal con una relativa autonomía de gestión pero subordinada jurídica y económicamente a la sede principal. Ambas son elementos de una hacienda única y se integran funcionalmente en la unidad del establecimiento mercantil.

3. TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO

La Ley Nº 11867 de transmisión de establecimientos comerciales e industriales. Elementos del fondo de comercio.

Procedimiento de transferencia del fondo de comercio. Otros esquemas de transferencias patrimoniales. La obligación de no reestablecerse o interdicción de concurrencia. La transferencia de fondos de comercio en casos de concursos

Transferencia del fondo de comercio

La Ley N° 11867 de transmisión de establecimientos comerciales e industriales

La Ley N° 11687 fue promulgada en el año 1934, con otra realidad, otra economía y otro tipo de transferencias en cuanto a monto, tamaño y modalidades. Antes de su sanción, las operaciones de venta de establecimientos comerciales e industriales estaban regidas por los preceptos del Libro II, Título IV, del Código de Comercio, “De la compraventa mercantil”, así como por contratos y obligaciones afines. Este sistema ponía en riesgo a los acreedores, porque la jurisprudencia establecía que el comprador del activo de una casa de comercio que no se hacía cargo del pasivo, no estaba obligado a afrontarlo. Los acreedores entonces debían accionar contra el vendedor, que podría no tener más bienes, haberse vuelto insolvente o haber usado lo obtenido por la venta para pagar otras obligaciones. El cuadro era difícil: vendedor que cobro convertido en insolvente y comprador no responsable por deudas anteriores. Así, con la finalidad de salvaguardar los derechos de los acreedores y poner coto a abusos, en 1934 se dictó la Ley N° 11867 que aún está vigente. Uno de los fines perseguidos era que los acreedores tuvieran conocimiento de la compraventa, estableciendo una publicidad obligatoria, la retención del pre-

vio hasta tanto no expiren los plazos legales durante los cuales los acreedores del vendedor pueden formular oposición y trabar embargo, la presunción absoluta de simulación de todo pago hecho con anterioridad, la prohibición de toda venta por un precio inferior al pasivo que resulte de la suma de las deudas confesadas por el vendedor y de los créditos que, aunque no reconocidos, formulen oposición fundada en título hábil de crédito.

La ley se orienta entonces a la protección de los terceros acreedores del titular de un establecimiento comercial, para evitar la transmisión clandestina y con ella la insolvencia, burlando así el respeto de la prenda común que representa el establecimiento como manifestación objetiva del patrimonio.

Elementos del fondo de comercio

Ya se ha dicho que la hacienda es un conjunto de bienes de naturaleza heterogénea organizados por el empresario para la explotación de la empresa. Esa heterogeneidad ha impuesto la necesidad de proceder a una clasificación de ellos. La clasificación más difundida es la que distingue entre elementos materiales e inmateriales. Desde otro punto de vista suelen clasificarse en elementos estáticos y dinámicos.

El artículo 1 de la Ley N° 11867 sobre transferencia de establecimientos comerciales trae una enumeración de bienes que dista de ser exhaustiva, pero, en términos generales, sirve de orientación para señalar los elementos que con mayor frecuencia integran el fondo de comercio. La enumeración contenida en ese precepto no es taxativa y las partes que conciertan un negocio de enajenación de un establecimiento comercial quedan en libertad para incluir otros bienes, además de los enumerados, o para excluir algunos de ellos. Dice la norma

Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones

honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística.

El local: se discute si el local es o no elemento indispensable de la hacienda. Los que sostienen que sí expresan que es indispensable para todo establecimiento comercial un bien raíz en el cual esté su sede y el asiento de los negocios. Los que piensan lo contrario sostienen que ciertas actividades pueden ejercitarse en forma organizada, sistemática y profesional, sin que sea menester un lugar fijo para su desarrollo (v. gr. mercaderes ambulantes).

Pero lo cierto es que, normalmente, todo establecimiento mercantil requiere una oficina o por lo menos un lugar donde poder ubicar las cosas y desarrollar las actividades que le son inherentes. Por eso puede afirmarse que, en términos generales y salvo casos excepcionales, el local es elemento integrante de la hacienda mercantil.

No es necesario que el empresario sea propietario del inmueble que utiliza para la explotación de su establecimiento. Basta que disponga de él, por cualquier título. Pero nuestra legislación excluye de los elementos del fondo de comercio a los inmuebles. El problema adquiere importancia cuando quien vende el establecimiento mercantil es, a la vez, propietario del inmueble donde funciona. Debe entenderse que la venta del establecimiento no incluye al inmueble, pero las partes pueden convenir lo contrario y, en ese caso, la enajenación del inmueble deberá hacerse cumpliendo todos los requisitos y formalidades establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación para este tipo de operaciones.

El artículo 1 de la Ley N° 11867 enumera también, entre los elementos del fondo de comercio, el llamado “derecho al local”. Ocurre que muchas veces el empresario no es propietario del inmueble que ocupa su establecimiento, sino, simplemente, su locatario. Al enajenar el fondo de comercio surge el problema de establecer la situación del adquirente respecto de dicho inmueble. Ello se vincula con la determinación de la naturaleza y extensión del derecho del dueño del establecimiento comercial con relación al contrato de locación celebrado con el dueño del inmueble.

Instalaciones, útiles y máquinas: el artículo 1 de la Ley N° 11867 habla so-

lamente de instalaciones; pero es evidente que la misma razón existe para incluir a los muebles, útiles y máquinas en la enumeración. Bajo el nombre de instalaciones se entiende, por lo general, los enseres e instrumentos que se colocan en el establecimiento con carácter de relativa permanencia, destinados al servicio y explotación de la hacienda. Los muebles y útiles son también pertenencias del fondo de comercio, unidos a este por su destino económico más que por una adhesión física o material. Las máquinas son aparatos destinados a la fabricación, transformación, embalaje o cualquier otro proceso que hayan de sufrir las materias primas o mercaderías.

Las provisiones: son aquellas sustancias destinadas a consumirse en el establecimiento como simples medios de explotación (v.gr. carbón, leña, combustible en general, etc.).

Las materias primas. Las mercaderías: aparecen enumeradas en el artículo 1 de la Ley N° 11867. Las mercaderías son las cosas cuya venta o comercialización constituye el objeto de explotación del establecimiento. Las materias primas son las sustancias que se utilizan para la elaboración o preparación de las mercaderías.

Créditos y deudas: No están enunciados en el artículo 1 de la Ley N° 11867. No son integrantes del fondo de comercio, son créditos y deudas del titular del fondo de comercio, puesto que en nuestro derecho el fondo de comercio no constituye un patrimonio separado. Por consiguiente, en la transmisión de un establecimiento comercial no importa en sí misma la transmisión de sus créditos y deudas, salvo que por pacto expreso se estipule que ella comprende la totalidad del activo y del pasivo del fondo. Caso contrario, los créditos y deudas no se pasan al adquirente.

Libros de comercio. Correspondencia: no están incluidos en la enumeración del artículo 1 de la Ley N° 11867. Los libros son de propiedad del dueño del establecimiento, a quien se le impone la obligación de conservarlos por el término de diez años después de cesar sus actividades; por consiguiente, no está obligado a entregarlos al adquirente del fondo. Pero si este los necesitara para informarse acerca de la situación de los negocios, para continuar la explotación y mantener relaciones con terceros, podrá requerir al enajenante la información necesaria y aun exigir la exhibición parcial de los libros, inclu-

sive por vía judicial si se rehusara a hacerlo. En cuanto a la correspondencia, es propiedad del enajenante y su secreto está amparado por la Constitución Nacional (art. 18); por lo tanto, no está obligado a entregarla al adquirente, sin perjuicio de suministrarle la información contenida en ella relativa a la actividad del establecimiento.

Los servicios y contratos de trabajo: los colaboradores independientes (correos, proveedores) es claro que en tanto no están vinculados por una relación jurídica estable no pueden considerarse como elementos de la hacienda. Pero respecto de los vinculados con el empresario por una relación de dependencia, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 246 de la Ley N° 20744 de contrato de trabajo, según el cual “en caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”. Así, pues, en nuestro derecho vigente el contrato de trabajo con los dependientes constituye un elemento del fondo de comercio y se transfiere con este.

Contratos *intuitu rei* e *intuitu personae*: cuando se transfiere la hacienda pueden existir contratos pendientes o en curso de ejecución. En caso de tratarse de contratos concertados en consideración a la persona de alguno de los contratantes o *intuitu personae*, ello determina su intransferibilidad, a menos que expresamente se determinase lo contrario y se obtuviese el consentimiento del tercero contratante que asume la investidura del contratante cedido. Y, en cuanto a los contratos celebrados en consideración de la explotación de la hacienda o establecimiento, deben considerarse como elementos integrantes del mismo; pero en caso de transferencia del fondo, los contratantes cedidos tendrán los derechos que les corresponden en su calidad de tales.

Autorización o habilitación administrativa para funcionar: algunos establecimientos comerciales o industriales necesitan, por diversos motivos (política sanitaria, de seguridad, etc.), la habilitación o autorización administrativa para poder funcionar. En tales supuestos, es claro que dicha autorización o

habilitación es elemento integrante de la hacienda y debe poder ser transferida juntamente con esta.

Nombre comercial: el nombre comercial, incluido en la enumeración del artículo 1 de la Ley N° 11867, debe ser distinguido del nombre civil de las personas. Este último es un medio general del lenguaje que sirve para indicar una persona. Jurídicamente considerado, es un medio de identificación de las personas y asume el carácter de atributo de la personalidad. El nombre civil es un bien jurídico de carácter personalísimo –no patrimonial–; y, como atributo de la persona humana, es necesario, irrenunciable, inalienable e imprescriptible. El nombre comercial, no definido por la ley, es el nombre bajo el cual el comerciante actúa en el mundo del tráfico mercantil y goza de crédito, y con el cual adquiere los derechos y asume las obligaciones atinentes a su empresa. La expresión “nombre comercial” tiene en doctrina un significado amplio, comprensivo de lo que se conoce como “firma”, “razón social”, “denominación” y “enseña”. Así, un comerciante solo puede usar un nombre civil, pero podrá utilizar tantos nombres comerciales como establecimientos tuviere. Así considerado, el nombre comercial deja de ser un atributo de la personalidad humana para convertirse en un bien de naturaleza patrimonial. Puede ocurrir que un comerciante decida emplear como nombre comercial su nombre civil; por ejemplo, Agustín Martínez. En tal supuesto, dicho nombre pierde, a los efectos del tráfico mercantil, su calidad de atributo de la personalidad para convertirse en un bien incorporal de naturaleza patrimonial y, por ende, transferible y sometido a la legislación mercantil. En caso de transferencia del establecimiento mercantil, el derecho a su nombre constituye uno de los elementos integrantes del fondo.

Marcas de fábrica: las marcas de fábrica, en nuestro derecho, son otros de los elementos integrantes del establecimiento mercantil (art. 1, Ley N° 11867). La marca identifica a cierto producto, así como el nombre comercial identifica al comerciante y la enseña identifica al establecimiento. La cesión o venta del establecimiento comprende la de la marca, salvo estipulación en contrario.

Patentes de invención: el patrimonio de los conocimientos técnicos representa en la actualidad el más precioso de los bienes económicos. Se plantea el conflicto entre el interés individual de su inventor o descubridor en explotar-

los en su propio provecho y el interés de la comunidad en utilizarlos en beneficio general. Ello ha sido resuelto por las legislaciones, en términos generales, reconociendo que el inventor o descubridor tiene un derecho absoluto y excluyente a la explotación del invento o descubrimiento, pero limitando ese derecho a una duración determinada, luego de la cual se permite la utilización general por la comunidad. Así es como el artículo 17 de la Constitución Nacional establece que “todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley”. El derecho reconocido por la ley a la explotación exclusiva, se justifica por títulos denominados “patentes de invención”. Las patentes son personales, esto es, se otorgan a favor del inventor; pero asimismo son transferibles. Así ocurre que con frecuencia un establecimiento comercial o industrial cuente en su patrimonio con patentes de invención, elementos integrantes del fondo de comercio que se transfieren con él, salvo pacto en contrario.

Dibujos y modelos industriales: se consideran dibujos y modelos industriales aquellos aptos para dar a los productos industriales una fisonomía o individualidad particular. Lo que los distingue de las patentes de invención es que en los dibujos y medios prevalecen los motivos puramente estéticos, en tanto que en las patentes la forma de los productos se determina fundamentalmente por motivos técnicos. La protección del derecho al uso de dibujos y modelos –tal como en el caso de los derechos intelectuales– se fundamenta en la tutela de la actividad creadora y de la obra de su autor. Los mismos son elementos del fondo de comercio y se transmiten con él, salvo pacto en contrario.

Distinciones honoríficas: los premios, medallas, diplomas y demás distinciones que se otorguen al establecimiento o a sus productos forman parte del fondo de comercio (art. 1, Ley N° 11867). Pero quedan excluidas aquellas que se otorguen al titular del establecimiento, con carácter personal.

Demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística: con esta expresión genérica termina la enumeración del artículo 1 de la Ley N° 11867, que se refiere a los derechos protegidos por la Ley N° 11723, esto es, los relativos a “los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, la cinematográficas, las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, en fin: toda producción científica, literaria, artis-

tica o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. Esto no es otra cosa que la llamada propiedad intelectual, científica, literaria o artística.

La clientela: un establecimiento mercantil no puede subsistir sin clientes. Los clientes pueden agruparse en dos grandes categorías: a) la de las personas que contratan habitualmente con un establecimiento, b) la de los clientes ocasionales o de paso, esto es, aquellas personas que sólo por accidente contratan con un establecimiento determinado. La clientela está representada por el conjunto más o menos homogéneo de personas que comercian con un establecimiento y comprende tanto la clientela habitual como la ocasional o de paso. La Ley N° 11867 la enumera entre los elementos integrantes del fondo de comercio. Ahora bien, resulta claro que no puede hablarse de un derecho de propiedad sobre la clientela, a la manera como se habla respecto de la marca. La clientela no es, pues, un bien que pueda ser objeto de derechos, sino una situación de hecho que es fruto o consecuencia de la actividad y organización impuestas por el empresario y que viene a integrar una noción más compleja: “la llave del negocio”. No puede afirmarse que con la transferencia del fondo de comercio se transfiera también la clientela. Si el nuevo adquirente de la hacienda no mantiene el prestigio de esta, podrá ocurrir que los clientes la abandonen. La clientela es, por lo tanto, un resultado de hecho.

La llave del negocio: significa la capacidad de la hacienda, por su composición y por el impulso dado a su organización, de producir económicamente y brindar beneficios al empresario. El “valor llave” es la esperanza de obtener beneficios de la empresa. Debe haber esperanza –más o menos fundada–, porque si ella no existe, es decir, si de antemano se tiene la certeza de que no habrá utilidades, el negocio no tendrá valor llave. Los beneficios o utilidades que se esperan deben ser superiores a lo que se considera normal. Si dichos beneficios fuesen menores que la utilidad normal, se planteará el supuesto que da lugar a un valor llave negativo. Las utilidades o beneficios han de ser futuros. Los pasados solo cuentan como elementos de información para calcular las probabilidades venideras. De lo expuesto se desprende que la determinación cuantitativa del valor llave de un establecimiento es una operación compleja cuyos resultados dependen de numerosos factores, algunos ponderables y otros imponderables. Se discute si la llave del negocio es un elemento del

fondo de comercio. Nuestra Ley N° 11867 no la incluye en la enumeración del artículo 1, que solo se refiere a “clientela”, que no es lo mismo. A la luz de lo expuesto, no parece que la “llave del negocio” pueda ser considerada como elemento de la hacienda, del mismo modo que los demás enumerados en el artículo 1 de la Ley N° 11867. Pero tiene un valor económico, que indudablemente debe ser tenido en cuenta en todas las operaciones vinculadas con la transferencia del establecimiento.

El fondo de comercio constituye así una universalidad formada por todos los elementos mencionados que lo integran. Pero no es una simple universalidad, sino un verdadero organismo económico, con perfecta unidad, constituido por elementos estáticos (materiales: instalaciones, mercaderías, maquinarias, etc.; e inmateriales: nombre, derecho al local, patentes y marcas, etc.) y un elemento dinámico o funcional, conocido en la doctrina italiana como “avviamento”, que en nuestro país se denomina “valor llave”. Todos ellos se encuentran integrados al servicio de un proceso productivo destinado a lograr beneficios económicos. El fondo de comercio podría ser conceptualizado como el conjunto organizado de fuerzas productivas, bienes y derechos cuya unidad funcional se ubica en el plano comercial o industrial y que se endereza con el fin de obtener lucro para su titular.

Procedimiento de transferencia del fondo de comercio

El artículo 2 de la Ley N° 11867 dispone que

toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trate de enajenación directa y privada, o en público remate, solo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y el del escribano con cuya actuación se realiza el acto.

Puede considerarse que el régimen es optativo. Se puede transferir un fondo de comercio sin cumplir con los requisitos de la ley; aunque la diferencia estará dada por la responsabilidad frente a terceros que asume el comprador, pues si no se sigue el procedimiento establecido, el comprador quedará sometido a pagar deudas anteriores a su adquisición, ignore o no su existencia, y será también responsable frente al fisco por los aportes provisionales y las deudas impositivas que tenga lo que adquirió. Entonces, la transferencia realizada sin cumplir los recaudos legales no sería nula, pues la ley no es de orden público. El único caso en el cual sería obligatorio cumplir con las disposiciones de la ley sería cuando se aporte el fondo de comercio a una sociedad. Ello, pues el artículo 44 de la Ley General de Sociedades (LGS) establece que “tratándose de aporte de un fondo de comercio, se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia”.

En cuanto a la publicidad, si se trata por ejemplo de una sociedad anónima, constituida e inscrita en Capital Federal, pero con su establecimiento –que transfiere– en la provincia de Buenos Aires, se deberá pedir el certificado de inhabilitaciones, hacer las publicaciones e inscribirse en ambas jurisdicciones.

El artículo 3 prevé que

El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados, con nombres y domicilios de los acreedores, monto de los créditos y fechas de vencimientos si los hay, créditos por los que se podrá solicitar de inmediato las medidas autorizadas por el artículo 4, a pesar de los plazos a que puedan estar subordinados, salvo el caso de la conformidad de los acreedores en la negociación.

De ello se desprende que los créditos a retener solo son los que han presentado oposición y no los denunciados mediante nota firmada. La nota la recibe el comprador, motivo por el cual él debe decidir si incluye o no los créditos de la lista en los montos a depositar para ser embargados. Por lo tanto, el martillero o escribano solo está obligado a retener las sumas sobre las cuales recibe oposiciones.

Esa nota que el vendedor debe entregar al adquirente tiene un doble efecto: por un lado, significa el reconocimiento del vendedor sobre la deuda que él mismo denuncia y, por otro, hace conocer al adquirente su existencia, imposibilitándolo de alegar posteriormente su desconocimiento.

En orden al sistema de oposición, el citado reconocimiento produce importantes consecuencias. Los acreedores incluidos en la nota: a) no están obligados a efectuar oposición. Reconocidos expresamente por el vendedor y como consecuencia del conocimiento por medio de la lista que obtiene el comprador, nace para este último la obligación de retener y depositar los montos correspondientes (o desinteresarlos directamente), sin que sea necesario a esos efectos que el acreedor denunciado formule oposición; b) no deben justificar sus títulos: sin haberse opuesto o aun en caso de hacerlo, no necesitarán ni les será exigible demostrar su acreencia. Ahora bien, si luego de efectuadas las oposiciones resultara el pasivo mayor que el precio pactado, es facultad del adquirente cuestionar a los acreedores particulares incluidos en la nómina, para lo cual podrá indudablemente exigir la correspondiente justificación.

No está previsto de qué forma los acreedores incluidos en la lista se enteran de esa circunstancia. En la práctica se aconseja que el comprador o quien haya sido designado en el contrato, les comunique que se está transfiriendo un fondo de comercio y que el enajenante los ha incluido en la nota, por determinado monto, para que sepan a qué atenerse. La ley tampoco establece cuándo debe ser presentada la nota. Se entiende que debe presentarse con anterioridad al momento en que se deban retener las sumas para su posterior depósito. El artículo 4 dispone que

El documento de transmisión solo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición al comprador en el domicilio denunciado en la publicación o al rematador o escribano que intervengan en el acto reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el depósito, en cuenta especial en el Banco correspondiente de las sumas necesarias para el pago.

El derecho podrá ser ejercitado tanto por los acreedores reconocidos en

la nota a que se refiere el artículo anterior, como por los omitidos en ella que presentaren los títulos de sus créditos o acreditaren la existencia de ellos por asientos llevados con arreglo a las prescripciones del Código de Comercio. Pasado el término señalado por el art. 5, sin efectuarse embargo, las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante.

La ley otorga a los acreedores la posibilidad de oponerse y cobrar sus créditos y, de esa manera, impide que se haga efectivo el pago del precio antes de ser desinteresado, es decir, se opone para que se retenga el monto de lo que se le adeuda y no al acto global de transferencia.

Entonces, el acreedor no tiene derecho a impedir la venta ni a retrotraer los plazos de vencimiento de su obligación; la oposición es, no a la transferencia, sino a que el precio sea pagado al enajenante.

Conforme el artículo 5: “El comprador, rematador o escribano deberán efectuar esa retención y el depósito y mantenerla por el término de 20 días, a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial”.

En la práctica, el día en que se firma la transferencia, el martillero o escribano interviniente retiene del precio la suma sobre la cual se han efectuado oposiciones válidas y las deposita en la Casa Central del Banco de la Nación Argentina, en una cuenta especial, y las mantiene por el plazo de veinte días. En la mayoría de los casos, el dinero para depositar se obtiene reteniéndolo del precio que paga el adquirente, pues generalmente el enajenante no tiene fondos disponibles para cancelar las deudas.

No resulta lógico pensar que el adquirente va a entregar el dinero –sin la transferencia firmada– para que se deposite por veinte días, para que luego de ese plazo se firme el contrato de venta, por los riesgos que ello presenta (v. gr., quiebra del vendedor, negativa a firmar, embargo de los fondos o inhibición del vendedor). Entonces, la ley establece que el contrato se firme, haya o no oposición luego de los diez días destinados a esta. Si hubiere oposiciones, la persona designada (comprador, rematador o escribano), de acuerdo al artículo 5, retendrá en el momento de la firma del contrato el dinero, para luego depositarlo por veinte días en la cuenta especial. Transcurrido el plazo, las sumas no embargadas deben ser retiradas para entregarlas a quien corresponda.

El artículo 6 prevé que “En los casos en que el crédito del oponente fuera cuestionable, el anterior propietario podrá pedir al juez que se le autorice para recibir el precio del adquirente, ofreciendo caución bastante para responder a ese o esos créditos”.

Y el artículo 7 dice:

Transcurrido el plazo que señala el art. 4 sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, las disposiciones del art. 5, podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto.

El plazo de diez días para la inscripción es de difícil cumplimiento. Es importante resaltar que la presentación tardía al registro no perjudica la validez y efectividad de la transferencia, ni autoriza a negar la inscripción, pero puede perjudicar al adquirente del fondo, porque la inscripción fuera de término solo será válida frente a terceros a partir de la fecha de inscripción.

Cuando el contrato de transferencia se realiza por escritura pública, deberá llevar para su inscripción la precalificación notarial, que constará de: a) nombre del escribano y su registro, la fecha de la escritura, el funcionario autorizante y el folio de la misma; b) naturaleza del acto documentado –si fue en forma privada o en remate público–; c) la ubicación del establecimiento, la clase y rubro; d) las publicaciones –comienzo y vencimiento– y las oposiciones y su levantamiento; e) los datos del vendedor, los del comprador y el precio; f) si se cumplió con el asentimiento conyugal; g) los recaudos administrativos exigibles; h) que se haya pedido el certificado de inhibiciones del vendedor.

Si la transferencia se hace por instrumento privado con firmas certificadas, el dictamen profesional puede ser hecho por un abogado. Si las oposiciones son recibidas por un escribano o un martillero, estos deberán hacer un certificado con la lista de las mismas y la situación de cada una de ellas.

El contrato de transferencia se acompañará con un escrito dirigido al Inspector General de Justicia solicitando la correspondiente inscripción y deta-

lizando la documentación que se adjunta, que básicamente deberá constar de: a) formulario de inscripción; b) primer testimonio (copia) o documento de transferencia; c) fotocopias simples; d) tasa retributiva; e) constancia de que se publicaron los avisos de ley (acompañando las páginas del boletín oficial y del diario en que se publicaron); f) certificado de libre deuda; g) certificado de inhibiciones; h) dictamen precalificado, legalizado.

Si se llegará a efectuar entrega anticipada de la posesión –esto es la tradición del fondo antes de cumplidos los requisitos de publicidad, oposición, retención y depósito–, tal entrega puede resultar inoponible respecto de acreedores y terceros.

El artículo 8 prevé que

No podrá efectuarse ninguna enajenación de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados por el vendedor, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición autorizada por el artículo 4, salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores.

Esos créditos deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo.

Aquí se exige que el monto de la transferencia tiene que ser superior a los créditos de los dos grupos de acreedores.

Ahora bien, se dijo antes que las obligaciones establecidas por esta ley lo son respecto de acreedores y terceros y que su incumplimiento no genera nulidad del acto, sino su inoponibilidad a los terceros, o la responsabilidad solidaria entre comprador, vendedor e intermediarios. Por ello, cabe concluir que puede pactarse libremente el precio, pero si este resulta inferior al pasivo del establecimiento, tanto comprador, vendedor como intermediarios resultarán solidariamente responsables por la diferencia frente a acreedores impagos, o tales acreedores podrán accionar sobre el fondo de comercio aunque ya esté en manos del adquirente.

En el segundo párrafo, la ley otorga el beneficio a los acreedores que han contribuido al cumplimiento de los fines del fondo, o sea, a la obtención de beneficios económicos.

El artículo 9 dispone que

A los efectos determinados en el artículo anterior, se presumen simuladas ‘iuris et de iure’ las entregas que aparezcan efectuadas por cuenta o como seña que hubiere hecho el comprador al vendedor y en cuanto ellas puedan perjudicar a los acreedores.

Por lo dicho antes, podrían también las partes convenir la entrega de sumas de dinero a cuenta o como seña, pero tales entregas se considerarán simuladas si perjudican el interés de algún acreedor.

Conforme al artículo 10:

En los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate en la forma establecida por el artículo 2, ajustándose a las obligaciones señaladas en los artículos 4 y 5 en el caso de notificársele oposición.

En caso de que el producto del remate no alcance a cubrir la suma a retener, el rematador depositará en el Banco destinado a recibir los depósitos judiciales, en cuenta especial el producto total de la subasta, previa deducción de la comisión y gastos que no podrán exceder del quince por ciento de ese producto.

Si habiendo oposición el rematador hiciera pagos o entregas al vendedor, quedará obligado solidariamente con este respecto de los acreedores, hasta el importe de las sumas que hubiera aplicado a tales objetos.

El artículo 11 prescribe que

Las omisiones o transgresiones a lo establecido en esta ley harán responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escri-

bano que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencia de aquellas y hasta el monto del precio de lo vendido.

Finalmente, de conformidad con el artículo 12: “El registro Público de Comercio o el especial que se organice, llevará los libros correspondientes para la inscripción de las transmisiones de establecimientos comerciales e industriales, cobrando a ese efecto los derechos que determinen las leyes de impuestos”

Otros esquemas de transferencias patrimoniales

Nuestro derecho positivo ofrece instituciones por medio de las cuales las personas pueden transmitir a favor de terceros su patrimonio o un conjunto de bienes que, unidos por una finalidad o aplicación común, representan una parte del patrimonio.

Tales modalidades han sido creadas con evidentes fines prácticos, ya que simplifican lo que de otro modo constituiría una serie de actos de transmisión *uti singuli* –separadamente de cada bien– reiterados y seguramente incompletos. Las figuras existentes imponen la observancia de requisitos y exigencias que tienen en mira, fundamentalmente, la protección del interés de los terceros ajenos a la relación, en especial el de los acreedores de la persona que se desprende del patrimonio.

Como modalidades de transmisión patrimonial entre vivos existen dos hipótesis. Una es la transferencia de fondos de comercio; y la otra está regulada en la Ley de Sociedades, comprendiendo casos de fusión y escisión (reorganización societaria).

- a) En cuanto a la naturaleza de las partes intervinientes, en la venta de fondos de comercio es factible la actuación de personas tanto físicas como jurídicas, mientras que en las figuras de reorganización societaria solo pueden ser protagonizadas por personas jurídicas.
- b) Con relación al patrimonio transmitido, el fondo de comercio usualmente no se halla constituido por la totalidad de los bienes de su titular. Por el contrario, en la fusión y en una de las variantes de la escisión

–la llamada “escisión-división” (art. 88, apart. III, LSC)– esa transmisión es total.

- c) La venta del fondo de comercio no involucra la transmisión de las deudas existentes en cabeza de su titular. A lo sumo, podrá constituirse el adquirente, mediante estipulación expresa, en obligado solidario. Tampoco supone el traspaso de eventuales derechos sobre bienes inmuebles que pudieran estar afectados a la explotación. En todas las variantes de fusión y escisión, en cambio, tales limitaciones no existen.
- d) La transmisión patrimonial por fusión o escisión no genera como contrapartida una obligación dineraria a beneficio de quien transfiere los bienes, sino la entrega de acciones de propia emisión por parte de la sociedad nueva, incorporante o escisionaria, según el caso. En la venta de casas de comercio, aquella contraprestación es obligatoria y el precio, para garantía de los acreedores, no puede ser inferior a la sumatoria de los créditos constitutivos del pasivo del vendedor.
- e) En ambas modalidades se protege el interés de los terceros acreedores, entre otros mecanismos, mediante su citación por avisos a publicar en diarios periódicos de circulación amplia y a través de la fijación de un plazo para que ellos puedan formular oposición a la transferencia, obstaculizando temporalmente la instrumentación definitiva de la operación. También podrán recurrir a la justicia a fin de obtener, salvo satisfacción de su crédito o garantía suficiente en algunos casos, el embargo de bienes del transmitente o, en la Ley N° 11867, de los fondos que conforman el precio.
- f) Otra similitud está dada por la necesidad de que ambos actos, para ser oponibles a terceros, sean inscriptos en el Registro Público de Comercio, previo control de legalidad por parte de la autoridad a cargo del mismo.

La obligación de no reestablecerse o interdicción de concurrencia

La obligación de no reestablecerse con un negocio similar y en las inmediaciones del vendido, que pesa sobre quien enajena un fondo de comercio, con-

siste en la prohibición del hecho personal del vendedor tendiente a perjudicar, perturbar o afectar el goce íntegro y pacífico de los derechos que le transfiriere con el fondo.

Puede estar explícitamente pactada o bien considerársela implícita en esta clase de transferencias. Posturas enroladas dentro de un liberalismo extremo, entienden que para que la misma rija, es necesario que la cláusula esté establecida expresamente en el contrato. Por el contrario, la doctrina europea y la jurisprudencia de nuestro país es conteste en afirmar que la misma se encuentra implícita en toda transferencia, aunque no haya sido pactada expresamente. El fundamento de tal conclusión es que es una consecuencia de la garantía de evicción que debe el vendedor al comprador, así como de no perjudicar la prestación comprometida.

La Ley N° 11687 no trata el tema. Siendo la clientela uno de los elementos constitutivos del fondo de comercio, la obligación de no concurrencia es el medio más eficaz para asegurar al adquirente su disfrute, que asegura el mantenimiento de la explotación tal como fue vendida.

En la transferencia del fondo de comercio importa desprenderse de los elementos que lo integran y *a fortiori* de las cualidades que poseía. Resultaría paradójal que quien efectúe la transferencia de ese conjunto organizado de fuerzas productivas, bienes y derechos, mantenga la posibilidad de instrumentar una empresa cuyo funcionamiento lleve competencia a la transferida. Es por ello que la prohibición de concurrencia asumirá carácter de elemento natural del contrato de transferencia.

Es frecuente observar la existencia de este tipo de cláusulas en las transferencias de fondos de comercio. Para que sean válidas deben estar limitadas en el tiempo, en el espacio, o en la actividad que se prohíbe desarrollar.

Por otro lado, el vendedor puede reservarse, mediante una cláusula expresa que lo habilite para ello en el contrato de transferencia, el derecho de reestablecerse sin limitación alguna, siempre que con ello no haga competencia desleal, es decir, procurando sustraerle al comprador la clientela.

La sanción por violar la prohibición resulta en la reparación de los daños y perjuicios sufridos, y puede aun determinar el cierre del nuevo establecimiento.

La transferencia de fondos de comercio en casos de concursos

En distintos institutos de la ley concursal se evidencia la posibilidad de que se produzca la transferencia de un fondo de comercio.

Así, por ejemplo, en el concurso se prevé como alternativa específica el llamado “acuerdo por cesión de bienes”, dentro del cual cabe perfectamente que se comprenda un fondo de comercio. Y en la quiebra, la enajenación de la empresa como unidad (en marcha) o la enajenación en conjunto de los bienes que integran el establecimiento del fallido.

La cuestión es si cabe aplicar a estas transferencias el régimen de la Ley N° 11867.

Tanto esta ley como la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) tienen como finalidad la tutela de los derechos de los acreedores: la primera, frente a la enajenación de un activo importante que puede dejarlos sin tutela, y la otra, frente al fenómeno de la insolvencia del deudor.

Pero dada la situación concursal, es decir, la insuficiencia del patrimonio para atender a las deudas que lo gravan con los recursos normales del giro, se impone la solución concursal. El juicio universal concursal se basa en el principio de tutela de todos los acreedores: importa la citación y la concurrencia obligatoria de todos los acreedores al proceso, quienes hacen valer sus créditos a través del procedimiento de verificación.

Consecuentemente, presentada la situación concursal no corresponde la aplicación de las normas de la Ley N° 11867. No es factible que se produzca la situación que dicha ley trata de evitar, esto es, la transferencia clandestina, y la burla de los acreedores.

4. CLASIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

La empresa pequeña y mediana (promoción: leyes N° 24467 y N° 25300). La gran empresa. Formas de descentralización de la actividad (sucursal, filial, agencia). El Estado empresario. Formas de organización (empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, sociedades con participación estatal mayoritaria). La responsabilidad social empresaria

Clasificación económica de la actividad empresarial

La empresa pequeña y mediana

Las empresas pueden distinguirse utilizando distintos criterios de clasificación, por ejemplo, en función de su actividad o explotación.

Las pequeñas y medianas (pymes) son empresas que se ubican dentro de un rango de “tamaño” según la categoría legal-económica que establezca la ley, la que varía dependiendo del sector productivo del que se trate. Los criterios de clasificación están establecidos en las leyes N° 24467 y N° 25300; y la que define las características de las empresas que serán consideradas micro, pequeña y mediana es la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa (PyME) y del desarrollo regional, dependiente del Ministerio de Industria de la Nación –autoridad de aplicación–.

Se tendrá en cuenta, para determinar esta condición:

1. valor de las ventas: según dispone el Banco Central de la República Argentina. A fin de determinar este valor, se computará el valor promedio de las ventas totales anuales de estas empresas obtenido de los últimos tres (3) estados contables (BCRA “Comunicación ‘A’ 5829”, T. O., 16/11/2015);

2. el personal ocupado;
3. valor de los activos aplicados al proceso productivo (cfr. art. 1 de la Ley N° 24467).

Las pequeñas y medianas empresas tienen un rol preponderante dentro del modelo de crecimiento económico e incrementan la producción y, por eso, el objeto de la legislación es el fortalecimiento competitivo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs) que realizan actividades productivas en el país, mediante la creación de nuevos instrumentos y la actualización de los vigentes, con la finalidad de alcanzar un desarrollo más integrado, equilibrado, equitativo y eficiente de la estructura productiva.

Las pymes cumplen un papel muy importante para la economía del país y así lo revelan los datos informados por la AFIP en marzo de 2010, que indican que el 33,5% de los puestos de trabajo “en blanco” de Argentina, es decir, unos 2.374.000 empleados, son provistos por unas 525.000 pymes de todo tipo; y se sabe que el 69% de la población ocupada trabaja en empresas que no tienen más de 9 empleados.

La gran empresa

La gran empresa es un concepto que se contrapone al de pequeña y mediana empresa (pymes) y que comprende a las que sobrepasan los límites ocupacionales o financieros precisados en el punto anterior.

Las grandes empresas traccionan los distintos sectores participantes del sistema productivo a través de la inversión. A diferencia de las pymes, que demandan una gran cantidad de mano de obra para sus procesos productivos, las grandes empresas son intensivas en bienes de capital y tecnología. El Ministerio de Producción articula con las grandes empresas para lograr los encadenamientos productivos y la posibilidad de tener un sector exterior pujante; se fortalece con las empresas grandes, poderosas en sus sectores, innovadoras en sus productos y ambiciosas en los mercados.

Formas de descentralización de la actividad

El empresario puede organizar sus recursos del modo que considere más propicio para desplegar su actividad. La sede o establecimiento principal es el lugar donde el empresario tiene el asiento principal de sus negocios y donde funcionan los órganos de administración y de gobierno.

Así, la descentralización de la actividad de una empresa se configura cuando, por decisión del empresario, ciertas actividades se realizan en otros establecimientos distintos del principal, aunque todas formen parte de la misma actividad. Por eso, se coordinan funcionalmente todos los elementos de la empresa dirigidos a un destino o finalidad común y puede ocurrir que materialmente se dispersen; la descentralización se funda, generalmente, en cuestiones operativas y de organización.

Las distintas formas que asume son:

- a) Sucursal: la sucursal es un establecimiento secundario subordinado jurídica y económicamente a uno principal. Si bien tiene cierta autonomía, colabora con la actividad que realiza el establecimiento comercial. Se pueden enunciar las siguientes notas características: es una extensión de la empresa a la que está subordinada y tiene el mismo objeto; posee sus propias instalaciones que son distintas del establecimiento principal; está a cargo de un factor o gerente con ciertas facultades concedidas por la administración central de la empresa y, usualmente, cuenta con clientela propia que es distinta de la del principal.
- b) Agencia: la agencia es similar a la sucursal, aunque usualmente se distingue porque las atribuciones de los encargados de las agencias son más limitadas que las que poseen los encargados de las sucursales.
- c) Filial: es una sociedad provista de personalidad jurídica, de patrimonio propio, regida por sus propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y de administración. Sin embargo, depende económicamente de otra sociedad que tiene capacidad de imponerse en las decisiones assemblearias, del directorio o la gerencia. Consiste en una forma de participación financiera de una sociedad en otra y obedece al fenómeno de la concentración empresarial.

El Estado empresario. Formas de organización

El Estado interviene directa o indirectamente en el comercio a través de estructuras aptas para ser manejadas de manera autárquica por el poder central. Estos entes son las empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta y sociedades con participación estatal mayoritaria; en algunos casos, tienen participación de capitales privados. Muchas actividades las realizan en forma directa y su intervención no solo se limita a las explotaciones que le corresponden a la economía básica de la nación o a sus necesidades como Estado, sino que también sostiene actividades en función de su repercusión social y su importancia económica.

El Estado participa en la actividad pública a través de los distintos entes:

- a) Empresas del Estado (leyes N° 13653 y N° 14380): son entidades estatales descentralizadas que realizan actividades de carácter comercial, industrial o explotación de servicios públicos. Su propiedad es íntegramente estatal pero están reguladas por un régimen mixto: se aplican las normas de derecho privado a sus actividades específicas y las normas de derecho público a sus relaciones con la administración o el servicio público a su cargo.
- b) Sociedades de economía mixta (Decreto N° 15349/46): son sociedades integradas por una persona del derecho público (el Estado nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o entidades autárquicas) y por socios privados para explotar empresas que tengan la finalidad de satisfacer necesidades de orden colectivo. Constituyen el fomento de desarrollo de actividades económicas. Estos entes admiten la presencia del Estado y le aseguran ciertos privilegios políticos, como elegir como mínimo a un tercio del directorio y la sindicatura, aun cuando su participación sea minoritaria.
- c) Sociedades del Estado (Ley N° 20705): están constituidas exclusivamente por el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios y los organismos estatales legalmente autorizados al efecto. Su finalidad es realizar actividades de carácter comercial, industrial o explotación de servicios públicos. Tuvieron gran aplicación en la práctica y la ley auto-

rizó al Poder Ejecutivo a transformar en sociedades del Estado a empresas del Estado (art. 9, Ley N° 20705) y así varias empresas adquirieron el carácter de sociedades del Estado (YPF, Gas del Estado, Energía Argentina –Enarsa, creada por la Ley N° 25943–).

- d) Sociedades con participación estatal mayoritaria (cap. II, sec. VI, Ley N° 19550): Sociedad Anónima que puede ser dirigida plenamente por el Estado. Las acciones en su poder han de ser suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias, es decir, el Estado debe ser titular de por lo menos el 60% del capital social. En la práctica fueron utilizadas ocasionalmente, se reemplazaron por las sociedades del Estado.

Los actos que realiza el Estado a través de estos entes pueden ser calificados como comerciales, porque la organización estatal los realiza persiguiendo un fin de lucro o rentabilidad, aun cuando se dirijan hacia fines de bienestar general de la comunidad o de parte de ella. Sin embargo, teniendo en cuenta el sujeto que realiza esos actos es aplicable también el derecho administrativo, que se interrelaciona con las normas de derecho privado.

La responsabilidad social empresaria

La responsabilidad social empresarial (RSE) puede definirse como la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas. Lo hacen con el objetivo de mejorar su situación competitiva, valorativa y su valor añadido, y va más allá del cumplimiento de las leyes y normas laborales y de las normativas relacionadas con la protección del medio ambiente. Las empresas se comprometen con el bien de la comunidad en la que desarrollan sus actividades por el carácter social de su actividad económica.

La responsabilidad concierne a la totalidad de las relaciones con los grupos que participan en sus actividades o decisiones. Las empresas deben asumir y ejercer una responsabilidad cooperativa, lo que adquirió cierto protagonismo en los últimos tiempos como consecuencia de la necesidad que tienen las empresas de hacer frente a los nuevos desafíos que las rodean: las expectativas de

los ciudadanos y consumidores en general, la incipiente preocupación por el medio ambiente, la importancia que asumieron organizaciones de la sociedad civil que ejercen cierto control sobre las empresas (ONG, grupos ecologistas y medios de comunicación).

Pueden distinguirse niveles esenciales:

- a) Responsabilidad en las relaciones con los trabajadores, tanto en la organización como en la calidad del trabajo.
- b) Responsabilidad acerca de la calidad y seguridad de los productos y servicios.
- c) Contribución de la empresa al desarrollo social, que implica su compromiso empresarial en la creación y mantenimiento de los puestos empresariales, así como el respeto a la legislación aplicable a la actividad económica.
- d) Actitud responsable de honestidad e integridad, especialmente hacia los consumidores, accionistas e inversores, que alcanza también a los proveedores, contratistas, distribuidores y partícipes de la actividad de la empresa.

Existe un factor influyente en la RSE que es la actitud de la sociedad en conjunto y de los consumidores en particular respecto del papel que esperan que una empresa desarrolle, y empujan a la empresa a mejorar su conducta ante el mercado, en primer lugar, y ante la sociedad en conjunto. De este modo, comienza a imponerse un nuevo modelo de desarrollo que considera necesario cuidar el impacto económico, social y ambiental de las actividades empresariales, por ejemplo, las propuestas sobre el desarrollo sostenible o de empresa sostenible.

Unidad III

Personas jurídicas y sociedades

1. PERSONAS JURÍDICAS

Tratamiento en el CCCN (arts. 141 a 167). Clasificación. Las personas jurídicas privadas. Asociaciones civiles y simples asociaciones. Fundaciones. Entidades religiosas. Mutuales (Ley N° 20321). Cooperativas (Ley N° 20337). Consorcio de propiedad horizontal (Ley N° 13512)

Personas jurídicas

Tratamiento en el CCCN (arts. 141 a 167)

En el Código Civil y Comercial de la Nación, detalladamente en la Parte General de las Personas Jurídicas, en el Capítulo I del Título II del Libro Primero, encontramos un conjunto de principios y normas que deberán respetar los entes ideales que actúan dentro del ámbito de las relaciones jurídicas, civiles y comerciales. Los principales aspectos son aplicables a todas las personas jurídicas privadas (sociedades, asociaciones, fundaciones) y a las nuevas (simples asociaciones, mutuales, cooperativas, iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, consorcio de propiedad horizontal, y toda otra contemplada por el nuevo código o por leyes especiales). Es decir, todas las personas jurídicas privadas deberán respetar las normas comunes respecto de la personalidad; como ser: atributos, funcionamiento, disolución y liquidación.

Así comenzaremos el estudio de las personas jurídicas desde lo previsto por el CCCN –Ley N° 26994–, que en su artículo 141 las define de manera positiva como “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

El concepto transcripto nos deriva al tema del comienzo de la existencia de las personas jurídicas, donde los procedimientos de constitución resultan su “elemento formal”; estos pueden ser: a) el sistema de constitución libre (libre constitución por particulares, cuando la ley así lo prevé); b) el sistema de registro (verificación de determinados recaudos legales) y c) el sistema de concesión o autorización (esto es la expresa autorización estatal). En nuestro código, el sistema adoptado es el de “libre constitución” (excepto disposición en contrario, conforme al artículo 142 del CCCN). Mientras que el sistema de autorización estatal se mantiene para casos puntuales: las asociaciones civiles (art. 169), las fundaciones (art. 193), las mutuales (art. 3 de la Ley N° 20321) y las cooperativas (art. 9 de la Ley N° 20337).

Por su parte, el sistema de registro es requerido para las sociedades (arts. 5 y 6 de la LGS) y el consorcio de propiedad horizontal (arts. 2038 y 2044). Para su funcionamiento, las Iglesias, confesiones o comunidades religiosas requieren una inscripción en el Registro Nacional de Cultos (Ley N° 21745), sin otorgar personería a estos credos.

Es dable destacar el principio contenido en el artículo 143 de la *Teoría de la Inoponibilidad*; con ella se mantiene la personalidad diferenciada, es decir, la persona jurídica no se confunde con sus miembros. Esto envuelve la realidad de que al crearse una persona jurídica se están creando dos personalidades, o sea, dos patrimonios que responden cada uno por sus propias deudas.

Si la persona jurídica es constituida con un fin y usada con intención de violar la ley, el orden público o defraudar a terceros, es lícito desestimar su personalidad e impulsar acciones directas contra sus miembros o administradores por los daños ocasionados.

Debemos tener presente que esta teoría es de carácter restrictivo. Esto significa que, de aplicarse, será excepcional y de forma prudente en el derecho argentino.

La acción, entonces, podrá dirigirse contra socios, en el caso de una sociedad mercantil, como contra asociados o miembros de una asociación civil.

Clasificación

El nuevo código, abandonando la clásica denominación de personas de “carácter público” y de “carácter privado”, en la Sección Segunda del Capítulo I de la Parte General de las Personas Jurídicas, las clasifica en “públicas” (enumeradas en el art. 146) y en “privadas” (enumeradas en el art. 148).

La diferencia que destaca el ordenamiento de fondo es aquella que emerge de la ley aplicable: mientras que las personas jurídicas públicas se rigen por las leyes y ordenamientos de su constitución (art. 147), las personas jurídicas privadas se rigen por las normas imperativas, las normas del acto constitutivo o las normas supletorias; todo ello en base al orden de prelación que establece el artículo 150 del mismo cuerpo normativo.

Entre la personas jurídicas públicas encontramos entonces: a) al Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y a las demás organizaciones constituidas en la república que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) a los Estados extranjeros, las organizaciones que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y a toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable y c) a la Iglesia Católica.

Destacamos que el estudio de las personas jurídicas públicas es materia del Derecho Administrativo, limitándonos en el presente trabajo a enumerarlas.

Las personas jurídicas privadas

Antes de pasar al análisis de cada una de las personas jurídicas privadas, consideramos importante hacer referencia a dos cuestiones. La primera tiene que ver con su constitución y la otra con sus órganos.

Cada persona jurídica requiere de la decisión de sus miembros para su creación. Esa decisión queda plasmada en lo que se denomina acto constitutivo. El contenido de ese acto constitutivo, que puede consistir en un instrumento privado o bien uno público, dependiendo de las exigencias que para cada una imponga el ordenamiento, es objeto de tratamiento por las normas que las rigen.

Podemos decir que todo acto constitutivo de cualquier persona jurídica incluye: la identificación de quienes la crean (en su caso, de quienes la componen, dado que en determinado tipo de entes es necesario modificar el estatuto con cada nueva incorporación de miembros); el nombre que se le atribuye al ente; su objeto; plazo de duración; cuestiones atinentes a su disolución y liquidación; el funcionamiento de sus órganos (ver párrafo siguiente). Asimismo, y dependiendo de la persona jurídica a que estemos haciendo alusión, el acto constitutivo deberá contener aspectos más específicos (por ej., el destino dado a los bienes luego de su liquidación).

La segunda cuestión a tener en cuenta es que las personas jurídicas actúan a través de sus órganos, los que se dividen en: órgano de administración y representación, órgano de fiscalización y órgano de gobierno. En muy resumidas cuentas podemos decir que el órgano de administración y representación es el que adopta las decisiones que hacen al día a día del ente, el órgano de gobierno es el que adopta las decisiones más relevantes del sujeto (por ej., modificación de estatuto, designación y remoción de los integrantes del resto de los órganos) y el órgano de fiscalización (en algunos casos optativo, en otros obligatorio) es el que vela por el correcto funcionamiento de la persona jurídica, controlando sobre todo al primero de los órganos mencionados.

El órgano de administración y representación puede estar conformado por una sola persona o más, es decir, puede ser unipersonal o pluripersonal. Lo mismo sucede en el caso del órgano de fiscalización. Por último, el órgano de gobierno se conforma con los miembros de la persona jurídica. Dependiendo del tipo de persona jurídica de que se trate, cada uno de los órganos mencionados adoptará un nombre específico.

Nos referiremos, entonces a continuación, a cada una de las **personas jurídicas privadas**, conforme su regulación en el CCCN –Ley N° 26994–.

Asociaciones civiles y simples asociaciones

El CCCN –Ley N° 26994– prevé dos tipos de asociaciones: las civiles y las simples. Conforme se depende de lo dispuesto, la principal diferencia radica en que las primeras requieren de autorización estatal para funcionar, mientras

que las segundas no. Por otro lado, se diferencian en que mientras las simples asociaciones pueden constituirse por instrumento privado (art. 187), las asociaciones civiles requieren inexorablemente que su constitución tenga lugar por instrumento público (art. 169).

En cuanto a su origen, podemos decir que en el caso de las simples asociaciones se atiende a los intereses de aquellos entes que llevan a cabo actividades sin una envergadura tal que justifique someterlas a los trámites y controles que impone el órgano de contralor correspondiente. Sin embargo, entendió el legislador que no existen motivos para denegarle el carácter de personas jurídicas.

Llegado a este punto, consideramos importante citar una definición doctrinaria de las asociaciones civiles: las asociaciones civiles son personas de existencia ideal que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas que persiguen la realización de un fin de bien común no lucrativo.

Conforme se desprende de lo dicho, y de la propia normativa que surge del CCCN, se destacan dos elementos sobresalientes: la referencia al interés general o bien común, por un lado, y la idea de que las asociaciones no pueden perseguir como finalidad principal el lucro para sus miembros.

Sobre el primer concepto, existen discrepancias, y no podemos decir que del ordenamiento legal se desprenda una definición concreta de qué es el bien común. Sin embargo, a los fines de clarificar el tema, transcribimos lo dispuesto en la Resolución General N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia (IGJ), que es el organismo que ejerce el control de este tipo de entidades – y de las fundaciones– en lo que atañe al interés general y el bien común. A esos efectos es que consideramos de provecho citar lo dispuesto por la Resolución General N° 7/2015 de la IGJ, en tanto dispone en su artículo 373:

En la ponderación de las finalidades de bien común de las entidades se considerarán aquellas que contribuyan al bien de la comunidad en general o a las mejores condiciones de la vida social, en contraposición al bien individual o al bien egoísta de un grupo determinado de personas, sin colisionar o contrariar las valoraciones sociales imperantes en el momento en que dicha valoración deba ser efectuada. En

las fundaciones, el bien común debe exteriorizarse y proyectarse hacia la comunidad en su conjunto y expresarse, a través del objeto de las entidades, en finalidades coincidentes con las que el Estado jerarquiza como propias. Las actividades a realizar deberán incidir en forma directa sobre el bien común.

Básicamente, de lo que se trata es que el tipo de entidades en estudio de algún modo colaboren con el bien de la comunidad en general, sin perseguir como principio un fin de lucro.

El acto constitutivo deberá ajustarse a los artículos 169 y 170 del CCCN –Ley N° 26994–. El primero determina que las asociaciones civiles deben crearse por instrumento público; mientras que el segundo de los artículos individualizados prescribe el contenido de ese acto.

En relación con los órganos, vemos que la administración y representación de las asociaciones se encuentra a cargo de una comisión directiva (art. 171 del CCCN –Ley N° 26994–); el órgano de fiscalización se materializa en una comisión revisora de cuentas o bien en un revisor de cuentas; por último, el órgano de gobierno se denomina asamblea de asociados.

Fundaciones

En el caso de las fundaciones, el CCCN nos brinda un concepto, al decir que

Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines. Para existir como tales requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar. Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad.

Vemos entonces que las fundaciones solamente admiten para su constitución la forma instrumento público, y que requieren autorización para funcionar,

como así también que queda excluida cualquier finalidad de lucro. Una fundación requiere necesariamente de un patrimonio inicial para la consecución de sus fines (CCCN, art. 194).

El artículo 195, al que remitimos, establece el contenido del acto constitutivo. En las fundaciones, acorde a lo dispuesto por el artículo 201, el gobierno y administración se encuentra a cargo de un consejo de administración, cuyos miembros pueden designarse de distinto modo. O bien venir designados por el o los fundadores de la persona jurídica, o bien ser delegada esa atribución a entidades públicas o privadas sin fines de lucro (art. 203).

Al hablar de fundaciones, y conforme se desprende del artículo 193, vemos que el fundador o fundadores lo que hacen es realizar un aporte para determinado fin, lo que provoca que no podamos hablar de miembros, asociados, socios, etc. Antes bien, lo que existe es uno o más beneficiarios de aquel fin altruista al que hace referencia el citado artículo.

Si bien no se encuentra previsto un mecanismo de control interno (no hay un órgano de fiscalización interno), el código establece específicamente en cuanto a las fundaciones que ellas deben proporcionar a la autoridad de contralor de su jurisdicción toda la información que les requiera. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ese órgano es la Inspección General de Justicia, a cuyo cargo se encuentra el Registro Público.

Las personas jurídicas privadas que individualiza el artículo 148 del CCCN –Ley N° 26994–, en sus incisos a), e), f), g) y h) no son objeto de tratamiento en ese cuerpo normativo, sino en otros. En cuanto a las sociedades, se encuentran reguladas por la Ley N° 19550, hoy denominada Ley General de Sociedades, y serán objeto de tratamiento más adelante en esta misma unidad.

Entidades religiosas

Evidentemente, cuando el CCCN –Ley N° 26994– menciona en su inciso e) a las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, excluye a la Iglesia católica, a la que por expresa referencia que a ella hace el artículo 146 le confiere el carácter de persona jurídica pública. El reconocer personalidad jurídica a este tipo de entidades guarda estrecha relación con la libertad de

profesar libremente su culto a todos los habitantes de la nación argentina, que la Constitución Nacional reconoce en su artículo 14.

Destacamos que existe en la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, un Registro Nacional de Cultos, donde deben inscribirse todas las organizaciones religiosas que ejerzan sus actividades en el país y que, naturalmente, no integren la Iglesia católica. Dicho registro fue creado mediante la Ley N° 21745 del año 1978, y regula su funcionamiento, estableciendo la documentación y requisitos que debe cumplimentar la organización religiosa que quiera lograr el reconocimiento como tal.

Mutuales (Ley N° 20321)

La definición legal de lo que es una mutual, surge del artículo 2 de la Ley N° 20321, la que dispone: “Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica”.

El contenido del acto constitutivo de las mutuales debe atenerse a lo previsto por el artículo 6 de la Ley N° 20321, siendo de destacar que además de los requisitos comunes (nombre, domicilio, objeto, etc.), se permite que existan diferentes categorías de socios.

Los órganos de administración y de fiscalización reciben en este tipo de entidades, justamente, esos nombres: “órgano directivo” y “órgano de fiscalización”. El órgano de gobierno se denomina “asamblea”.

Cooperativas (Ley N° 20337)

Según la Alianza Cooperativa Internacional, en su Declaración sobre Identidad y Principios Cooperativos, adoptados en Manchester en 1995, define: “Una Cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada”.

Es el artículo 2 de la Ley N° 20337 brinda tanto un concepto como los caracteres de las cooperativas:

Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracteres:

1. Tienen capital variable y duración ilimitada.
2. No ponen límite estatutario al número de asociados ni al capital.
3. Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital.
4. Reconocen un interés limitado a las cuotas sociales, si el estatuto autoriza aplicar excedentes a alguna retribución al capital.
5. Cuentan con un número mínimo de diez asociados, salvo las excepciones que expresamente admitiera la autoridad de aplicación y lo previsto para las cooperativas de grado superior.
6. Distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 42 para las cooperativas o secciones de crédito.
7. No tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas.
8. Fomentan la educación cooperativa.
9. Preven la integración cooperativa.
10. Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42.
11. Limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas.
12. Establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del sobrante patrimonial en casos de liquidación. Son sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.

En cuanto a su constitución, puede tener lugar por instrumento público o privado y se lleva cabo a través de una asamblea constitutiva (art. 7, Ley N°

20337). El contenido del acto constitutivo surge del artículo 8 de la ley a la que nos venimos refiriendo.

La administración y representación de las cooperativas están a cargo de un consejo de administración, cuyos miembros los elige la asamblea (órgano de gobierno), al igual que sucede con los integrantes del órgano de fiscalización privada, que en el caso de las cooperativas recibe el nombre de comisión fiscalizadora.

Consortio de propiedad horizontal (Ley N° 13512)

La Ley N° 13512 regula el régimen de propiedad horizontal, estableciendo los derechos y obligaciones de los propietarios de unidades de un edificio sujeto a este régimen. Dentro de esta normativa, encontramos previsiones relativas al consorcio de propietarios. Es dable destacar que no hallamos en la ley una definición de lo que es un consorcio de propietarios, aunque sí una referencia a él en el artículo 9. Dispone esta norma que su funcionamiento como tal, es decir, como unión de propietarios, debe ajustarse a un reglamento que aquellos deberán acordar, aprobar e inscribir: “Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad...”.

En orden al funcionamiento del consorcio de propietarios, encontramos que la administración y representación del mismo corresponde generalmente a un administrador del consorcio (en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se creó un Registro de Administradores de Consorcios). El órgano de gobierno se constituye con los propietarios y recibe el nombre de “asamblea”. Se discutía en doctrina si a los consorcios de propiedad horizontal correspondía o no reconocerles personalidad jurídica. Hoy la discusión ha sido zanjada, y ya no quedan dudas al respecto.

2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Introducción. Atributos y efectos: nombre; domicilio y sede social; patrimonio; duración; objeto.

Funcionamiento: gobierno, administración y fiscalización; reorganización: transformación, fusión y escisión. Disolución y liquidación. Inoponibilidad

La personalidad jurídica

Introducción

Reconocer personalidad jurídica a un ente implica dotarlo de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, en forma diferenciada a sus miembros, a los fines de desarrollar las actividades para las cuales se lo creó.

Así es que el CCCN –Ley N° 26994– regula bajo la Sección Tercera del Título II los atributos y efectos de la personalidad jurídica, su funcionamiento y su disolución y liquidación. Este ente es, de conformidad con lo previsto por esa normativa, un sujeto de derecho. Las previsiones del código tienden a reglamentar el desenvolvimiento de las personas jurídicas privadas.

El CCCN –Ley N° 26994–, a los fines de regular este funcionamiento, divide la cuestión en tres párrafos: en el primero encontramos normas sobre el nombre de la persona jurídica, su domicilio, patrimonio, duración y objeto; en el segundo párrafo prevé todo lo atinente a su funcionamiento, incluyendo previsiones sobre modificación de estatutos, los órganos sociales y la transformación, fusión y escisión; para concluir, en el último párrafo, regula su disolución y liquidación. El código extiende el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que estaba previsto solamente para las sociedades (art. 54 *in fine* de la Ley N° 19550), para todas las personas jurídicas privadas (art. 144, CCCN –Ley N° 26994–).

Atributos y efectos

El nombre (art. 151 del CCCN –Ley N° 26994–): el nombre es uno de los atributos de la personalidad y sirve para identificar a la persona jurídica (tal como ocurre en el caso de las personas humanas), a la vez que brinda esencial información a los terceros con quienes esta interactúa. Por este motivo, la ley debió establecer determinadas previsiones para que el nombre cumpla con las funciones indicadas.

Así es que el CCCN impone a la persona jurídica que su nombre: a) contenga el aditamento que indique la forma jurídica adoptada; b) indique que el ente se encuentra en liquidación; c) cumpla con recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva; d) no contenga expresiones que sean contrarias a la ley, el orden público o la buenas costumbres; e) no induzca a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica; f) si incluye el nombre de personas humanas, que ellas hubieran prestado su conformidad.

Fácil resulta advertir que más allá de su función básica de identificar y distinguir a una persona jurídica de otra, el nombre es un atributo que en su conformación deberá atender a la protección de los terceros ajenos al ente. En efecto, nótese que recogiendo muchos conceptos que podemos hallar en la Ley de Marcas (Ley N° 22362), el ordenamiento de fondo establece pautas que apuntan a esos terceros, y a la comunidad en general.

El domicilio y la sede social (arts. 152 y 153 del CCCN –Ley N° 26994–): el CCCN establece determinadas reglas en cuanto al domicilio como atributo de la personalidad jurídica, pero su regulación trae aparejada cierta confusión respecto de la diferencia que existe entre domicilio y sede.

Evidentemente, si a determinados entes se les confiere la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo que concretarán tanto mediante su actuación frente a terceros como en virtud de las relaciones *intra* persona jurídica, el lugar donde se encuentran ubicados constituye un dato importante.

Una persona jurídica es un ente creado. Esto quiere decir que quienes la conforman adoptaron la decisión de constituirla y suscribieron el acto constitutivo. El domicilio es uno de los requisitos de contenido del acto constitutivo de todas las personas jurídicas privadas. De ahí que conforme surge del artículo

152 del CCCN, para poder cambiar el domicilio, la persona jurídica debe modificar su estatuto o acto constitutivo.

Con respecto a este tema, constituyó una cuestión importante lo decidido en el fallo de la CNCom, en pleno, “Quilpe S. A.”, en el que se resolvió que “El contrato social o estatuto puede limitarse a expresar la ciudad o población en que la sociedad tiene su domicilio...”. Es decir, el domicilio es lo que determinará la jurisdicción aplicable, ej.: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin embargo, esta indicación no resulta suficiente para que los terceros e incluso los propios miembros del ente conozcan dónde se ubica la persona jurídica o a dónde deben cursársele las notificaciones. Esto conduce, entonces, al otro concepto mencionado anteriormente: la sede social.

El artículo 153 del CCCN –Ley N° 26994– indica que “Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta”. De allí que el concepto de sede es más específico que el de domicilio y las notificaciones (v. gr., un telegrama o una cédula judicial) se dirigirán a un lugar individualizado con calle, número, localidad, provincia, país. Con relación a la sede social, aquellas personas jurídicas que se encuentran bajo la órbita de control del Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia para realizar algún trámite, sujeto a la precalificación profesional, deben indicar o en su defecto acompañar documentación que acredite que en la ubicación de la sede social “funciona efectivamente el centro principal de la dirección y administración de las actividades de la entidad” (art. 11 de la Resolución General N° 7/2015).

En resumidas cuentas, entonces, el domicilio como atributo de la personalidad no debe confundirse con el concepto de sede social. El primero puede reducirse a una indicación sobre una localidad o ciudad, siempre que la misma sirva a los fines de establecer la jurisdicción; pero en cuanto a la sede, deben individualizarse todos los datos necesarios a los fines de indicar un lugar preciso, lugar en el que debe encontrarse el centro de dirección y administración de la persona jurídica de que se trate.

El patrimonio (art. 154 del CCCN –Ley N° 26994–): el artículo 154 del CCCN –Ley N° 26994– especifica, aunque sin definirlo, que toda persona jurídica debe contar con un patrimonio. El Código Civil derogado establecía en su ar-

título 2312 que “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman ‘bienes’. El conjunto de los bienes de una persona constituye su ‘patrimonio’”.

El patrimonio es un concepto dinámico, algo que depende no solamente del valor de las “cosas”, sino también de derechos y obligaciones a que dan lugar las relaciones establecidas por la persona jurídica, con terceros y con sus propios integrantes.

Debe diferenciarse al patrimonio del capital social. Explica Ricardo Augusto Nissen que el capital de la sociedad es en principio fijo e invariable, salvo que decidan, respetando las formalidades previstas para hacerlo, su aumento o reducción. Por el contrario, el patrimonio de la sociedad, cuyo monto solo puede coincidir con el de capital social en el momento de la constitución de la sociedad, es esencialmente variable, pues el patrimonio social va cambiando y modificándose permanente y automáticamente por el giro ordinario de los negocios.

Esta diferencia mencionada entre el capital social y el patrimonio refiere a una de las personas jurídicas privadas, las sociedades, aunque resulta extensible a otras.

Duración (art. 155 del CCCN –Ley N° 26994–): en cuanto a la duración de la persona jurídica, el CCCN –Ley N° 26994– establece un principio general, el de la perpetuidad de las personas jurídicas, frente a la excepción, que es una duración limitada en el tiempo, de este tipo de entes.

Las excepciones a la duración ilimitada que pueden mencionarse son: a) las sociedades que deben indicar en su acto constitutivo el plazo de duración del ente (inc. 5, art. 11, Ley N° 19550); b) el plazo de duración de las fundaciones, que también debe estar enunciado en su acto constitutivo (inc. e, art. 195, CCCN –Ley N° 26994–); c) las asociaciones civiles, en tanto en las mismas el acto constitutivo también debe contener la mención sobre la duración del ente, aunque tienen la posibilidad de que esa persona jurídica pueda ser perpetua (inc. e, art. 170, CCCN –Ley N° 26994–).

Objeto (art. 156 del CCCN –ley 26.994-): en la definición de persona jurídica destacamos que la personalidad jurídica le es reconocida a determinados entes, teniendo siempre en miras “el cumplimiento de su objeto”. Por otro

lado, en su artículo 156 el CCCN –Ley N° 26994– establece que el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado.

El concepto de persona jurídica hace alusión a que la sociedad podrá adquirir derechos y contraer obligaciones “para el cumplimiento de su objeto y los fines de creación”. Cada vez que la ley se refiere al contenido del instrumento de constitución de las personas jurídicas, el objeto se encuentra enumerado. La noción de objeto se encuentra íntimamente relacionada con la de capital en tanto este último debe ser adecuado a su objeto.

Se plantean entonces dos interrogantes: ¿qué es el objeto de una persona jurídica? y ¿cómo debe ser el mismo? El estudio ha sido fundamentalmente enmarcado dentro del derecho societario; no obstante, resulta aplicable a las personas jurídicas privadas en general.

En opinión de Isaac Halperin: “El objeto está constituido por los actos o categorías de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad, para lograr su fin mediante su ejercicio o actividad...”. Es decir, el objeto de la persona jurídica viene determinado por la decisión de quienes la constituyen, dado que son ellos quienes al suscribir el acto constitutivo van a determinar lo que el ente tendrá capacidad para realizar. Por ende, los administradores de la sociedad obligan a esta por todos los actos que no sean extraños al objeto social (art. 58 de la Ley N° 19550).

Ahora bien, como contrapeso a esa libertad con que cuentan los constituyentes de una persona jurídica, el artículo 156 del CCCN –Ley N° 26994– determina las condiciones que el objeto debe cumplir: “El objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado”. Dicha norma es réplica de lo dispuesto por el artículo 11, inciso 3, de la Ley N° 19550, la que además halla su correlato en el artículo 67 de la Resolución General N° 7/2015 de la Inspección General de Justicia, que dispone en su parte pertinente: “El objeto debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución”.

Indica Vanasco: no resulta admisible que se inserte en el contrato un objeto ambiguo o genérico (v. gr., la producción y compraventa de bienes muebles, la fabricación de productos en general, etc.). La ley requiere que el objeto sea enunciado con claridad y exactitud, definiéndoselo concretamente de modo que excluya toda ambigüedad.

Funcionamiento

A lo largo de su existencia, que es en principio ilimitada en el tiempo, las personas jurídicas se regirán, en primer lugar, por lo que disponen las normas imperativas y, en segundo término, por las previsiones de sus estatutos.

El ordenamiento de fondo reguló cuestiones sobre la modificación de los estatutos, el funcionamiento de sus órganos y los procesos de reorganización. Muchas de esas normas encuentran su origen o correlato en algunas normas de la Ley N° 19550.

Gobierno, administración y fiscalización: al hablar de la actuación de las personas jurídicas, es ineludible que nos refiramos a sus órganos. En efecto, es a través de los mismos que el ente actúa. Ello es consecuencia de la existencia de una personalidad diferenciada entre los miembros de la persona jurídica y la persona jurídica en sí.

Dicho en otras palabras, los órganos son un recurso que la ley le confiere a este ente creado para hacer posible su actuación. En este sentido, son tres los órganos que podemos hallar en el funcionamiento de cualquier persona jurídica: órgano de administración y representación, órgano de gobierno y órgano de fiscalización (aunque dependiendo de la situación concreta, este último puede ser optativo).

Cada uno de estos órganos tendrá asignadas funciones en base a lo que en cada caso la ley disponga, y también aquellas que surjan del acto constitutivo. Sin embargo, podemos afirmar que el órgano de administración realiza los actos que hacen al día a día de la persona jurídica, a las estrategias para obtener sus fines, a la gestión de los aportes efectuados por los miembros, etc. Por su parte, el órgano de representación será el encargado de exteriorizar las decisiones del órgano de administración.

El órgano de gobierno se integra con los miembros de la sociedad y adoptará las decisiones más importantes, tales como la designación de los integrantes del órgano de administración, la aprobación de los estados contables, la decisión de modificar el acto constitutivo, entre otras funciones que le vienen dadas tanto por la ley como por el estatuto.

Finalmente, el órgano de fiscalización deberá velar por la actuación del resto de los órganos para que se ajuste a las funciones que le imponen la ley y el estatuto a los que nos hemos venido refiriendo.

Finalmente, destacamos que el código, en concordancia con una norma de la Ley N° 19550, establece el estándar de conducta que debe respetar el administrador de cualquier persona jurídica al indicar que debe actuar con lealtad y diligencia (art. 159, CCCN –Ley N° 26944–). Según este precepto, un administrador no puede anteponer sus intereses por sobre los de la persona jurídica que administra.

Reorganización: “transformación, fusión y escisión” (art. 162, CCCN –Ley N° 26944–): El CCCN –Ley N° 26944– incorpora para todas las personas jurídicas estos procesos de reorganización que antes solo se encontraban dentro de la Ley N° 19550. Sin embargo, no define a ninguno de los tres modos de reorganización y, en consecuencia, debe utilizarse la definición que brinda la Ley General de Sociedades –arts. 74, 82 y 88–.

En relación a la transformación, el artículo 74 dice: “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones”.

Sobre la fusión: “Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas” (art. 82).

Finalmente, a tenor de lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley N° 19550:

Hay escisión cuando: I. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; II. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; III. Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

Para cada caso, deben cumplirse con la totalidad de los requisitos que disponga la ley y, en su caso, el estatuto del ente.

Disolución y liquidación (arts. 163 a 167 del CCCN –Ley N° 26944–)

El art. 163 del CCCN –Ley N° 26944– enumera en sus diez incisos las causales de disolución de la persona jurídica. Es lógico que si el ordenamiento legisla la manera en que nacen las personas jurídicas, deba también hacerlo en relación a su disolución y liquidación, es decir, en cuanto al fin (“muerte”) de las mismas.

En este sentido, cuando una persona jurídica entra en estado de disolución, que se dará en los casos contemplados en el artículo 163, ello determina que su funcionamiento y capacidad se vean profundamente alterados.

En efecto, desde que una persona jurídica encuadra en alguna de las causales de disolución que prevé nuestro ordenamiento, inexorablemente deberá pasar a la siguiente etapa, que es la de su liquidación, en la que el ente deberá satisfacer todas sus deudas, distribuir el remanente entre los miembros y, finalmente, dejar de existir como tal. No podrá aquella persona jurídica realizar otra actividad que no sea la tendiente a lograr su liquidación.

Las causales de disolución son:

- a) la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por el estatuto o disposición especial; b) el cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia; c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo; d) el vencimiento del plazo; e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto; f) la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusionan o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio; g) la 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; h) la denegatoria o revocación firmes

de la autorización estatal para funcionar, cuando esta sea requerida; i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla; j) cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de ley especial.

Inoponibilidad

El artículo 141 del CCCN –Ley N° 26944– reconoce al ente el carácter de sujeto de derecho diferenciado de sus miembros, siempre que los actos que realice tiendan a la consecución objeto y fines de su creación.

Con una redacción similar al ya existente artículo 54, tercer párrafo, de la Ley N° 19550, dispone el artículo 144 del CCCN –Ley N° 26994–:

La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

Es decir, se legisla un instituto sancionatorio que consiste en la desestimación, prescindencia o inoponibilidad de la personalidad jurídica frente a aquellos actos que violen lo dispuesto por el artículo 141 y abusen del beneficio que otorga el artículo 143 en tanto diferencia la personalidad de los miembros frente a la del ente.

Esta situación se presente cuando la persona jurídica es utilizada para finalidades distintas a aquellas para las que fue creada y de esta manera provoca un perjuicio a un tercero. Este instituto permite indagar qué hay detrás del ente, “correr el velo societario” e imputar la responsabilidad directamente a los integrantes que realizaron el acto.

La utilización de una persona jurídica a fines no queridos por el ordenamiento jurídico es una cuestión que también se limitará mediante la aplicación del instituto del abuso de derecho. No obstante ello, el legislador ha entendido necesario reforzar el concepto mediante la regulación específica de los supuestos contemplados en el artículo transcripto.

Es importante ver que, al igual que el ordenamiento societario, el CCCN –Ley N° 26994– no sanciona con la disolución y liquidación de la persona jurídica, ni con la nulidad de la misma en sí, sino que apunta directamente a que tenga lugar aquello que los miembros o controlantes han querido eludir: la imputación a ellos mismos de las consecuencias de aquellos actos que quisieron endilgarle a la persona jurídica.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica en la regulación de las sociedades fue incluida como instituto independiente en su regulación a raíz de la sanción de la Ley N° 22903, que en el año 1983 reformó la Ley N° 19550. No obstante, tanto el instituto de la simulación como el de abuso de derecho, como el propio artículo 2 de la Ley de Sociedades (“La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley”), daban la posibilidad de su aplicación. Es esperable que hoy, con la posibilidad de aplicación del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica a todas las personas jurídicas privadas, se aprovechen años de elaboración tanto de doctrina como de jurisprudencia societaria.

3. SOCIEDADES

Nociones generales. La Ley N° 19550. Naturaleza jurídica. Elementos generales y específicos del contrato de sociedad. La personalidad jurídica de las sociedades. El contenido del acto constitutivo. Publicidad e inscripción. Nulidades. Sociedades informales, simples, libres o residuales. Sociedades vinculadas y controladas. Administración y representación. Registros y contabilidad. Tipicidad. Diferentes tipos societarios. Las sociedades unipersonales

Sociedades

Nociones generales. La Ley N° 19550

Ya hemos afirmado que entre los entes a los que el ordenamiento de fondo reconoce personalidad jurídica, encontramos a las sociedades. Estas últimas se encuentran reguladas principalmente por la Ley N° 19550, la que antes de la sanción de la Ley N° 26994 recibía el nombre de Ley de Sociedades Comerciales, y hoy, el de Ley General de Sociedades. Analizaremos a lo largo del presente capítulo los temas más importantes relativos a las sociedades, aclarando desde ya que el objeto de esta materia no es realizar un análisis exhaustivo del tema sino introducir al alumno en sus conocimientos básicos.

La Ley N° 19550, Ley General de Sociedades, es la base del ordenamiento aplicable a las sociedades. Dicha ley data del año 1972, y salvo algunas pocas modificaciones – entre las que cabe mencionar la Ley N° 22903 del año 1983– es la que rigió sin grandes cambios hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 26994. Conforme se desprende del Anexo II de esta norma, varios artículos del régimen legal societario fueron modificados, modificaciones que efectivamente han sido de gran relevancia. Entre estas modificaciones, no podemos dejar de mencionar la introducción en nuestro medio de las sociedades anónimas unipersonales, el reemplazo de los artículos 21 a 26 sobre irregularidad, entre otras.

La Ley N° 19550 enuncia en su primer artículo los requisitos que deben estar presentes para que exista una sociedad. Así es que este artículo versa

Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Seguidamente, la ley dedica algunos artículos a las siguientes cuestiones: la inscripción y publicidad de las sociedades; requisitos de contenido de su acto constitutivo; régimen de nulidad; régimen aplicable a las sociedades que adolecen de requisitos esenciales o bien no hayan encontrado cumplidas las formalidades legales; normas sobre socios y relaciones de estos con la sociedad y con terceros; la administración y representación de las sociedades; documentación y contabilidad; reorganización societaria; disolución y liquidación de estos entes; intervención judicial; sociedades constituidas en el extranjero. Luego de dar tratamiento a estos temas generales, se introduce la ley en los diferentes tipos sociales y regula acabadamente todo su funcionamiento. Veremos algunos de estos aspectos a lo largo del presente capítulo. Si bien la ley no lo separa aparte para su tratamiento al tema de las sociedades unipersonales, dedicaremos un apartado para su estudio, efectuando un repaso por las normas aplicables a su funcionamiento.

Naturaleza jurídica

Varias son las teorías que se han esbozado en relación a la naturaleza jurídica de las sociedades. No constituye ámbito del presente trabajo la enumeración y/o tratamiento de cada una de ellas, aunque sí resulta importante en este punto aclarar que se ha sostenido que la sociedad es un contrato plurilateral de organización. Tal lo que se extraía del examen de la Ley de Sociedades previo al dictado de la Ley N° 26994.

Ahora bien, dado que hoy podemos hablar de sociedades unipersonales, mal podríamos afirmar que una sociedad sea un contrato, cuando la falta de plu-

ralidad de partes obsta a esa afirmación. En este sentido, ha dicho Daniel R. Vítolo:

Bajo el régimen originario de la Ley N° 19550 no caben dudas de que el contrato de sociedad –sobre la base de haber adoptado la tesis de Ascarelli– se encuentra regulado como un contrato plurilateral de organización. Sin perjuicio de ello, a partir de la vigencia de la Ley N° 26994 –1° de agosto de 2015– esto ya no será así, pues al reconocerse la posibilidad de constituir –bajo determinadas circunstancias y con ciertas limitaciones típicas– sociedades unipersonales, la naturaleza jurídica de la sociedad – como instituto jurídico– dependerá de la elección que el o los constituyentes pudieran tomar. En efecto: i) si resuelven constituir una sociedad dos o más personas conforme algunos de los tipos previstos en la ley, o bajo las modalidades admitidas por el nuevo contenido de la sección IV, estaremos frente a un contrato plurilateral de organización. ii) Si, por el contrario, el constituyente es único, y recurre a la posibilidad que le otorga la Ley N° 26994 de constituir una sociedad anónima unipersonal, estaremos frente a un sujeto de derecho nacido de una declaración unilateral de voluntad.

Es decir, continuamos hablando de la sociedad como contrato en tanto la misma sea conformada por más de dos integrantes, pero reservamos la idea de declaración unilateral de voluntad si aquella está formada por una sola persona.

Elementos generales y específicos del contrato de sociedad

Recordemos la definición que de contrato nos da el CCCN –Ley N° 26994–, el que en su artículo 957 establece: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Los elementos generales son el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Entendemos que analizar cada uno de los elementos generales del

contrato excede el marco del presente trabajo, motivo por el cual, pasamos a analizar directamente aquellos elementos específicos del contrato de sociedad que surgen del artículo 1 de la Ley N° 19550.

Si bien ya lo hemos hecho al tratar las nociones generales del tema, no creemos redundante transcribir nuevamente el citado artículo, lo que nos permitirá ir desglosando uno a uno los elementos específicos de una sociedad: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Lo primero que vemos entonces es que una sociedad puede estar compuesta tanto por una única persona –humana o jurídica– como por más de una. Dijimos ya que la falta de exigencia de pluralidad de socios es novedad que vino incorporada a nuestra legislación luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 26994. Por cuestiones metodológicas nos referiremos a las sociedades unipersonales luego de explicar las características principales de los tipos sociales previstos en la ley. Ello, teniendo en cuenta además que el legislador ha optado por no incluir una sección dedicada a las sociedad unipersonales, sino que ha ido legislando sobre ella mediante la incorporación de determinadas previsiones en el articulado que ya existía.

La siguiente cuestión que se suscita entonces es respecto a la organización a la que deben ajustarse el o los que conforman una sociedad. Adelantamos que esta idea de organización está íntimamente relacionada con la de empresa, que fue vista en un capítulo anterior. En opinión de Ricardo Augusto Nissen

la mención de la organización en la definición del contrato de sociedad nada agrega, pues parece muy difícil que se presente el supuesto de inexistencia de empresa o hacienda mercantil cuando es elemento específico del contrato de sociedad comercial, por expresa directiva del art. 1° de la Ley N° 19550, la realización por el ente de una actividad mercantil de producción o intercambio de bienes o servicios.

Ahora bien, más allá de la posible relación que podamos establecer entre la idea de organización y la de empresa, que evidentemente existió en la mente del legislador, podemos encontrar otra relación: y es la que surge del hecho de que una sociedad funciona en base a determinados órganos: de administración, de gobierno y de fiscalización. Es decir, entendemos que en la idea de organización no solo encontramos el concepto de empresa, sino que también se apunta al funcionamiento del ente.

Avanzando entonces en el análisis de la definición de sociedad, llegamos a la mención de los tipos sociales. Adelantamos que de la Ley N° 19550 podemos extraer la siguiente clasificación de las sociedades: sociedades de personas, sociedades de partes de interés y sociedades por acciones. Dentro de cada una de estas clasificaciones encontramos los tipos previstos en esta ley a que hace alusión el artículo 1, y que se diferencian por su funcionamiento, responsabilidad de los integrantes, partes en que se divide su capital social, entre otras cuestiones.

Esta exigencia de adecuar la sociedad a uno de los tipos previstos en el ordenamiento societario es de vital importancia, dado que una sociedad que no respete estos tipos quedará encuadrada en lo dispuesto por la Sección IV de la Ley de Sociedades, la que se titula “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, sobre cuyo contenido nos explayaremos más adelante en este trabajo.

Continúa la definición en análisis, haciendo alusión al hecho de que los integrantes de una sociedad se deben obligar a la realización de aportes. Dichos aportes contribuirán a la formación del capital social, con el que el ente desarrollará la actividad para la cual fue creada. O, dicho de otra manera, la aplicación que a esos aportes debe darse, es la producción e intercambio de bienes y servicios. Es decir, la normativa exige que esta persona jurídica se desarrolle en el ámbito comercial, llevando a cabo, naturalmente, una actividad mercantil.

Por último, encontramos que la ley impone al que o a los que constituyen una sociedad que tengan un ánimo de lucro –participando de los beneficios– que viene de la mano de la asunción del riesgo –y soportando las pérdidas–.

Hasta aquí, una descripción de los rasgos fundamentales que hacen a la existencia de una sociedad, de acuerdo a lo que surge del artículo 1° de la Ley N°

19550. Ahora bien, la doctrina entiende que existe otro elemento específico de las sociedades: la *affectio societatis*. Dice Halperin “¿Qué es la *affectio societatis*? Podemos concretar que en el estado actual de la doctrina cabe expresar que es la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada”. Nissen sobre el particular sostiene “En definitiva la *affectio societatis* es la predisposición de los integrantes de la sociedad de actuar en forma coordinada para obtener el fin perseguido con su constitución, postergando los intereses personales en aras del beneficio común”.

Es decir, el elemento *affectio societatis* es en algún punto la conducta, el compromiso exigido a los socios de efectuar todo lo que sea necesario a los fines de lograr el objeto de la sociedad, anteponiendo los intereses del ente por sobre los suyos personales.

La personalidad jurídica de las sociedades

Como vimos anteriormente, el reconocer personalidad jurídica a determinados entes tiene ciertos efectos, como lo son la posibilidad de diferenciarlos de quienes los componen y la de conferirles los atributos pertinentes. En el caso específico de las sociedades, es el artículo 2 de la Ley N° 19550 el que nos habla de esta cuestión, y lo hace con las siguientes palabras: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley”. Esta norma persigue el mismo fin que la ya referida norma contenida en el artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es decir, a una sociedad se la va a reconocer como persona jurídica, y va a poder adquirir derechos y contraer obligaciones como un ente diferente a sus miembros, en tanto y en cuanto ajuste su actuar a los fines queridos por la ley. Si no ocurre esto último, probablemente estemos ante la situación que se encuadra en el artículo 54 *in fine* de la ley. Es decir, si una sociedad no respeta los fines a los cuales fue creado, *se levanta el velo* que implica el reconocimiento de la personalidad jurídica, y se imputa el actuar de la sociedad a los miembros que la hicieron posible.

Recordemos que los fines a los que se le reconoce personalidad jurídica en las sociedades es tema que se encuentra íntimamente relacionado con la cuestión

objeto, que es uno de los elementos del acto constitutivo de este tipo de entes. Conforme la exposición de motivos de la Ley N° 19550, citada por varios autores, tales como Nissen, Halperin, Zunino, la personalidad jurídica es una “Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone”.

El contenido del acto constitutivo

El contenido del instrumento mediante el cual se constituye una sociedad debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 11 de Ley General de Sociedades. Atento todo lo expuesto sobre el concepto de sociedad y también en virtud de que lo dispuesto en esta norma es ni más ni menos que consecuencia de todo lo hasta aquí explicado, es que nos limitaremos en este punto a la transcripción de esta previsión legal

El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: 1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios; 2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta; 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado; 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo; 5) El plazo de duración, que debe ser determinado; 6) La organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios; 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé solo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa; 8) Las cláusulas necesarias para que

puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.

Publicidad e inscripción

Hemos visto hasta aquí la definición de lo que es una sociedad y sus elementos, como así también el significado de reconocerle personalidad jurídica y el contenido requerido para el acto mediante el cual se la constituye. Ahora bien, conforme fuera adelantado, una sociedad en tanto sujeto de derecho llevará a cabo su actividad de producción e intercambio de bienes y servicios, y en esa actuación establecerá relaciones con terceros.

Nos lleva esto a la cuestión sobre la oponibilidad de la sociedad a aquellos que no forman parte ella. Como sucede en otros casos donde lo que se busca es el conocimiento por terceros de determinados actos, entra en juego aquí la cuestión sobre la inscripción y la publicidad que debe darse respecto a la sociedad. Es decir, de qué modo se les dará a conocer a los terceros la información correspondiente a la persona jurídica privada sociedad. A esta cuestión se dedican los artículos 5, 6, 7, 10 y 14 de la Ley N° 19550.

Se trata de normas que establecen los requisitos que quienes constituyen una sociedad deben cumplir a los fines de lograr su inscripción para su consecuente conocimiento por terceros. Dichas previsiones legales indican además las consecuencias que acarrearán la falta de inscripción de las sociedades o su inscripción tardía. Es dable señalar asimismo que la normativa que emerge de la Ley N° 19550 es complementada por aquella que surge de las resoluciones dictadas por los registros públicos de cada jurisdicción.

Dispone el artículo 5 que debe inscribirse en el Registro Público tanto el acto constitutivo de las sociedades como sus modificaciones. A estos fines, la ley confiere el plazo de veinte días desde su otorgamiento, con la posibilidad de extenderlo por otros treinta días, prórroga que debe estar motivada por “el normal cumplimiento de los procedimientos”.

Por otro lado, en cuanto a los efectos de la inscripción, prevé el artículo 7 que la misma determinará que la sociedad se encuentre “regularmente constitui-

da". Esto quiere decir que, si una sociedad no logra su inscripción, quedará encuadrada en lo dispuesto por la Sección IV de la Ley N° 19550, que será más abajo analizada.

En relación a la publicidad, el artículo 10 indica que las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones deben cumplir con la publicación en el diario correspondiente de determinados datos, tales como: información sobre los socios; fecha del instrumento constitutivo; razón social o denominación de la sociedad; objeto social; plazo de duración; capital social; composición del órgano de administración y fiscalización (cantidad de miembros, etc.); organización de la representación legal (si representa a la sociedad una o más personas y de qué manera, ej., conjunta, separada o indistintamente); fecha de cierre de ejercicio. En caso de modificación del estatuto también deberá cumplirse con esa publicación, pero solamente cuando se modifiquen determinados incisos de la primera parte de la norma (inc. 3 a 10). Es decir, previo a la inscripción del acto constitutivo o de la modificación de que se trate, el Registro Público exigirá la acreditación de la publicación de la información requerida.

Nulidades

El régimen de nulidades de las sociedades se encuentra previsto en la Sección III de la Ley N° 19550. En dicha sección se prevén cinco supuestos de nulidad:

- 1) aquella que afecta el vínculo de alguno de los socios, artículo 16: en principio no provoca la nulidad, anulación o resolución del contrato siempre que no se trate la prestación de ese socio de un elemento esencial para llevar a cabo el objeto del ente;
- 2) aquella derivada de que la sociedad adolezca de requisitos esenciales, artículo 17: caso en el que la sociedad quedará subsumida a lo previsto en la Sección IV;
- 3) aquella derivada de que la sociedad tenga un objeto ilícito, artículo 18: situación de enorme gravedad en cuanto a sus consecuencias para los socios en tanto no solamente no podrán alegar la existencia de la sociedad, sino que serán responsables solidariamente por los perjuicios causados, además de no

poder reclamar el remanente de la liquidación de la sociedad, siendo dicha liquidación ineludible para este caso de nulidad;

4) aquella derivada de que la sociedad posea un objeto lícito pero lleve a cabo una actividad ilícita, artículo 19: también en este caso se procederá a la liquidación del ente, aunque se efectúa una distinción entre los socios que puedan acreditar su buena fe;

5) aquella derivada de que la sociedad tenga un objeto prohibido, artículo 20: para la cual se prevé idéntica solución que la prevista en el artículo 18, aunque con diferente destino al remanente de su liquidación.

Este es el esquema que plantea el ordenamiento societario y las soluciones que a cada caso confiere el mismo.

Sociedades informales, simples, libres o residuales

La Sección IV de la Ley N° 19550, titulada “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, regula justamente aquellas sociedades que por diversos motivos, no se pueden encuadrar en los tipos legales específicos. Es dable destacar que esta denominación e incluso el contenido de las normas que van del artículo 21 al 26 resultan una novedad incorporada mediante la Ley N° 26994.

Esta modificación no se encuentra exenta de críticas y muchos autores se han dedicado a escribir sobre el tema; entre ellos, Ricardo Nissen y Vítole, además de las diferentes ponencias presentadas en congresos de derecho societario. Sin embargo, excedería el objeto del presente trabajo el análisis de estos interesantes comentarios, limitándonos en este punto a efectuar una revisión de las normas que esta sección de la ley destina a aquellas sociedades que no se ajustan a los tipos legales previstos.

La primera previsión legal, contenida en el artículo 22, determina que el contrato social puede ser invocado entre los socios, e incluso en relación a terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación. Estos últimos, siempre pueden invocarlo contra la sociedad, al igual que los socios y administradores.

Tema de gran importancia es quién representa a las sociedades, por ello es que el legislador ha dispuesto que la sociedad puede ser representada por cual-

quiera de los socios. Pueden este tipo de entes, a tenor de la segunda parte del artículo 23 de la ley, adquirir bienes registrables a cuyo efecto deberá existir consentimiento de todos los que forman parte de la sociedad.

Otra de las cuestiones de vital importancia cuando se habla de sociedades, es aquella relativa a la responsabilidad de los socios, la que en el caso bajo análisis es simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo los siguientes supuestos que no son más que aplicación de la doctrina de los propios actos: estipulación expresa o que las partes hayan manifestado la voluntad de ajustar el ente a determinado tipo del que surja con claridad la responsabilidad de los socios.

Siguiendo con el análisis de esta sección de la ley, vemos que la misma prevé un régimen de subsanación de sociedades que no se han ajustado a un tipo legal, régimen que puede ser impulsado por la sociedad misma o por sus socios, en cualquier momento dentro del plazo de duración que estos previeron. En caso de falta de acuerdo, es un juez el que puede ordenar la subsanación, supliendo esa discordancia, con el límite de no imponer mayor responsabilidad a los socios que aquella que surja de las circunstancias que rodearon su constitución.

Sociedades vinculadas y controladas

El artículo 33 de la Ley General de Sociedades se dedica a la temática de las sociedades controladas y vinculadas, aunque solamente estableciendo en qué casos estamos ante control y vinculación. Veremos a qué hacen referencia estos conceptos, que luego, a lo largo de la toda la ley, son objeto de regulación específica, siendo tema del presente trabajo solo definir la situación de modo tal que el alumno se encuentre en condiciones de comprender esas normas específicas al momento de su estudio.

Una sociedad es controlada por otra cuando es titular de los votos necesarios para determinar la voluntad social (control interno o institucional) o bien porque –atento a especiales vínculos– ejerza una influencia dominante (control externo u operacional).

Por otro lado, dos sociedades se encuentran vinculadas cuando una participe en más del 10% del capital de la otra.

Administración y representación

Nos hemos referido a que en el funcionamiento interno del ente podemos diferenciar tres tipos de órganos: el de administración (que generalmente coincide con el de representación), el de gobierno y el de fiscalización. A estos dos últimos la ley les confiere tratamiento dentro de cada uno de los tipos sociales. Si bien es similar el tratamiento que recibe el órgano de administración en cada caso en la parte general de la ley, esta trata el tema en forma específica en la Sección VII. En este sentido, se establece que siempre que el órgano de administración lleve a cabo actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, éstos serán imputables a la persona jurídica. Observamos aquí otro aspecto de la importancia de esta cuestión.

Otra de las normas que forman parte de esta sección es la que emana del artículo 59 que, como también vimos, ha sido receptada por el CCCN –Ley N° 26994–. Establece este artículo el conocido doctrinariamente como “estándar de conducta” que se exige a quien administra una sociedad (hoy a quien administra cualquier persona jurídica privada).

Este estándar de conducta establece que “los administradores y representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, estableciendo como consecuencia de no ajustar su conducta a este parámetro que los mismos serán “responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Los alcances del comportamiento exigido a los administradores no se limita únicamente a que estos se desempeñen conforme la ley y sin causar daños a la sociedad, socios y/o terceros, sino que esta exigencia implica que actúen con cabal conocimiento de su función. Es decir, no podría un administrador alegar desconocimiento sobre información de la sociedad, porque dentro de sus deberes y obligaciones se encuentra justamente el de estar debidamente al tanto de la marcha de los negocios sociales; si así no lo estuviere, deberá responder por los daños causados.

Finalmente, y a fin de que los terceros puedan saber quién representa a la sociedad, la ley prevé en el artículo 60 la necesidad de inscripción de toda designación o cesación de los administradores en sus funciones.

Registros y contabilidad

Al analizar en capítulos anteriores la norma del artículo 320 del CCCN –Ley N° 26.994–, vimos que entre los obligados a llevar contabilidad hallamos a las personas jurídicas privadas, entre las que evidentemente se incluye a las sociedades. Encontramos en la Sección IX de la Ley N° 19550, que abarca desde los artículos 61 a 73, las normas relativas a la documentación que debe llevar cualquier sociedad. Si bien su estudio pormenorizado excede el marco del presente manual, enunciaremos aquí las normas más importantes.

Hallamos en el texto ordenado de la Ley N° 19550 hoy vigente, en el artículo 61, un error, por cuanto el mismo en lugar de remitir al ordenamiento vigente refiere el artículo 53 del Código de Comercio, el que se encuentra derogado. No obstante ello, y teniendo en cuenta que dicha norma establecía los requisitos de encuadernación y foliatura, hoy legislados en el artículo 323 del CCCN –Ley N° 26994–, explicaremos la norma contenida en el artículo 61. En ella se prevé que la posibilidad de reemplazar por medios mecánicos la teneduría de los libros Diario y demás libros auxiliares, a excepción del de Inventario y Balance.

Recordemos que el artículo 322 del CCCN –Ley N° 26994–, establece cuáles son los libros contables obligatorios para todos los destinatarios de la norma del artículo 320, disponiendo que son registros indispensables: el libro Diario y el de Inventario y Balances. El libro Diario es aquel en el que la sociedad debe asentar día por día sus operaciones, de donde podrá extraerse para cada caso quién es el acreedor y quién el deudor. El libro de Inventario y Balance es el que contiene todos los bienes y derechos de la sociedad, a la vez que las obligaciones que esta asuma.

Ahora bien, en el caso de las sociedades, existen determinados libros de uso obligatorio que son aquellos en los que quedarán asentadas las decisiones de los distintos órganos. En efecto, cada órgano social deberá llevar un libro de actas en el que constarán los pormenores de las decisiones que se adoptan.

En este sentido, si tomamos a las sociedades por acciones, veremos que son obligatorios los siguientes libros: a) de Actas de Directorio; b) de Acta de Asambleas; c) de Depósito de Acciones y de Registro de Asistencia a Asam-

bleas; d) de Acciones. El primer y segundo caso, son libros en donde se asienta quiénes concurren a la reunión, ya sea de directorio o bien de asamblea, qué se deliberó, quiénes votaron, y el resultado de esas deliberaciones; en el caso del libro de Depósito de Acciones, más comúnmente conocido como Registro de Asistencia a Asambleas, se anota a los accionistas que informaron su comparecencia (se trata de un requisito ineludible para poder participar de la asamblea); finalmente, el de Acciones es aquel en el que se anota quiénes integran la sociedad y las sucesivas transmisiones de acciones. Se trata este último de un registro privado.

Si bien no será explicado en este manual el contenido de los estados contables, cuestión que requiere de un análisis mucho más exhaustivo de las normas contenidas en la sección de la ley aquí analizada, diremos sí, que los mismos deben ser presentados anualmente al cierre de cada ejercicio económico, que deben ser confeccionados a instancias del directorio y puestos a consideración de los socios para su aprobación por asamblea. Los estados contables son necesarios en el funcionamiento de las sociedades para diversos fines, entre los que se destacan la información a los socios, el reparto de ganancias, la determinación de los honorarios de los miembros del directorio, como así también la información a terceros ajenos a la sociedad (como proveedores, por ejemplo).

Tipicidad. Diferentes tipos societarios

Al referirnos a los elementos específicos del contrato de sociedad, los que su vez surgen de la norma del artículo 1 de la Ley N° 19550, mencionamos la cuestión de la tipicidad, la que es exigida a los fines de considerar regular a una sociedad. Indicamos asimismo que una sociedad que no se ajusta a uno de los tipos previstos en la ley, caerá bajo el ámbito de las normas de la Sección IV. Se impone en este punto, la necesidad de analizar concretamente cuáles son los tipos sociales previstos en la Ley N° 19550.

Podemos decir que existen tres grandes grupos de sociedades (todas legisladas por el Capítulo II de la ley), si las clasificamos en orden a la forma en que se divide su capital social. En efecto, tenemos a las sociedades por partes

de interés, a las sociedades de cuotas (veremos que solamente un tipo social forma parte de esta clasificación) y a las sociedades de acciones.

Dentro de las sociedades por partes de interés, que también reciben el nombre de “sociedades de personas”, hallamos los siguientes tipos sociales: sociedad colectiva (Sección I); sociedad en comandita simple (Sección II); sociedad de capital e industria (Sección III). Es sociedades por cuotas, la sociedad de responsabilidad limitada (Sección IV). Finalmente, son sociedades de acciones: la sociedad anónima (Sección V), sociedad con participación estatal mayoritaria (Sección VI), sociedad en comandita por acciones (Sección VII).

Es decir, que a lo largo del Capítulo II de la Ley General de Sociedades, se legisla sobre cada tipo social.

No obstante la ya indicada limitación que en el tratamiento de las sociedades nos viene impuesto por la materia, sí podemos afirmar que atento los conceptos generales tratados a lo largo del presente capítulo sobre las personas jurídicas privadas en general, y sobre las sociedades en particular, nos hallamos en condiciones de dar tratamiento a las características más sobresalientes de cada uno de los tipos sociales antes detallados.

A) Sociedades por partes de interés o personalistas: Las sociedades que cuadran dentro de esta clase, son aquellas en las que –como su nombre lo indica– el elemento personal es muy fuerte, es decir, donde importa quiénes la conforman por sus características personales.

1. Sociedades colectivas: En este tipo social, los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales. Es decir, que al momento de hacer frente a las deudas de la sociedad, pueden los socios oponer el beneficio de excusión de los bienes sociales; sin embargo, los acreedores de la sociedad pueden cobrarse el total de la deuda de cualquiera de los socios (que a la vez podrá accionar por repetición contra el resto de sus consocios); finalmente, todos los socios responden sin limitación alguna, pudiendo el acreedor de que se trate ir contra los bienes del socios por el total de la deuda. Veremos que existen otros tipos sociales donde esta responsabilidad puede hallar un límite, no así en el caso de las sociedades colectivas.

En cuanto a su funcionamiento, administran a la sociedad cualquiera de los socios si no existe previsión específica al respecto; el órgano de gobierno se

denomina reunión de socios y no existe un órgano de fiscalización. Sobre el estado actual de este tipo de sociedades, ha dicho Pisani:

Esta sociedad es de muy escasa utilización en la actualidad, debido a que el régimen de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales hace que estos comprometan todo su patrimonio. En los últimos tiempos, se tiende a utilizar más los tipos societarios que limitan la responsabilidad de los socios.

2. Sociedades en comandita simple: Este tipo social se caracteriza por la existencia en su seno de dos tipos de socios, los comanditarios y los comanditados. Estos últimos responden como los socios de la sociedad colectiva, mientras que los primeros responden solo por el monto del capital que se obliguen a aportar, y su aporte solamente puede consistir en obligaciones de dar. Solamente los socios comanditados pueden administrar a este tipo de sociedades. También en este caso, el órgano de gobierno es la reunión de socios, y únicamente pueden administrar la sociedad los socios comanditados o terceros designados al efecto.

3. Sociedades de capital e industria: También en este caso existen dos tipos de socios, los capitalistas y los industriales. El régimen de responsabilidad es el siguiente: los socios capitalistas responden como los socios de la sociedad colectiva, mientras que los industriales lo hacen hasta las ganancias devengadas y aún no cobradas por ellos. El órgano de gobierno también se denomina reunión de socios, y la administración y representación puede ser ejercida por cualquiera de los socios.

Finalizamos el tratamiento de las sociedades personalistas con un comentario de Nissen, donde nos brinda un panorama actual de la cuestión:

Las sociedades en comandita simple tuvieron su relativo auge hasta las primeras décadas de este siglo, pues ofrecían la posibilidad de limitar la responsabilidad de los socios comanditarios, sin recurrir al molde de la sociedad anónima, sujeta al cumplimiento de estrictos requisitos y de autorización estatal, pero la aparición de las sociedades de responsabilidad limitada en el año 1932

(Ley N° 11645) puso prácticamente fin a su existencia, que quedó reservada casi exclusivamente y hasta hace muy pocos años para la actividad farmacéutica, por expresa directiva de la Ley N° 17565. Por su parte, las sociedades de capital e industria solo sirvieron para consumir el fraude laboral disfrazando al trabajador, de socio industrial y al patrón de socio capitalista.

B) Sociedades de responsabilidad limitada: Dentro de la segunda clase de sociedades, encontramos a la sociedad en la que su capital se divide en las denominadas cuotas. Los socios asumen una responsabilidad limitada al monto del capital que representan las cuotas de que son titulares. Se establece en cincuenta el número máximo de socios.

El órgano de administración y representación recibe el nombre de “gerencia”. En cuanto al órgano de gobierno, se denomina también “reunión de socios”, aunque al respecto existe una particularidad, dado que será este el órgano si está expresamente previsto en el contrato constitutivo; ahora bien, si esto no fuera así, las decisiones del órgano de gobierno se adoptarán por un sistema de consultas que impulsará la gerencia, luego del cual los socios tendrán diez días para expedirse, o bien por unanimidad de votos que deberá constar en declaración escrita. Es dable señalar que la mayoría de las sociedades de responsabilidad limitada adoptan en su funcionamiento la celebración de reuniones de socios. Sobre la fiscalización, la existencia del órgano respectivo es optativa para el ente, salvo que su capital social supere la suma de \$ 10.000.000 (diez millones de pesos).

Sobre la situación actual de este tipo social, ha dicho Pisani:

En la actualidad, junto con la sociedad anónima es uno de los tipos sociales de mayor utilización en la actividad comercial. La limitación de la responsabilidad de los socios y su sencillez operativa por falta de excesivos rigorismos formales, tanto al momento de su constitución como de su posterior funcionamiento, significó su definitiva recepción en la práctica comercial. Usualmente se la utiliza para emprendimientos menores y se deja a las sociedades anónimas para los emprendimientos de mayor envergadura, aunque esto no sea una regla fija.

C) Las sociedades por acciones

1. Sociedades anónimas: Los socios limitan su responsabilidad al monto de las acciones que suscriben. La ley establece como capital mínimo de este tipo de sociedades, el de \$ 100.000 (cien mil pesos). La ley general de sociedades regula en forma muy minuciosa el funcionamiento de los órganos de este tipo social.

El órgano de gobierno es la asamblea que, dependiendo del temario a tratar, será ordinaria o extraordinaria, y se hallará sujeta a diferentes exigencias en cuanto al quórum (cantidad mínima de socios que requiere para constituirse) y mayorías (cantidad de votos necesarios para la adopción de decisiones). Se establece asimismo para este tipo social que la convocatoria deberá realizarse por edictos, salvo que todos los socios hayan comprometido asistencia al acto asambleario y voten en forma unánime.

La administración y representación de las sociedades anónimas se encuentra a cargo de un directorio, el que dados determinados presupuestos deberá ser plural. Es importante resaltar que la Ley General de Sociedades ha regulado el funcionamiento del directorio en forma por demás acabada, estableciendo pautas aplicables al resto de los órganos de gobierno correspondientes a otros tipos sociales.

La existencia o no de un órgano de fiscalización dependerá de si la sociedad encuadra o no en lo dispuesto por el artículo 299 (Las sociedades anónimas que hacen oferta pública de acciones; sociedades con capital mayor a \$ 10.000.000 (diez millones de pesos); sociedades de economía mixta o que se encuentren comprendidas en la Sección VI; sociedades que realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; sociedades que exploten concesiones o servicios públicos; sociedades controlantes de o controladas por otra u otras sujetas a fiscalización; sociedades anónimas unipersonales).

2. Sociedades con participación estatal mayoritaria: Se encuentran previstas en los artículos 308 a 314, y son aquellas que se caracterizan porque el Estado es propietario de por lo menos el 51% de las acciones y prevalece por sobre el resto de los socios en el órgano de gobierno.

3. Sociedades en comandita por acciones: También en este caso, existen dentro de este tipo de sociedades dos clases de socios: los comanditados, que responden del mismo modo que los socios colectivos, es decir, en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria, y que encuentran que su participación en el capital social se encuentra representado por partes de interés; y los socios comanditarios, que responden en forma limitada a su participación en la sociedad, participación que se ve representada por acciones. Se rigen en cuanto al funcionamiento del órgano de administración y representación, el mismo puede estar a cargo de un tercero o socio comanditado, mientras que al órgano de gobierno se le aplican las normas de las sociedades anónimas, remisión que también se formula en relación al órgano de fiscalización.

Las sociedades unipersonales

De la nueva redacción dada al artículo 1 de la Ley N° 19550 es de donde podemos extraer la posibilidad de que se constituyan sociedades de un solo socio. En efecto, “habrá sociedad cuando una o más personas...”.

Conforme lo dijéramos en anteriores párrafos, la ley no ha dedicado una sección especial a este tipo de sociedades, sino que ha efectuado una regulación de las mismas, mediante la inclusión de previsiones específicas en los artículos que ya existían. Del análisis de esas normas se deprenden las características más importantes:

- una sociedad unipersonal, solamente puede constituirse como una sociedad anónima;
- el aporte de los socios debe integrarse en un 100% al momento de constituirse (en el resto de las sociedades anónimas ese aporte puede terminar de efectivizarse en el plazo de dos años).

En relación a este tipo de sociedades, debemos señalar que si bien en un principio se les impuso contar con directorio y sindicatura plurales, dichos requisitos fueron luego suprimidos por la modificación que la Ley N° 27290 (del 19 de octubre de 2016), hizo a los **artículos** 255 y 284 de la Ley N° 19550.

Acerca de su utilización, es dable citar a Eduardo F. Dubois quien ha dicho que:

En cuanto a la utilización de la nueva figura, consideramos dos casos posibles: En primer lugar, el de la 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. En segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al art. 299 LS (con tres síndicos y tres directores), la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada. Lo que queda claro es que la nueva figura no atiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual

Si bien entendemos que a este tipo de sociedades resulta una novedad y, por ende, debe dársele al instituto la posibilidad de que se desarrolle en el medio comercial, adherimos a la crítica que formula Vítolo, en el sentido de que debió imponerse el tipo social Sociedad de Responsabilidad Limitada, en lugar del de Anónima a las sociedades unipersonales. Ello pues en estas últimas la tenencia de acciones y por ende la calidad de socios de sus integrantes surge únicamente de un registro privado (registro de acciones), mientras que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, se impone que las transferencias de cuotas sean inscriptas en el Registro Público. Entendemos que de haberse incluido la previsión de que el tipo social a adoptar fuera el de las sociedades de responsabilidad limitada se habría podido dar mayor transparencia al ente.

Unidad IV

Obligaciones especiales

1. EL REGISTRO PÚBLICO

Nociones generales.
Organización. Actos que deben
ser registrados

El Registro Público

Nociones generales

El Registro Público –llamado “de Comercio” con anterioridad a la entrada en vigor del CCCN– es una oficina estatal que tiene en la actualidad la misión de registrar actos jurídicos y documentos celebrados en el marco de las distintas relaciones que, en cuanto a esta materia refiere, ocupan al derecho comercial. Esos registros permiten la oponibilidad frente a terceros de lo inscripto y son fuente de consulta para aquellos que pudieran tener interés respecto de tales anotaciones; por ejemplo, para celebrar un contrato con una sociedad es aconsejable conocer su situación contable y quiénes son sus autoridades o representantes.

Y si bien existen otros registros a quienes compete una distinta gama de anotaciones, como el de Estado Civil y Capacidad de las Personas o el de la Propiedad Inmueble, aquí solo haremos referencia a la inscripción de los actos o documentos inherentes a la asignatura mercantil.

En primer lugar, es conveniente señalar que ya no se cuenta en el código de fondo con normas específicas que refieran propiamente al Registro –como sí lo hacía el viejo Código de Comercio, por ejemplo, en su artículo 34– y se ha optado directamente por referir a los actos y documentos de los que debe tomar nota.

Permanece vigente, pese a la modificación de la legislación, cuanto explican Fernández-Gómez Leo respecto de la fisonomía dual que presenta la regulación nacional: “se lo aprecia como de neto corte *jurisdiccional* en tanto valorar y decide sobre la admisibilidad o rechazo de las inscripciones [...] de los contratos comerciales” (v. gr., sociedades comerciales, agrupaciones de colaboración, fideicomiso, etc.); “y tiene carácter preferentemente *administrativo* en cuanto al procedimiento de rúbricas de los libros de contabilidad”, además de la recientemente incorporada obligación de llevar lista alfabética de quienes soliciten tal individualización de sus registros o pidan autorización para hacerlo de otro modo –asunto que abordaremos con mayor detenimiento al tratar el aspecto de la contabilidad–.

Dichos autores también precisan el carácter publicístico y realista de este organismo. Publicístico: pues “constituye una verdadera publicidad legal de los actos que se debe inscribir, a fin de que sean oponibles a terceros”. Y en el supuesto de los documentos inscriptos, otorgarles fecha cierta, y además porque debería posibilitar que todo individuo pueda consultar la información recolectada a los fines de verificar la situación personal o patrimonial de las personas involucradas (v. gr., integrantes o capital de una sociedad, administradores de una unión transitoria). Realista: debido a que las inscripciones siempre se corresponden con actos celebrados con anterioridad que existen y son válidos por sí mismos pero que, tras esa anotación, quedan pública y registralmente exteriorizados.

Organización

En la actualidad, como fue referido precedentemente, el desarrollo de las tareas del Registro Público no se encuentra unificado bajo un organismo con alcance nacional, sino que es cada jurisdicción quien organiza su funcionamiento –aunque sería de gran utilidad lograr al menos la centralización de la información que albergan–.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es la Inspección General de Justicia quien tiene a su cargo las funciones del Registro Público sobre la materia comercial conforme la Ley N° 22316 que dispuso su creación. En

el territorio de la Provincia de Buenos Aires es la Dirección de Personas Jurídicas quien desempeña similar labor y es una dependencia que se encuentra bajo la órbita de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de esa provincia.

Recientemente ambos registros han receptado en su reglamentación y funcionamiento las modificaciones que trajo la entrada en vigor del CCCN mediante la aprobación de nuevos dispositivos normativos: la IGJ a través de la Resolución General N° 7/2015 y la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires mediante la Disposición General N° 45/2015.

Actos que deben ser registrados

De acuerdo con las prerrogativas del CCCN –Ley N° 26994– y la demás legislación pertinente, y en orden a la materia propiamente comercial, puede enunciarse una serie de actos susceptibles de anotación bajo los siguientes tópicos:

a) Personas jurídicas: lleva, a grandes rasgos, registro de la inscripción y cancelación de las personas jurídicas (por ej., asociaciones civiles, conforme al art. 169 del CCCN –Ley N° 26994–; sociedades, de acuerdo con los artículos 5 y 112 de la Ley N° 19550; etc.) y de los documentos que ellas deben hacer públicos frente a terceros (tales como sus estatutos o contratos, reglamentos, estados contables aprobados, autoridades designadas, actas de las reuniones de los distintos órganos –según correspondiese–, etc.). Y además, en particular, toma especial anotación de cuanto refiere a las sociedades extranjeras (conf. arts. 118-124 de la Ley N° 19550).

b) Contratos comerciales: allí deben inscribirse los contratos de las agrupaciones de colaboración (art. 1455 del CCCN –Ley N° 26994–), uniones transitorias (art. 1466 del CCCN –Ley N° 26994–), consorcios de cooperación (art. 1473 del CCCN –Ley N° 26994–), *leasing* (art. 1234 del CCCN –Ley N° 26994–), fideicomiso (art. 1669 del CCCN –Ley N° 26994–), entre otros.

c) Contabilidad: también, conforme veremos a continuación, el registro se encarga de la individualización de los libros contables, debe tener un registro alfabético de quienes llevan contabilidad (art. 323 del CCCN –Ley N° 26994–), y

autoriza el empleo de medios alternativos para efectuar las registraciones contables (art. 329 del CCCN –Ley N° 26994–).

d) Matrícula: según las leyes especiales, debe inscribirse en el registro la matrícula de ciertos auxiliares de comercio como los martilleros y corredores (arts. 3 y 33 de la Ley N° 20266).

e) Transferencia de establecimientos comerciales e industriales: el registro debe tener un libro para la anotación de esas transferencias en los términos del art. 12 de la Ley N° 11867.

2. CONTABILIDAD

Tratamiento en el CCCN (arts. 320 a 331). Obligados, facultados y exceptuados. Modo de llevar la contabilidad. Libros y registros indispensables. Estados contables. Conservación. Sustitución. Eficacia probatoria. Investigaciones

Contabilidad

Tratamiento en el CCCN (arts. 320 a 331)

La contabilidad es una disciplina técnica que a partir del procesamiento de datos sobre la composición y evolución del patrimonio de un ente, los bienes de propiedad de terceros en su poder y ciertas contingencias, produce información (expresada principalmente en moneda) para la toma de decisiones de administradores y terceros interesados y para la vigilancia de los recursos y obligaciones que posee.

Esa información que provee es vital, pues el titular puede anoticiarse de la suerte de su negocio o indagar sobre el éxito de la administración encomendada, los socios pueden informarse sobre la marcha de la sociedad y su derecho al cobro de dividendos, los terceros sobre la conveniencia de contratar con determinado sujeto y la factibilidad de otorgarle financiación y el Estado puede establecer la base imponible para el cálculo de un impuesto, entre muchos otros ejemplos.

La cuestión actualmente se encuentra regulada en los artículos 320 a 331 de la Sección Séptima: “Contabilidad y Estados Contables”, Capítulo 5: “Actos Jurídicos”, Título IV: “Hechos y actos jurídicos”, Libro Primero del Código Civil y Comercial de la Nación –Ley N° 26994–.

Obligados, facultados y exceptuados

El artículo 320 del CCCN estipula quiénes se encuentran obligados a llevar contabilidad, quiénes se encuentran facultados a hacerlo aun cuando no estén obligados y los exceptuados de cumplir con esta obligación.

Vale la pena aclarar que aun cuando se discute si la contabilidad resulta propiamente una obligación –pues nadie puede forzar a un sujeto a llevarla–, ciertamente provee ventajas a quien lo hace, tales como su valor probatorio en juicio, su utilidad para informar a los propios titulares acerca del estado de la empresa o hasta la posibilidad de constituir una buena herramienta para persuadir a terceros interesados en invertir o contratar con ella, entre otras.

a) Obligados:

1. Las personas jurídicas privadas: quedan aquí comprendidos los sujetos enumerados en el artículo 148 del CCCN (sociedades; asociaciones civiles; simples asociaciones; fundaciones; iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; mutuales; cooperativas; consorcio de propiedad horizontal; “toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”: v. gr., entidades financieras, aseguradoras, sociedades de garantía recíproca, etc.).

Además, si correspondiese, cada persona jurídica privada deberá ceñirse a las reglamentaciones propias que le atañen. Tal es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas que han de confeccionar estados contables de acuerdo con lo estipulado en los artículos 61 a 73 de la Ley General de Sociedades, las entidades financieras con sujeción al artículo 36 de la Ley N° 21526 o las cooperativas conforme los artículos 37 a 46 de la Ley N° 20337 –entre muchos otros casos–.

2. Las personas humanas: el artículo bajo análisis dispone seguidamente la obligación que en este sentido pesa sobre las personas humanas que realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Lorenzetti explica que los conceptos de “actividad económica organizada” y “empresa” referidos por el precepto no aluden a cosas distintas. Es que según

el concepto económico de empresa, esta solo puede definirse como organización de capital para el trabajo, destinada a la producción y mediación de bienes y servicios para el mercado. Por otro lado, el concepto de “establecimiento” se vincula a la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa. Sin embargo, dice el citado autor, que aun cuando se presentan nítidas diferencias entre ambos conceptos (empresa y establecimiento), lo cierto es que el artículo 320 del código adopta el criterio de lo que generalmente ocurre, o sea, que la empresa y el establecimiento se explican recíprocamente como un mismo fenómeno, en el que el sujeto aparece como su titular. No obstante, de acuerdo a la distinción que realiza el artículo, también estarán obligados a llevar la contabilidad aquellas personas físicas que, sin ser empresarias, es decir, sin ser titulares de empresas, realicen una actividad económica organizada que no llegue a ser una empresa.

b) Facultados:

A su vez la norma estipula que cualquier persona inscripta, previa habilitación de sus registros o rubricación de los libros, podrá llevar contabilidad con sujeción a lo determinado en esta sección. Se trata de brindar la opción a todos aquellos que no se hallen compelidos por la norma pero que deseen hacerlo por los distintos beneficios que derivan de una contabilidad ordenada y ajustada a las exigencias legales.

c) Exceptuados:

La legislación prevé que las personas humanas que ejercen profesiones liberales (por ejemplo, un médico, arquitecto, abogado o psicólogo) o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa, podrán prescindir de llevar la contabilidad legalmente dispuesta –sin perjuicio de cuanto dispongan las leyes especiales–. De modo que para esta exención rige el requerimiento de que no haya una organización de la actividad que trascienda a terceros. Es decir, aunque la actividad profesional se ejerza junto con otros profesionales compartiendo estructura y costos, mientras las relaciones con los terceros sean ejercidas individualmente no habrá obligación de llevar la contabilidad. Si, en cambio, se crea una persona jurídica –por ejemplo una sociedad comercial– a los mismos efectos, entonces sí habrá obligación de llevar la contabilidad.

En orden a las actividades conexas, la norma las define como “las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades” y con esta disposición el legislador excluyó del concepto de empresa a aquellas pequeñas actividades complementarias de la explotación agropecuaria (como, por ejemplo, la producción familiar de mermeladas por parte de una familia que cosecha los frutos de los árboles de su terreno).

Finalmente, también pueden quedar eximidas aquellas actividades cuyo volumen de operaciones torne desaconsejable la imposición de esta obligación –siempre que así lo establezcan las jurisdicciones locales– (por ejemplo, un quiosco escolar).

Modo de llevar la contabilidad

Reza el artículo 321 del CCCN:

La contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras...

De allí se desprende la exigencia de un sistema de partida doble, un método de registración contable por el cual: a) las anotaciones referidas a cada hecho se efectúan en no menos de dos cuentas (de allí su denominación) y b) los saldos de las cuentas empleadas deben balancear (su suma algebraica debe ser igual a cero). En el debe, que es la primera columna que aparece, se lleva la cuenta de lo que se recibe (activo, disminución del pasivo y del patrimonio neto y los gastos). En el haber, segunda columna del sistema de doble partida, se anota cuanto sale (disminución del activo, aumento del pasivo y del patrimonio neto e ingresos).

Muguillo aporta una perspectiva más sencilla. Explica que el sistema de doble partida se registra en dos columnas llamadas “debe” y “haber” y parte de la base de que nunca hay deudor sin acreedor. De un lado, la cuenta deudora se

determina por la respuesta a las preguntas: ¿Qué gasto? ¿Qué entra? ¿Quién o que cuenta recibe?; del otro, la acreedora atiende a los cuestionamientos: ¿Qué vendo? ¿Qué sale? ¿Quién o que cuenta entrega?

Asimismo, la norma determina que los asientos contables encuentren apoyo en la documentación respectiva (por ejemplo, si se trata de una operación de compra, que se cuente con la factura que la instrumentó) y exige que sea guardada o archivada “en forma metódica” de modo que sea posible –y hasta facilite– su localización y consulta. Tal respaldo halla justificación en la necesidad de acreditar el contenido del asiento contable que, en definitiva, no resulta más que una creación unilateral del titular de los registros y carece de autosuficiencia a los fines demostrativos.

Pero a su vez hay más requisitos que fija la legislación entre los artículos 323 y 325 del CCCN –Ley N° 26994–.

El artículo 323 del CCCN determina que a) tienen que estar encuadrados y b) deben ser presentados ante el Registro Público para su individualización; esto es, la anotación fechada y firmada en el primer folio respecto de su destino, con precisión del número de ejemplar, nombre del titular y cantidad de folios que contiene.

Dicha norma pone en cabeza del Registro Público la obligación de llevar una nómina alfabética, que es pública, de quienes soliciten la rubricación de sus libros o la autorización para emplear otros medios a tal fin como de los libros presentados para su individualización y las autorizaciones concedidas para emplear medios alternativos de registro o resguardo (ver más abajo, Sustitución).

El artículo 324 del CCCN prohíbe que se altere el orden en que deben hacerse las anotaciones y que se dejen blancos para intercalar o agregar asientos. Las enmiendas deben realizarse a través de un asiento nuevo practicado el día en que se advirtió el error y/u omisión. Tampoco podrá afectarse la encuadración y foliatura mediante la mutilación o el desprendimiento de hojas. La enumeración que realiza el artículo acerca de los actos prohibidos es meramente enunciativa, por lo tanto, como principio general puede establecerse que está prohibida cualquier forma de alterar o adulterar las anotaciones. Ello, con el objeto de preservar la veracidad de la información contenida en estos registros y también su valor probatorio.

Por último, el artículo 325 del CCCN agrega a la forma de llevar las registraciones contables que sigan un orden cronológico –salvo los asientos que fueran salvados–, se encuentren actualizadas y se anoten en idioma y moneda nacional. Deben permitir determinar la situación patrimonial, su evolución y resultados al cierre de cada ejercicio económico anual –todo lo cual, como se verá más adelante, quedará exhibido en los estados contables–.

Los registros, como principio, deben hallarse en el domicilio de su titular para facilitar el eventual trabajo de los organismos de control.

Libros y registros indispensables

Los registros indispensables para un adecuado sistema contable se encuentran previstos en esta ley en los cuatro incisos que trae el artículo 322 del CCCN.

- a) Diario: Este registro es el más importante ya que, conforme el artículo 327 del CCCN, en él se deben anotar de forma cronológica “todas las operaciones relativas a la actividad de la persona que tienen efecto sobre su patrimonio”. Las registraciones pueden ser individuales y de modo diario o también epilografarse por periodos que no excedan el mes; supuesto, este último, en el corresponderá desglosar las operaciones día por día en libros subdiarios llevados bajo las mismas reglas de los artículos 323, 324 y 325 del CCCN. El libro llamado “Caja” también debe incluirse en el Diario con iguales formalidades;
- b) Inventario y balances: La legislación ha obviado la descripción del contenido de este registro –aunque el Código de Comercio sí lo hacía en su artículo 48–. No obstante, es posible delinear su composición mediante la individualización de los elementos que lo integran: con el nacimiento de la actividad debe formularse un inventario –que consiste en la descripción detallada de los bienes y derechos con los que se inicia el negocio– y luego, al momento del cierre de cada ejercicio, se copiarán los estados contables confeccionados que reflejen detalladamente el patrimonio del ente y la actualización del inventario –ya sea por la variación de su composición o de las valuaciones de los conceptos registrados–.
- c) Aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exigen la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar.

Aquí podría incluirse el Libro Mayor –registro en el que se consigna el movimiento producido en cada una de las cuentas contables de una empresa–, cuya ausencia en la nueva legislación ha sido fuertemente criticada puesto que resulta sumamente necesario para llevar en forma ordenada el sistema contable que se propone. En efecto, la confección de estos registros que acopian todos los movimientos por cuenta es indispensable para transmitir la información del libro Diario a los estados contables que periódicamente deben realizarse.

d) Los que en forma especial impone este código y otras leyes.

Encontramos a lo largo de la legislación una enorme cantidad de registros que se exigen en particular para determinadas actividades o contratos en leyes especiales. Por ejemplo: la Ley N° 19550 exige en sus artículos 73 y 213 que las sociedades anónimas lleven libros de actas de las deliberaciones tomadas en la asamblea y en las reuniones de directorio y, asimismo, un libro de registro de acciones; por otra parte, la Ley N° 25028 establece en su artículo 35 que los corredores deben llevar un libro de registro; la reglamentación de la Ley N° 20091, que regula la actividad aseguradora (Resolución N° 38708/2014 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), precisa la obligación de llevar un libro de denuncias de siniestros y uno de actuaciones judiciales, entre muchos otros ejemplos.

Estados contables

El legislador previó en el artículo 326 del CCCN la obligación de elaborar al cierre de cada ejercicio los estados contables –compuestos, al menos, por un estado de situación patrimonial y un estado de resultados– con su anotación en el registro de inventario y balances.

El estado de situación patrimonial o balance permitirá conocer sustancialmente la composición del activo, pasivo y patrimonio neto del sujeto a la fecha de cierre del ejercicio, y el estado de resultados exhibirá la variación de los ingresos y egresos y las causas de las ganancias o pérdidas verificadas también durante ese período.

La exigencia de estos estados contables mínimos es útil porque brinda importante información tanto al propio titular de los registros sobre el avance de su negocios como a los terceros que tuvieren interés en conocer la situación

económica del titular de los libros –tal como se ejemplificó al comenzar el estudio del tema– y es a dichos efectos que la ley impone el modo en que deben ser llevados a cabo.

Su periodicidad anual deriva de una adecuada interpretación de la norma. Pero la regulación nada dice con relación a su confección por lapsos menores ni deja de lado la legislación específica que pudiera exigir términos abreviados. Además, mediante la nueva redacción ha quedado atrás la anterior disquisición que el Código de Comercio efectuaba entre los comerciantes mayoristas –que debían confeccionarlos anualmente– y los minoristas –que podían elaborarlos cada tres años–.

Conservación

Se fija como principio general en el artículo 328 del CCCN que los registros contables sean conservados por el plazo de diez años –salvo que las leyes especiales extiendan este término–.

El inicio del cómputo de ese plazo variará según el registro del que se trate: a) en los libros de contables el lapso principiará en la fecha del último asiento, b) si se trata de otros registros será desde la última anotación y c) en el supuesto de la documentación corresponderá su cómputo desde la fecha de su emisión. La obligación aquí concernida ocupa también a los herederos del causante, quienes deberán resguardar los registros de la contabilidad por los plazos recién mencionados y exhibirlos de conformidad con lo previsto para el supuesto de investigación que regula el artículo 331 del CCCN que abordaremos debajo en el título VIII.

Sustitución

El CCCN –Ley N° 26994– prevé en su artículo 329 dos alternativas que permiten superar la conservación de los libros y documentación en formato papel –receptando las nuevas opciones que en este sentido permite el avance de la tecnología y en línea con lo ya dispuesto al respecto en el artículo 61 de la Ley General de Sociedades–.

Así, a través del empleo de “ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos” es posible reemplazar los libros –con excepción del Inventario y Balances– o algunas de las formalidades que se requieren, siempre y cuando sea factible la posterior individualización y verificación de las operaciones y de las cuentas deudoras o acreedoras.

También la norma permite la conservación de la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para tal fin.

Sin embargo, este procedimiento requiere que a) se curse previa autorización en el Registro Público del domicilio con precisión del sistema a emplear, dictamen técnico emitido por un contador público e individualización de los antecedentes de su utilización; b) una vez concedida la autorización –que solo cabe otorgar si la modalidad alternativa propuesta equipara al sistema reemplazado en cuanto a la inviolabilidad, verosimilitud y completitud–, la resolución administrativa sea copiada en el libro Inventario y Balances.

Eficacia probatoria

La eficacia probatoria de los registros contables está regulada por el artículo 330 del CCCN y mantiene principalmente el esquema que tenía el anterior artículo 63 del Código de Comercio, que ya admitía los libros como medio de prueba para acreditar determinadas circunstancias del comerciante y su empresa.

1. Primero se establece la regla general: en un pleito entre sujetos que llevan contabilidad –ya sea obligada o voluntaria–, los registros deben ser aceptados como medio de prueba en la controversia judicial si cumplen con las formas legales requeridas.

2. De todos modos, se prevé a continuación que los registros hacen plena prueba contra su titular –y sus herederos– aun cuando no se satisficieren los requisitos de forma sin que pueda ser admitida otra evidencia en contrario. Esto quiere decir, que nadie puede ir contra sus propios actos o hacer valer un derecho que contraríe o sea incompatible con una acción ejecutada con anterioridad.

Aclara la previsión que, una vez elegida esta vía probatoria, el contrincante habrá de estar a las “resultas combinadas” que muestren las anotaciones sobre la

cuestión discutida; es decir, que no podrá hacer uso selectivo de las anotaciones que lo favorezcan y dejar de lado aquellas que perjudiquen su pretensión.

3. Los registros contables también prueban a favor de su titular si la parte contraria tuviese contabilidad –obligada o voluntaria– y no la exhibiese en el juicio. Pero en este caso la regulación permite que el magistrado valore ese medio probatorio y pueda exigir, si lo estimase menester, la producción de otra prueba complementaria.

4. Se presenta como otra hipótesis que ambos litigantes tuvieran su contabilidad en legal forma y que de ella se desprendiese prueba contradictoria. En este supuesto la ley ordena al juez prescindir de la ponderación de este elemento probatorio para el dictado de la sentencia y acudir a los demás que se hubieran instruido.

5. Finalmente, en caso de tratarse de una controversia entablada respecto de quien no está obligado a llevar contabilidad, el resultado que arroje la contabilidad de la parte obligada solo será apreciada por el juez como principio de prueba por escrito.

Investigaciones

Con arreglo al artículo 331 del CCCN –Ley N° 26994–, rige como principio la imposibilidad de toda autoridad de realizar pesquisas de oficio con el objeto de comprobar si las personas llevan o no registros con arreglo a las previsiones precedentes, salvo aquellos casos particulares contemplados en leyes especiales (v. gr., la Superintendencia de Seguros de la Nación puede examinar los libros de los aseguradores conforme al artículo 68 de la Ley N° 20091). Esta prerrogativa pretende consagrar la confidencialidad de la información contenida en dichos registros.

Además, corresponde producir la instrucción probatoria sobre la contabilidad en el domicilio del titular (artículo 325, último párrafo, CCCN), que es el lugar en el que se encuentra obligado a conservar sus libros. Sin que para ello constituya óbice la ausencia de jurisdicción territorial del juez que la disponga.

La previsión también indica que la exhibición general de la contabilidad, a pedido de las partes, solo puede ser admitida en los juicios de sucesión, en todo tipo de comunión, en contrato asociativo o sociedad, en la administración por cuenta ajena y en casos de liquidación, concurso o quiebra.

En cualquier otro supuesto la consulta de los registros contables será viable en la medida en que dicha exhibición tenga vínculo con la materia debatida o para determinar si la contabilidad del obligado satisface los requisitos de forma y condición descriptos más arriba (arts. 323 a 325 del CCCN –Ley N° 26994–).

**3. REPRESENTACIÓN
COMERCIAL (ART.
367 DEL CCCN).
RENDICIÓN DE
CUENTAS (ARTS. 858 A
864 DEL CCCN)**

Introducción. Requisitos.
Obligados. Oportunidad.
Aprobación. Saldo

Representación comercial

Introducción

Es habitual que el empresario recurra a auxiliares para el desempeño de su función. En capítulos anteriores hemos analizado la figura de los auxiliares del comercio.

El artículo 367 del Código Civil y Comercial de la Nación tutela a la apariencia como fuente de representación. En este caso, el artículo protege a los consumidores y en general a quienes intervienen en el giro comercial de un negocio, frente a los actos que realice el representante, aunque no exista un mandato expreso o tácito.

En la representación aparente se considera creada una apariencia de mandato que no descansa en una real intención del mandante. Se trata de un supuesto excepcional en el que el mandante aparente puede quedar obligado por la actuación de quien frente a terceros aparenta contar con facultades suficientes. El artículo señala que cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente.

La representación surge de la propia actividad, la cual crea una apariencia que hace creer razonablemente que el sujeto que realiza el acto estaba facultado para realizarlo. Lorenzetti explica que la exigencia de razonabilidad implica que la creencia del tercero de que actuaba con el representante de otro haya surgido de las circunstancias del acto naturalmente.

La norma postula tres situaciones en las que se presume que existe representación:

- a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de este;
- b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan;
- c) los dependientes encargados de entregar mercadería fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

Se trata de tres situaciones fácticas en donde no hace falta demostrar que se había otorgado poder de manera convencional. Se reconoce la apariencia como suficiente para generar representación.

Esta norma debe ser interpretada en forma concurrente con otros principios para evitar abusos en su aplicación, como la buena fe en las obligaciones en general; la seguridad jurídica, la confianza creada en el tráfico, la protección de terceros, etc.

Debe existir también una conducta del tercero que ha creído en la apariencia. Aunque esa confianza no es subjetiva sino objetiva, generalizable, valorable según el *standard* de una persona común que obra de buena fe. Es necesario que el tercero no haya podido conocer la verdadera situación empleando una diligencia media.

Un ejemplo que se da con frecuencia en materia de seguros es que el productor, pese a no ser un agente institorio, contrate pólizas y perciba las primas en cuotas, con acreditación de los pagos en los registros de la aseguradora, creando una apariencia de mandato que no puede ser utilizado en perjuicio del asegurado, que no está obligado a ir más allá de las diligencias razonables.

Rendición de cuentas

Requisitos

La rendición de cuentas es la descripción gráfica, sistematizada y documentada, acompañada de comprobantes e informaciones aclaratorias, de todo lo realizado en interés del *dueño del negocio* por el comerciante, que actúa en interés ajeno, determinando y detallando las circunstancias, procedimientos y modos, y estableciendo el resultado obtenido.

Antes era una de las obligaciones típicas de los comerciantes que actuaban por cuenta ajena. En el Código de Comercio derogado la rendición de cuentas estaba regulada por los artículos 68 a 74. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula un régimen de carácter general de la obligación de rendir cuentas en los artículos 858 a 864.

Este código define la cuenta como la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque se trate de un acto singular; y establece que hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada.

Cualquiera que realice una gestión de negocios ajenos, tiene la obligación de rendir cuentas. Es una obligación que surge del deber implícito de obrar con buena fe. Consiste básicamente en detallar qué actos fueron cumplidos, exponer el proceso económico y jurídico de los intereses administrados y, finalmente, explicar el resultado final.

Se impone que la rendición de cuentas se haga de modo descriptivo y documentado; que se incluyan las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; que a su vez, se acompañen los comprobantes de los ingresos y de los egresos, y además que todo concuerde con los libros que lleve quien deba rendir las cuentas.

Esto implica que rendir cuentas no es simplemente enviar un resumen o una liquidación, o poner los libros a disposición del interesado, sino que también es explicar el resultado de un negocio, justificar con los comprobantes necesarios y aclarar de qué modo se llegó a ese resultado.

Obligados

Básicamente está obligado a rendir cuentas todo aquel que actúa en interés ajeno, aunque sea en nombre propio. El artículo 860 del CCCN también obliga a quienes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio y a aquellos que deban hacerlo por disposición legal (v. gr., el administrador en la propiedad horizontal, el curador de un incapaz, el interventor judicial, etc.).

No necesariamente la rendición de cuentas debe ser realizada ante un juez o en el marco de una acción judicial, también puede ser privada.

En materia societaria, cuando nos encontramos frente a sociedades regularmente constituidas, la rendición de cuentas por parte de los representantes es sustituida por la presentación a los socios de los estados contables confeccionados por el órgano de administración en la reunión ordinaria de socios. Allí se ponen de manifiesto los resultados arrojados y la gestión empresarial. Es procedente, en cambio, la rendición de cuentas cuando las sociedades son constituidas en los términos de la Sección IV de la Ley N° 19550.

Oportunidad

En cuanto a la oportunidad en que se deben rendir las cuentas, el artículo 861 del CCCN establece que deberá practicarse de acuerdo a lo que hayan estipulado las partes o cuando lo disponga la ley. En su defecto, deberá practicarse al concluir el negocio, y si se trata de un negocio de ejecución continuada, al concluir cada uno de los períodos o al final del año calendario.

Aprobación

La rendición de cuentas puede ser aprobada expresamente o en forma tácita. La aprobación tácita se produce cuando el interesado no observó las cuentas en el plazo convenido o dispuesto por la ley, o si luego de presentadas en debida forma transcurre el plazo de treinta días. Transcurrido dicho plazo, sola-

mente podrán ser observadas por errores de cálculo o de registración dentro del plazo de caducidad de un año.

En cuanto a la aprobación de las cuentas, cuando se trate de un negocio de ejecución continuada, el código dispone que la aprobación de cuentas del último período implica la presunción de que también fueron aprobadas las rendiciones correspondientes a los períodos anteriores. Se trata de una presunción *iuris tantum*.

Saldos

Una vez que las cuentas fueron aprobadas, el saldo debe ser pagado en el plazo convenido por las partes o el que disponga la ley, o en su defecto en el de diez días. El obligado a rendir las cuentas deberá devolverle al interesado los títulos y documentos que le hayan sido entregados.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a partir del artículo 652 se regula el procedimiento de rendición de cuentas.

Con idéntica redacción, el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires regula el procedimiento de rendición de cuentas en los artículos 649-654.

En toda demanda de rendición de cuentas se requiere despejar dos incógnitas: la primera, vinculada con la obligación de rendirlas; la segunda, relacionada con el trámite de la rendición de cuentas en sí.

La comprobación de la obligación es previa, porque el juez no puede exigir al demandado el cumplimiento de una obligación que este desconoce. De allí que la rendición de cuentas presupone el reconocimiento de la obligación, o en su defecto una sentencia que condene a rendirlas, luego de haberse debatido la procedencia de una petición en tal sentido (CPR, art. 652).

En definitiva, frente a la resistencia de quien es llamado a rendir las cuentas, corresponde decidir, en primer lugar, sobre la procedencia de la demanda encaiminada a tal fin.

Luego se da lugar a la segunda etapa, que consiste en la rendición propiamente dicha, su aprobación o trámite de observaciones y, si es necesario, la ejecución del saldo.

4. AGENTES AUXILIARES

Concepto. Importancia en la actividad comercial. Viajantes de comercio. Corredor. El contrato de corretaje en el CCCN (arts. 1345 a 1355). Martillero. Productor de seguros. Agente de bolsa. Despachante de aduana. Agente de comercio. Concesionario

Agentes auxiliares

Concepto. Importancia en la actividad comercial

Los agentes auxiliares son colaboradores del comerciante en el ejercicio de su actividad jurídica y económica. Estos sujetos ayudan en las operaciones y contratos comerciales que celebre, gestionando e intermediando entre las partes para ayudarlas a concluirlos.

Los auxiliares cumplen una función muy importante en el desarrollo de la actividad comercial y en el cumplimiento de los objetivos del empresario. Se pueden dividir según se trate de agentes subordinados o autónomos.

Los subordinados son los trabajadores dependientes del comerciante o que se vinculan por medio de un contrato de trabajo. Estos auxiliares no son considerados comerciantes y su vínculo con el comerciante está regulado por la normativa laboral. Se aplica, sin embargo, la normativa comercial a las relaciones que entable el auxiliar subordinado frente a terceros. Estos auxiliares pueden a su vez subclasificarse en: a) agentes subordinados internos: son quienes desarrollan sus tareas dentro del establecimiento (factores, dependientes, gerentes, empleados); b) agentes subordinados externos: son quienes actúan fuera del establecimiento (viajantes de comercio).

Algunos de estos auxiliares tienen poder de representación, como es el caso del factor, y otros naturalmente no representan al principal, como es el caso de los dependientes, quienes en algunas ocasiones pueden ser autorizados para realizar ciertos actos.

Los auxiliares autónomos son los agentes que no se vinculan con el empresario a través de una relación de dependencia. Son quienes trabajan con el comerciante en forma independiente como intermediarios o colaboradores, promoviendo o facilitando las operaciones comerciales o los servicios que este les solicite. Estos auxiliares sí son considerados comerciantes y tienen un vínculo contractual con el comerciante.

Algunos auxiliares están regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación, otros por leyes específicas y algunos no cuentan con regulación expresa (ej., agente de comercio).

Viajantes de comercio

Los viajantes de comercio son agentes subordinados que desarrollan personalmente, como actividad habitual, operaciones comerciales de compra y de venta fuera del establecimiento al cual pertenecen, en nombre de uno o más comerciantes, con representación de estos o sin ella, conforme a las instrucciones recibidas, y perciben por sus actividades una retribución que se denomina comisión.

Estos agentes actúan fuera del establecimiento y viajan en busca de clientes para vender productos del principal. Colaboran en la colocación de los productos de la empresa en localidades distantes del establecimiento principal y su objetivo es ganar los mercados de las localidades que visitan.

El viajante de comercio tiene la obligación de iniciativa que lo distingue del simple empleado o vendedor, en cuanto, en principio, él formula ofertas de venta a los clientes existentes o posibles de determinada zona, visitándolos o comunicándose con ellos, en tanto el vendedor se limita, de ordinario, a atender las propuestas de compras en el propio establecimiento.

Suelen ser llamados “viajantes de plaza”, “placista”, “corredores domiciliarios”, “de industria” o “de interior”. Su función es muy importante, pues las entrevistas

personales con los potenciales clientes en las que suelen exhibirles muestras de los productos son más eficaces que el envío de los productos por otros medios, pues les permite conocer más del comprador –sus posibilidades económicas, exigencias, etc.– y ofrecerle los productos de acuerdo con sus necesidades.

Las características principales de su actuación son:

1. Es un agente auxiliar del comerciante que se vincula a través de una relación jurídica de base laboral amparada por la Ley N° 12651.
2. Su actividad debe desarrollarse de manera permanente y habitual.
3. Dentro del esquema general de los auxiliares del comerciante se lo ubica como un agente subordinado externo.
4. En el ámbito interno, tiene un vínculo de subordinación de naturaleza con el principal y lleva inserta la relación de mandato. Desde el punto de vista de la relación externa, es considerado un empleado del empresario con mandato, que puede ser representativo o no, según tenga o no facultades para concluir negocios de compra de materias primas y de mercaderías a nombre de su principal. En ambos supuestos, cumple con las órdenes del principal.
5. La obligación del comerciante es pagar la retribución al viajante.
6. Sus tareas profesionales las realiza mayormente fuera del establecimiento, siendo indistinto si opera en la misma plaza o en zonas más distantes.

Se pueden distinguir a los viajantes de comercio según la actividad que desarrollen o sus alcances:

1. Algunos viajantes de comercio se encargan de la compra de materia prima y de productos para el establecimiento del cual dependen y su actuación está regulada por la Ley N° 14446.
2. Hay viajantes que ejercen su actividad para varios establecimientos y otros trabajan con exclusividad para una sola empresa.
3. Pueden recibir su mandato por instrumento público o privado y aun verbalmente.

Sus facultades difieren si tienen o no poder de representación de su principal:

- a) El mandatario sin poder de representación del comerciante solo tiene facultades para entablar tratativas sin potestad para concluir los negocios que realice en nombre de su principal y debe remitirle la documentación que corresponda para que la acepte, y perfeccione el contrato o la rechace.

b) El viajante que ejerce un mandato representativo cuenta con facultades para tratar y concluir las operaciones de compra y venta en nombre de su principal. Además, puede ser autorizado por el comerciante para conceder créditos en las condiciones usuales, otorgar plazos de pago y hacer rebajas del precio, aceptar documentos en pago, etc.

Corredor

Se llama “corredor” a la persona que realiza actos de corretaje, es decir, aquel que acerca a las partes interesadas en realizar un contrato o negocio para facilitar o promover la conclusión del mismo. La intermediación es lo que caracteriza la actividad del corredor, quien se interpone entre la oferta y la demanda, en forma autónoma, profesional e imparcial.

Los corredores no concluyen los negocios que interesan a sus clientes, sino que se limitan a promoverlos o facilitarlos, y esta actividad intermediadora les da derecho a una contraprestación. Por eso, el corredor asume una obligación de medios y no se compromete a obtener un resultado en concreto.

Se deben distinguir dos actos jurídicos que están bien delimitados y que tienen distinta naturaleza: por un lado, el contrato de corretaje cuyo objeto es la tarea de colaboración y acercamiento de las partes que el comitente encarga al corredor y, por el otro, el contrato principal respecto del cual el corredor es ajeno y se lleva a cabo entre las partes que él acercó.

Hay un primer contrato entre el comitente que encarga al corredor su actividad mediadora para realizar un negocio determinado y dentro del cual, una vez localizada la otra parte, el corredor transmite la propuesta que, de ser aceptada, dará lugar al siguiente contrato que se celebra entre los interesados, que serán quienes perfeccionen el acuerdo directa y personalmente. Una vez alcanzado ese resultado en concreto, nacerá el derecho del corredor a percibir su comisión.

Los corredores estaban regulados inicialmente en el derogado Código de Comercio. En la actualidad, el régimen que regula la actividad de los corredores está compuesto e integrado por las siguientes normas:

1. los artículos 31 a 35 del Decreto-Ley N° 20266/1973, que se aplican de forma directa, y los artículos 1 a 30 de esa norma, de manera indirecta;

2. los artículos 1345 a 1355 del CCCN –Ley N° 26994–;
 3. el artículo 77 de la Ley N° 24441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción;
 4. las leyes provinciales y las normas reglamentarias locales que se apliquen a la actuación de los corredores en general o a alguna modalidad particular.
- No hay precisiones en cuanto a la jerarquía de este variado conjunto de normas, pero el código establece un supuesto orden de prelación en la aplicación de los preceptos que rigen el corretaje al disponer que “las reglas de este Capítulo no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales” (art. 1355, CCCN –Ley N° 26994–). Sin embargo, el nuevo régimen del código no modificó sustancialmente lo dispuesto por el Decreto-Ley N° 20266/1973 que rige la actividad de martilleros y corredores, solo eliminó algunas normas (arts. 36, 37 y 38 de ese decreto-ley –art. 3, Ley N° 26994– y art. 77 de la Ley N° 24441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción). El corredor no es un comerciante, pues según el marco legal aplicable a esta figura, el corretaje es una actividad profesional, ya que se exige para su ejercicio el título universitario; en consecuencia, un individuo no deviene corredor por la práctica de actos de corretaje sino que para ejercer como corredor debe cumplir, además, con los recaudos de su inscripción en la matrícula, sujetándose al poder de policía profesional, como lo prevé la ley nacional y sus reglamentaciones locales.

La función del corredor es acercar a las partes interesadas en realizar un contrato o negocio, para que ellas lo celebren y lo concluyan. Su actividad consiste, entonces, en buscar sujetos interesados en celebrar un contrato, y esto no se limita únicamente a la compraventa, sino que comprende también las tratativas preliminares que preceden a otros contratos importantes.

El objeto de los contratos en los que interviene el corredor puede recaer sobre cosas muebles, inmuebles, bienes en general, universalidades y servicios. En la actualidad, la intermediación del corredor no se utiliza para celebrar muchos contratos sino que quedó limitada casi exclusivamente al ámbito “inmobiliario”, porque en la mayoría de los negocios los interesados pueden acceder directamente al proveedor por los distintos canales de publicidad que existen para ofrecer productos y servicios (medios de comunicación,

internet, etc.). En general, se los contrata por el conocimiento que tienen de la operación que se pretende realizar y por su conocimiento del mercado.

Su intermediación debe ser imparcial, es decir, los corredores deben acercarse a los contratantes con precisión, exactitud y claridad, sin utilizar maniobras o artilugios que puedan inducir a error a los contratantes, caso en el cual, deberán responder por el daño que causaren.

Para ejercer el corretaje se debe cumplir con las condiciones que enuncian los artículos 31 a 39 de la Ley N° 20266:

1. Ser mayor de edad y no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades del artículo 2.

2. Poseer título universitario expedido o revalidado en la República, con arreglo a las reglamentaciones vigentes y que al efecto se dicten (reforma introducida por la Ley N° 25028 que dispone que para ser Corredor y Martillero se requiere “poseer título universitario”).

3. Estar inscripto en la matrícula de la jurisdicción correspondiente. Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) acreditar mayoría de edad y buena conducta;

b) poseer el título previsto en el inciso b) del artículo 32;

c) acreditar hallarse domiciliado por más de un año en el lugar donde pretende ejercer como corredor;

d) constituir una garantía, mediante depósito de dinero en efectivo por \$ 500 (pesos quinientos) –art. 1 de la Resolución N° 1/2000 Inspección General de Justicia, B. O. 11/02/2000– o bien, a opción del interesado, podrá acreditarse mediante la contratación de un seguro de caución a favor de la Inspección General de Justicia (art. 3, inc. d, con los alcances que determina el artículo 6 de la Ley N° 20266).

e) Cumplir los demás requisitos que exija la reglamentación local.

Esta norma también dispone que quienes ejercieren el corretaje sin cumplir con las condiciones y sin tener las calidades exigidas, no tendrán acción para cobrar la remuneración prevista en el artículo 37, ni retribución de ninguna especie.

En el ejercicio de su profesión, los corredores pueden (art. 34, Ley N° 20266):

1. Poner en relación a dos o más partes para la conclusión de negocios, sin estar ligado a ninguna de ellas por relación de colaboración, subordinación o representación. Puede ocurrir, sin embargo, que una de las partes le encomendara que la represente en los actos de ejecución del contrato mediado;
2. informar sobre el valor venal o de mercado de los bienes que pueden ser objeto de actos jurídicos;
3. recabar directamente de las oficinas públicas, bancos y entidades oficiales y particulares los informes y certificados necesarios para el cumplimiento de sus deberes;
4. prestar fianza por una de las partes.

Los corredores tienen prohibido:

- a) adquirir por sí o por interpósita persona efectos cuya negociación le ha sido encargada;
- b) tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella.

El contrato de corretaje en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1345 a 1355)

El CCCN define qué se entiende por contrato de corretaje, utilizando los siguientes términos: “hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes” (art. 1345 del CCCN –Ley N° 26994–). Esta normativa regula el corretaje de manera objetiva, es decir, no se centra en la persona del corredor sino en el contrato de corretaje en sí mismo.

Exige el título habilitante, al igual que el régimen referido anteriormente, pues establece que el contrato de corretaje se entiende concluido si el corredor está habilitado para el ejercicio profesional del corretaje (art. 1346 del CCCN –Ley N° 26994–).

Obligaciones del corredor (art.1347 del CCCN –Ley N° 26994–)

1. Asegurarse la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y su capacidad legal para contratar.
2. Proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a errores a las partes.
3. Comunicar a los contratantes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo pudieran influir en la conclusión o modalidades del negocio.
4. Mantener confidencialidad de todo lo concerniente a las negociaciones en las que interviene y solo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente.
5. Asistir, en las operaciones hechas con su intervención, a la firma de los instrumentos conclusivos y a la entrega de objetos o valores, si alguna de las partes lo requiere.
6. Guardar muestras de los productos que se negocien con su intervención, mientras subsista la posibilidad de controversia sobre la calidad de lo entregado.

Comisión

Una de las características esenciales del contrato de corretaje es la de otorgar al corredor el derecho al cobro de una comisión por parte de aquellos que se beneficiaron con su actividad mediadora una vez que concluyan el acuerdo y siempre que el corredor cumpla con los requisitos habilitantes referidos anteriormente. El derecho a la retribución del corredor surge siempre que el contrato mediado se celebre como resultado de su gestión, es decir, como consecuencia de su actividad.

Este derecho se mantiene aun cuando el negocio en el que intervino no se ejecute por cualquier motivo, o cuando fuera por culpa de alguna de las partes, o cuando estas simulen fraudulentamente su abandono y encarguen que lo concluya otra persona o lo concluyan por sí mismas.

La comisión no solo se debe cuando sus servicios son solicitados o cuando existiera una convención previa, sino que basta con que las partes contratan-

tes acepten y realicen el negocio propuesto como resultado de su actividad de intermediación.

El contrato de corretaje se perfecciona por la intervención misma del corredor en el negocio que se va a celebrar o por la actuación de otro corredor por el otro sujeto comitente. Si solo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de ellas (art. 1346 y 1351 del CCCN –Ley N° 26994–). Si interviene un corredor por cada parte, cada uno de ellos solo tiene derecho a cobrar comisión de su respectivo comitente y no existe solidaridad entre las partes respecto del pago al corredor.

Valor de la comisión

Si no hay estipulación respecto al valor de la comisión, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realiza su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez (art. 1350 del CCCN –Ley N° 26994–).

Concluido el contrato, la comisión se debe aun cuando:

1. El contrato esté sometido a condición resolutoria y esta no se cumpla: pues el derecho del intermediario a reclamar la retribución surge de la tarea realizada, por eso conserva su derecho si su intervención fue eficaz y el negocio se celebró, aunque luego este se hubiera resuelto por no cumplirse la condición a la que estaba sometido.
2. El contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto. En este supuesto, el corredor cumplió eficazmente su labor y las vicisitudes que afectaron al acuerdo no se vinculan con una negligencia o incumplimiento del agente.
3. El corredor no concluya el contrato, si inicia la negociación, y el comitente encarga su conclusión a un tercero o lo concluye por sí en condiciones sustancialmente similares. Se protege de este modo la actividad del corredor y se procura evitar los actos de mala fe que el comitente pudiera realizar para evitar el pago de la comisión de quien intervino, que pueden consistir en delegar la celebración del contrato a otro tercero o hacerlo por sí mismo, aprovechando las tareas que hubiera realizado útilmente el corredor contratado primigeniamente (art. 1352 del CCCN –Ley N° 26994–).

No se debe la comisión si el contrato:

1. Está sometido a condición suspensiva y esta no se cumple. En este caso resultaría inadecuado el pago de la remuneración, pues el contrato no se ha celebrado eficazmente.

2. Se anula por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor. La falta de cumplimiento de los deberes obligacionales del corredor, más allá de la responsabilidad profesional que pudiere generar, provoca la pérdida del derecho a toda retribución (art. 1353 del CCCN –Ley N° 26994–).

El corredor no tiene derecho a reembolso de gastos, aun cuando la operación encomendada no se concrete, excepto pacto en contrario (art. 1354 del CCCN –Ley N° 26994–).

Martillero

Son las personas que en forma habitual y profesional realizan remates o subastas. Su actividad consiste en vender por cuenta de sus comitentes al público, de viva voz y al mejor postor, con base o sin ella (precio mínimo), bienes determinados, muebles o inmuebles, recibiendo las ofertas de precio. Mediante un golpe de martillo adjudican las cosas a quien ofrece el mejor precio –así se perfecciona la compraventa–.

Su actuación está regulada en la Ley N° 20266 –modificada por la Ley N° 25028–. El martillero genera dos clases de relaciones, una de carácter interno con el dueño del bien y otra de carácter externo con el adquirente del bien en subasta pública. Se verifican distintas situaciones jurídicas según actúe como mandatario o comisionista; y en función del contrato que lo enmarque, son distintas las obligaciones que asume y su titularidad.

Las subastas son las ventas hechas al mejor postor en un lugar determinado, donde se ha invitado a concurrir a los interesados en adquirir los bienes ofrecidos, previamente expuestos al público o descriptos para precisar sus características, para que los eventuales compradores puedan decidir la conveniencia de adquirir el bien a determinado precio.

El martillero interviene en dos clases de subastas:

Subasta pública de compra-venta: es el remate que se lleva a cabo por encargo de una persona física o jurídica de derecho privado que le solicita al martillero que venda en pública subasta cosas muebles o inmuebles. El régimen que se aplica es el dispuesto por la Ley N° 20266 –modificada por la Ley N° 25028–.

Subasta judicial: es un acto procesal ordenado por un juez en una causa judicial y en este caso, el martillero actúa como oficial público delegado del magistrado que lo designe: es un auxiliar de justicia. El remate y la actuación del martillero están regulados por el código procesal del lugar. El martillero debe ajustar su actuación a lo que ordene el juez en el proceso, debe rendir cuentas de su gestión y el acto del remate debe obtener la aprobación judicial.

Requisitos legales

Para ser martillero se requieren las siguientes condiciones habilitantes (art. 1°, Ley N° 20266 –modificada por la Ley N° 25.028–):

1. Ser mayor de edad y no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades del artículo 2.
2. Poseer título universitario expedido o revalidado en la República, con arreglo a las reglamentaciones vigentes y las que al efecto se dicten.

Están inhabilitados para ser martilleros (art. 2, Ley N° 20266 –modificada por la Ley N° 25028–):

1. Los que no pueden ejercer el comercio.
2. Los fallidos y concursados cuya conducta haya sido calificada como fraudulenta o culpable, hasta cinco años después de su rehabilitación.
3. Los inhibidos para disponer de sus bienes.
4. Los condenados con accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos, y los condenados por hurto, robo, extorsión, estafas y otras defraudaciones, usura, cohecho, malversación de caudales públicos y delitos contra la fe pública, hasta después de diez años de cumplida la condena.
5. Los excluidos temporaria o definitivamente del ejercicio de la actividad por sanción disciplinaria.

Inscripción en la matrícula (art. 3, Ley N° 20266 -modificada por la Ley N° 25028-)

Para poder ejercer la actividad de martillero, deberán inscribirse en la matrícula de la jurisdicción correspondiente y para ello deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Poseer el título previsto en el inciso b) del artículo 1 de la Ley N° 20266;
2. acreditar mayoría de edad y buena conducta;
3. constituir domicilio en la jurisdicción que corresponda a su inscripción;
4. constituir una garantía real o personal y la orden del organismo que tiene a su cargo el control de la matrícula, cuya clase y monto serán determinados por este con carácter general;
5. cumplir los demás requisitos que establezca la reglamentación local.

Facultades de los martilleros (art. 8, Ley N° 20266)

1. Efectuar ventas en remate público de cualquier clase de bienes, excepto las limitaciones resultantes de leyes especiales;
2. informar sobre el valor venal o de mercado de los bienes para cuyo remate los faculta esta ley;
3. recabar directamente de las oficinas públicas y bancos oficiales y particulares, los informes o certificados necesarios para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 9 de la Ley N° 20266;
4. solicitar de las autoridades competentes las medidas necesarias para garantizar el normal desarrollo del acto de remate.

Obligaciones de los martilleros (art. 9, Ley N° 20266)

Los martilleros están obligados a llevar los libros que se establecen en el Capítulo VIII. Son libros obligatorios:

- a) Diario de entradas: donde asentarán los bienes que recibieren para su venta, con indicación de las especificaciones necesarias para su debida identificación: el nombre y apellido de quien confiere el encargo, por cuenta de quién han de ser vendidos y las condiciones de su enajenación (art. 17, Ley

N° 20266). Diario de salidas: en el que se mencionarán día por día las ventas, indicando por cuenta de quién se han efectuado, quién ha resultado comprador, precio y condiciones de pago y demás especificaciones que se estimen necesarias (art. 17, Ley N° 20266).

b) De cuentas de gestión, que documente las operaciones realizadas entre el martillero y cada uno de sus comitentes (art. 17, Ley N° 20266).

c) Además, deben archivar por orden cronológico un ejemplar de los documentos que se extiendan con su intervención en los contratos que se realicen por su intermedio (art. 18, Ley N° 20266).

Las obligaciones de los martilleros pueden ordenarse según el momento en el que se encuentren con relación al remate.

Antes del acto del remate, deberá:

a) Comprobar la existencia de los títulos invocados por el legitimado para disponer del bien a rematar. En el caso de remate de inmuebles, deberán también constatar las condiciones de dominio de los mismos.

b) Convenir por escrito con el legitimado para disponer del bien, los gastos del remate y la forma de satisfacerlos, condiciones de venta, lugar de remate, modalidades del pago del precio y demás instrucciones relativas al acto, debiéndose dejar expresa constancia en los casos en que el martillero queda autorizado para suscribir el instrumento que documenta la venta en nombre de aquel.

c) Anunciar los remates con la publicidad necesaria, debiendo indicar en todos los casos su nombre; domicilio especial y matrícula; fecha, hora y lugar del remate; descripción y estado del bien y sus condiciones de dominio.

En caso de remates realizados por sociedades, deberán indicarse además los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio.

Durante el acto del remate:

a) Realizar el remate en la fecha, hora y lugar señalados, colocando en un lugar visible una bandera con su nombre y, en su caso, el nombre, denominación o razón social de la sociedad a que pertenezcan.

b) Explicar en voz alta, antes de comenzar el remate, en idioma nacional y con precisión y claridad los caracteres, condiciones legales, cualidades del bien y gravámenes que pesaren sobre el mismo.

c) Aceptar la postura solamente cuando se efectuase de viva voz; de lo contrario, la misma se considerará ineficaz.

Luego del acto del remate, deberá:

- a) Suscribir con los contratantes, previa comprobación de identidad, el instrumento que documenta la venta, en el que constarán los derechos y obligaciones de las partes. El instrumento se redactará en tres ejemplares y deberá ser debidamente sellado, quedando uno de ellos en poder del martillero. Si son bienes muebles cuya posesión sea dada al comprador en el mismo acto, y esta fuera suficiente para la transmisión de la propiedad, bastará el recibo respectivo.
- b) Exigir y percibir del adquirente, en dinero efectivo, el importe de la seña o cuenta del precio, en la proporción fijada en la publicidad, y otorgar los recibos correspondientes.
- c) Efectuar la rendición de cuentas documentada y entregar el saldo resultante dentro del plazo de cinco días, salvo convención en contrario, incurriendo en pérdida de la comisión en caso de no hacerlo;
- d) Conservar, si correspondiere, las muestras, certificados e informes relativos a los bienes que remate hasta el momento de la transmisión definitiva del dominio.
- e) Deberá cumplimentar, en general, las demás obligaciones establecidas por las leyes y reglamentaciones vigentes.

Derechos de los martilleros (art. 11, Ley N° 20266)

1. Cobrar una comisión. Se fijará conforme a los aranceles aplicables en la jurisdicción, salvo los martilleros dependientes, contratados o adscriptos a empresas de remate o consignaciones que reciban por sus servicios las sumas que se convengan.

La ley autoriza a que los rematadores convengan una comisión de garantía, que es una retribución extraordinaria pactada por la asunción por parte del martillero de los riesgos de la cobranza y de la obligación directa de satisfacer al comitente el saldo que resulte a su favor, en los plazos que hubiera estipulado con el comprador. Debe diferenciarse de una fianza y de un seguro, pues se trata de una garantía.

El rematador solo puede pretender una retribución de sus servicios cuando el remate se realiza, salvo que este no se llevare a cabo por causas no impu-

tables al martillero o si el remate fracasare por falta de postores (art. 12, Ley N° 20266). En caso de que el remate se anulara por causas no imputables al martillero tiene derecho al pago de la comisión que le corresponda, que estará a cargo de la parte que causó la nulidad (art. 14, Ley N° 20266). El martillero, por cuya culpa se suspendiere o anulare un remate, perderá su derecho a cobrar la comisión y a que se le reintegren los gastos, y responderá por los daños y perjuicios ocasionados (art. 22, Ley N° 20266).

La comisión se determinará sobre la base del precio efectivamente obtenido. Si la venta no se llevare a cabo, la comisión se determinará sobre la base del bien a rematar, salvo que hubiere convenio con el vendedor, en cuyo caso se establecerá sobre este valor. A falta de base, se tendrá en cuenta el valor de plaza en la época prevista para el remate (art. 13, Ley N° 20266).

2. Percibir del vendedor el reintegro de los gastos del remate, convenidos y realizados.

Productor de seguros

Es un auxiliar que participa en la concertación de contratos de seguros, asesorando a asegurados y asegurables. Su actividad material está enunciada en el artículo 53 de la Ley N° 17418 y se relaciona con el perfeccionamiento del contrato y algunos aspectos de su ejecución.

El productor de seguros está autorizado para recibir propuestas de celebración del contrato de seguros y sus modificaciones por parte del tomador, entregar los instrumentos emitidos por el asegurador relativos al contrato de seguro, aceptar el pago de la prima y dar un recibo del asegurador para documentar su percepción. Su actuación se encuentra regulada por la Ley N° 22400. El productor no tiene poder jurídico para aceptar las ofertas de celebración de un contrato; en esto se diferencia del agente institorio, que es un mandatario del asegurador y tiene facultades para celebrar los contratos (art. 54 de la Ley N° 17418).

El productor asesor colabora con las empresas aseguradoras para que estas celebren con terceros (clientes) contratos de seguros y actúa de manera independiente, ya que entre la aseguradora y estos intermediarios no existe un vínculo laboral ni contrato de trabajo.

Los aseguradores comercializan los seguros con auxiliares no dependientes, que reciben diversas denominaciones: “productores, agentes, intermediarios [...] no dependientes del asegurador” (art. 59, Ley N° 20091).

Modalidades de intermediación

1. Productor-asesor directo: es quien realiza tareas de intermediación, promoviendo la concertación de contratos de seguros y asesorando a las partes. Sus funciones están regladas por el artículo 10 de la Ley N° 22400, entre las que se destacan:
 - a) informar sobre la identidad de las personas que contratan por su intermedio;
 - b) informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentra el riesgo y asesorar al asegurado con el fin de que obtenga la más adecuada cobertura;
 - c) cobrar las primas de seguro cuando lo autoriza para ello la entidad aseguradora;
 - d) asesorar al asegurado acerca de sus derechos, cargas y obligaciones;
 - e) llevar un registro rubricado de las operaciones de seguros en las que intervienen, en las condiciones que establezca la autoridad de aplicación.
2. Productor-asesor organizador: es la persona física que se dedica a instruir, dirigir o asesorar a los productores asesores directos que forman parte de una organización. Esta debe componerse, como mínimo, de cuatro productores asesores directos, uno de los cuales podrá ser el organizador cuando actúe con tal carácter (art. 2, Ley N° 22400). Debe constituirse como empresa comercial y su objeto debe ser la intermediación en seguros.

Requisitos para constituirse como productor de seguros

Para actuar como productor de seguros, en cualquiera de las dos modalidades, según lo dispuesto por los artículos 3 y 4 de la Ley N° 22400 y sus reglamentaciones, la persona física deberá completar una solicitud que contendrá:

1. fotocopia del título de estudios secundarios autenticada por el Ministerio de Educación que correspondiera;

2. Documento Nacional de Identidad, de donde surja que el sujeto tiene domicilio real en el país;
3. no encontrarse inhabilitado por la Superintendencia de Seguros de la Nación ni comprendido dentro de las inhabilidades dispuestas por la Ley N° 22400, que contempla la inhabilidades absolutas, y se incluyen entre varios supuestos a quienes no pueden ejercer el comercio (art. 8), y las inhabilidades relativas, que comprende a los directores, gerentes, administradores y empleados en relación con los seguros de los clientes de las instituciones en las que presten servicios (art. 9).

Una vez presentada esa solicitud y su documentación, el aspirante deberá aprobar un examen que puede rendirse de manera libre o luego de cumplir con un curso. Luego de aprobado se expide un certificado que le permite requerir a la Superintendencia de Seguros de la Nación la matrícula.

La Ley N° 22400 creó un Registro de Productores-Asesores de Seguros que está a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Las personas no inscritas no tienen derecho a percibir comisión o remuneración alguna por la concertación de un contrato de seguro (art. 7) y además les está prohibido inscribirse posteriormente (arts. 7 y 8, Ley N° 22400).

Funciones y deberes

Los productores asesores directos deben: gestionar operaciones de seguros; informar, a requerimiento de las aseguradoras, la identidad, antecedentes y solvencia material de las personas; informar al asegurador sobre las condiciones en que se encuentra el riesgo; asesorar al asegurado sobre cuál es la cobertura más adecuada; ilustrar al asegurado de manera detallada las cláusulas del contrato, su interpretación y extensión y verificar que la póliza coincida con esa información que brindaron; por último, una vez verificado el siniestro, deberá asesorar al asegurado sobre sus derechos, cargas y obligaciones.

El productor debe conducirse con diligencia y buena fe (art. 55 de la Ley N° 20091 y art. 12 de la Ley N° 22400) y está previsto un régimen sancionatorio derivado del incumplimiento de los deberes del intermediario que puede llegar hasta la cancelación de la inscripción.

Mandato aparente

Puede suceder que en la práctica el productor de seguros actúe como si fuera un agente institorio y que el asegurado crea que está negociando con un representante del asegurador y que entienda, en consecuencia, que el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios. Estos supuestos pueden quedar comprendidos en lo que se conoce como la “teoría de la apariencia”, según la cual, tal como ha sido reconocido en numerosos fallos judiciales, si la actuación del agente ha creado una apariencia distinta de la realidad y le ha dado al tercero elementos suficientes para creer de modo razonable y de buena fe que aquel contaba con poderes suficientes, debe reconocerse la existencia de un mandato representativo aparente otorgado por la aseguradora a favor del agente que tenía papeles membretados y efectuaba actividades que excedían la competencia de un simple dependiente. En consecuencia, con ese reconocimiento, la compañía de seguros debe responder frente a ese asegurado.

Agente de bolsa

Es la persona física o jurídica autorizada por la Comisión Nacional de Valores (CNV) para realizar las actividades de negociación, colocación, distribución, corretaje, liquidación y compensación, custodia y depósito colectivo de valores negociables, las de administración y custodia de productos de inversiones colectiva, las de calificación de riesgos, y todas aquellas que a criterio de la Comisión Nacional de Valores corresponda registrar para el desarrollo del mercado de capitales (art. 2, Ley N° 26831).

Se los denomina también “corredores” o “comisionistas de bolsa”. Son personas que intervienen, en nombre propio y por cuenta de terceros en las operaciones de compra y venta de acciones o de otros títulos que coticen en la Bolsa de Comercio, de la cual ellos forman parte y es donde desarrollan su actividad.

Su actuación se encuentra regida por la Ley de Mercado de Capitales –Ley N° 26831–, sancionada en el año 2012 que derogó la Ley N° 17811 y sus decretos reglamentarios. Esta norma reglamenta una mayor injerencia del Estado en

la regulación del mercado de capitales a través de la actuación de la CNV. De modo que, por ejemplo, para poder operar en los mercados los agentes deberán estar registrados directamente en la CNV y ya no se exige que el agente sea accionista en un mercado de valores, como disponía la legislación anterior.

La Comisión Nacional de Valores es una entidad autárquica del Estado nacional, tiene la facultad de supervisar, regular, inspeccionar, fiscalizar y sancionar a los sujetos bajo su competencia. Además, tiene la facultad de aprobar cualquier normativa de carácter general dictada por los mercados y revisar sus decisiones de oficio o a petición de parte.

El ámbito de actuación del agente de bolsa es el mercado de capitales, donde se hace oferta pública de valores negociables y otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, bajo la supervisión de la CNV.

La oferta pública es la invitación dirigida a personas en general o a sectores determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables.

Registro de agentes

Los sujetos que quieran actuar como agentes de bolsa deberán inscribirse presentando un pedido de autorización en la CNV. En caso de rechazo, la resolución puede ser impugnada. Si la CNV se expide favorablemente, se registra al agente en la categoría en la que hubiera solicitado la inscripción.

Requisitos para ser agente de bolsa:

1. Mayoría de edad.
2. Prestar garantía suficiente ante el Mercado de Valores.
3. Demostrar idoneidad en el cargo, solvencia patrimonial y moral.
4. Estar registrado en la Comisión Nacional de Valores.

Despachante de aduana

Son aquellas personas de existencia ideal o visible que ejercen la representación de los transportistas en las gestiones relacionadas con la presentación del medio transportador y de sus cargas ante el servicio aduanero (art. 57, Ley N° 22415, Código Aduanero).

Son auxiliares de comercio que, previo cumplimiento de los requisitos legales previstos por el Código Aduanero, actúan por sí o por medio de apoderados generales ante las aduanas de la República, realizan los trámites y diligencias obligatorias concernientes a la importación, exportación y otras operaciones en las que necesariamente interviene la Administración Nacional de Aduanas (arts. 36 y ss. de la Ley N° 22415).

Ámbito de actuación

Deben inscribirse en el Registro de Despachantes de Aduana y presentar su solicitud ante la aduana donde van a desempeñar su actividad. Su actuación se limita al ámbito de la aduana donde están inscriptos y solo pueden actuar ante otras aduanas de modo temporal y extraordinario, por resolución fundada y justificada de la Administración Nacional de Aduanas. A los efectos aduaneros, se considera a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una sola aduana, pudiendo los despachantes actuar tanto en el aeropuerto de Ezeiza como en el Puerto de Buenos Aires.

Requisitos para solicitar la inscripción

Los requisitos señalados por el legislador conciernen sustancialmente a la idoneidad y seriedad suficientes para un adecuado ejercicio profesional.

1. Ser persona física (art. 36, párr. 1), mayor de edad, con capacidad para ejercer el comercio y estar inscriptos como comerciantes en el Registro Público (art. 41).
2. Haber aprobado los estudios secundarios completos y acreditar conocimientos específicos en materia aduanera en los exámenes teóricos y prácticos que a tal fin se han establecido, que se acreditará con el certificado de capacitación extendido por la Administración Nacional de Aduanas (art. 5, párr. 1, inc. b, Decreto N° 1001/1982).
3. Acreditar domicilio real y constituir domicilio especial en el radio urbano de la aduana en la que hubiere de ejercer su actividad (art. 41), pues se limita la actuación de los despachantes de aduana y sus apoderados a una sola aduana.

4. Acompañar certificado de antecedentes expedido por la autoridad policial que correspondiera según el lugar donde se solicita la inscripción (art. 5°, Decreto N° 1001/1982)
5. Acreditar la solvencia necesaria y otorgar a favor de la Administración Nacional de Aduanas una garantía en seguridad del fiel cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con lo que determine la reglamentación (art. 41).

Además de los requisitos señalados, el postulante deberá cumplir con los recaudos y documentación que le exigiere la Administración Nacional de Aduanas (art. 5, Decreto N° 1001/1982).

Los despachantes de aduanas actúan en nombre de otros y tienen facultades amplias que les permiten realizar todos los actos para cumplir con el mandato otorgado, salvo expresa limitación. El mandato puede instrumentarse mediante un poder general o poder especial, aunque también puede reemplazarse el poder por una autorización extendida por el comitente ante el servicio aduanero.

Régimen disciplinario

El Estatuto de los Despachantes de aduana dispone un régimen disciplinario estricto que comprende las sanciones de apercibimiento, suspensión y eliminación del Registro Aduanero. Los despachantes son responsables por los hechos de sus apoderados generales, dependientes y demás empleados en cuanto se relacionen con las operaciones aduaneras.

Agente de comercio

Es un auxiliar que actúa en forma autónoma e independiente y cumple una función de intermediación entre el empresario –preponente– y la clientela, con la finalidad de promover negocios por cuenta y en interés de aquel.

El agente realiza su actividad en una explotación propia y está unido con el preponente por medio de una relación contractual estable, pero no tiene ninguna clase de subordinación jurídica, económica o técnica con el empresario principal, sin perjuicio de que el preponente tenga facultades para impartir

instrucciones o realizar un control sobre su actuación, pero ello no afecta su carácter de auxiliar autónomo.

Esta figura no estaba legislada con anterioridad a la sanción del nuevo código, que incluyó al contrato de agencia entre los artículos 1479 a 1501. El **artículo 1479** define al contrato de agencia en los siguientes términos

hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra, denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito.

El agente intermedia de manera estable (arts. 1491 y 1492 del CCCN –Ley N° 26994–) y autónoma, promoviendo o concluyendo contratos en interés de la otra parte. Su función es la promoción de negocios por cuenta de su comitente, es un colector de clientes. Se limita, entonces, a la promoción de los negocios con los clientes pero no garantiza los contratos que celebra el empresario, ya que actúa por cuenta ajena y a nombre del principal, pero es un tercero ajeno al vínculo principal.

El agente de comercio tiene amplia libertad de movimiento en la operatividad de su negocio y organiza, a su propio riesgo, la colocación de productos de la comitente –monta locales, contrata el personal, realiza la publicidad, etc.– y a cambio, recibe un porcentaje o comisión por los negocios que concluye. Frente al tercero, es como si el contrato lo hubiera celebrado con el principal. Esta figura aparece generalmente en las grandes empresas que prefieren no contactarse de manera directa con sus consumidores instalando filiales o sucursales o agencias directas de venta al público, y por eso, contratan con comerciantes o particulares para que se encarguen de la venta organizada de sus productos o de la prestación de sus servicios. La situación del “agente de comercio” es muy variada, según las necesidades de colaboración de la empresa con la que celebra el contrato.

Modalidades de actuación del agente (art. 1485, CCCN –Ley N° 26994–)

1. Agente sin representación: el agente no representa al empresario en la conclusión o ejecución de los contratos en los que actúa, salvo para recibir reclamos de los terceros.
2. Agente con representación: debe contar con un poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera.

Exclusividad

Existe un derecho-deber de exclusividad por parte del agente, pero ello no implica que no pueda celebrar contratos y prestar sus servicios a favor de otros empresarios distintos.

El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato. La exclusividad es uno de los elementos típicos del contrato de agencia (art. 1481, CCCN –Ley N° 26994–).

Sin embargo, puede contratar sus servicios con varios empresarios, aunque no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus preponentes sin que este lo autorice expresamente (art. 1481, CCCN –Ley N° 26994–).

Obligaciones del agente (art. 1483, CCCN –Ley N° 26994–)

1. Deber de fidelidad: el agente debe velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades. Debe actuar en interés del preponente y procurar obtener beneficios para este.
2. Diligencia del buen hombre de negocios. Deberá ocuparse con la dili-

gencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron. Se le exige colaborar permanentemente para que se obtenga el fin propuesto al celebrar el contrato.

3. Instrucciones del empresario. Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a este toda la información disponible relativa a su gestión. Asume gran relevancia el deber de información, pues el empresario debe conocer el estado de las negociaciones para poder impartirle instrucciones específicas.
4. Deber de información. Debe informar al empresario, sin retraso, sobre todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones.
5. Reclamos de terceros. El agente debe recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato.
6. Contabilidad. Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe. Por lo tanto, deberá rendir cuentas de todas las operaciones que hubiera realizado, de modo detallado y justificado.

Obligaciones del empresario (art. 1484, CCCN –Ley N° 26994–).

De manera correlativa con las obligaciones del agente, el empresario deberá brindar toda la colaboración y directivas necesarias para que este colaborador promueva gran cantidad de negocios a su favor; deberá mantenerlo informado y deberá pagar una retribución a favor del agente por las tareas que realizó.

Remuneración

En este aspecto prima la autonomía de la voluntad de las partes y, subsidiariamente, el CCCN dispone que la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente (art. 1486, CCCN –Ley N° 26994–).

Cualquiera sea la forma de retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. Por eso, se le reconoce su derecho:

- a) si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia;
- b) si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración;
- c) si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.

El derecho a la comisión nace en el momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario (art. 1488, CCCN –Ley N° 26994–). Aunque está permitido que por medio de un pacto expreso se subordine la percepción de la remuneración, en todo o en parte, a la ejecución del contrato (art. 1489, CCCN –Ley N° 26994–).

Concesionario

La figura del concesionario se desprende del contrato de concesión comercial del Capítulo 18 del Título IV (contratos en particular) del Libro Tercero (Derechos Personales) del CCCN.

El concesionario es la persona que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros y se obliga mediante una retribución a disponer de su organización

para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido (art. 1502, CCCN –Ley N° 26994–).

El concesionario es quien recibe el derecho a vender los bienes o prestar los servicios que le otorga el concedente, actúa como intermediario de este y es un colaborador autónomo y especializado. En este aspecto reside la utilidad económica del contrato, pues le permite al concedente ampliar el alcance de sus negocios sin necesidad de estructurar un sistema minorista y, de ese modo, reducir riesgos y costos.

El código regula la exclusividad territorial para ambas partes, que consiste en la determinación de la zona de influencia: al concesionario le marca los límites de su actuación y al concedente le impide autorizar a otro concesionario para que actúe en esa zona. Esta es una regla supletoria que las partes podrían excluir en su contrato.

Dispone de manera imperativa un plazo mínimo de cuatro años de duración del vínculo contractual –que puede ser reducido excepcionalmente a dos años–, procurando de este modo garantizar al concesionario que podrá amortizar sus inversiones y obtener ganancias (art. 1506, CCCN –Ley N° 26994–).

Caracteres principales de la actuación del concesionario

a) Autonomía. El concesionario actúa en nombre y cuenta propia, este es un rasgo importante, pues se trata siempre de un comerciante o empresa que encara sus negocios a riesgo propio y que compromete su responsabilidad. El concesionario y el concedente actúan de manera cooperativa, sin existir una relación de dependencia o de representación y se trata de un vínculo contractual paritario. Si bien opera una suerte de dirección técnica por parte del concedente, ello no desdibuja la autonomía de los contratantes.

b) Obligaciones nucleares. El concesionario afecta su organización empresarial a la comercialización de productos, prestación de servicios y provisión de repuestos y accesorios del concedente.

El código refiere a la provisión de “mercaderías”, limitando de este modo la figura a la comercialización de bienes muebles. Contempla también la prestación del servicio de posventa, repuestos y accesorios (art. 1505, CCCN –Ley N° 26994–).

c) Contraprestación. La existencia de una retribución económica cuya modalidad puede ser pactada entre las partes y que puede consistir en una comisión o un margen de reventa sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas por el concedente, o también un monto fijo u otras modalidades que pacten en el contrato. Puede acordarse también una remuneración mixta entre varias modalidades.

Tanto el concesionario como el concedente pueden ser personas humanas o jurídicas.

Obligaciones del concesionario (art. 1506, CCCN -Ley N° 26994-).

El código enuncia las obligaciones más relevantes del concesionario, que se relacionan con la compra en exclusividad, la conservación del *stock*, el respeto a la zona, la afectación de la infraestructura, la prestación de servicios complementarios, el respeto de las directivas del concedente y la capacitación del personal.

a) Comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor.

b) Respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona.

c) Disponer de locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad.

d) Prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido.

e) Adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente.

f) Capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso “a”, el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago por las comercializadas por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella.

Unidad V

Propiedad industrial

1. PROPIEDAD INTELLECTUAL

Antecedentes históricos. El Convenio de París y el Acuerdo ADPIC. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La Organización Mundial del Comercio. Reconocimiento constitucional en nuestro país. Naturaleza jurídica. Función económica

Propiedad intelectual

Antecedentes históricos

Para los romanos no existía el reconocimiento de derechos que provinieran de las creaciones del intelecto y, mucho menos, que estos derechos fueran afines a la categoría de derechos que los propios romanos habían establecido; es decir, los derechos personales, de obligaciones y reales. Por consiguiente, los mismos autores no se planteaban la necesidad de que sus obras fueran objeto de alguna recompensa derivada del prestigio y reputación que les proporcionaban.

Tal situación se prolongó hasta el siglo XV, en el que surge la imprenta y con ella la posibilidad de una divulgación más amplia de todas las obras que en esa época ya existían. Así, el monarca utilizaba un sistema de privilegio para animar y mejorar el trabajo de los autores y, como un acto del soberano, concedía una licencia para la explotación en forma exclusiva de un invento o una obra por un tiempo determinado y sobre ciertas condiciones, con la facultad implícita de la censura previa y del examen de las obras o de esos inventos.

Con la Revolución Francesa se suprimieron los privilegios y, con el fin de mejorar la protección de los creadores intelectuales, las relaciones que vinculaban a

estos con sus obras fueron asimiladas al derecho real de dominio, considerando a este tipo de propiedad como más importante que la que existía sobre los bienes inmateriales. Este sistema continuó hasta la segunda mitad del siglo XIX. Ambos sistemas, el de privilegio y el de la asimilación al dominio, mostraron una buena reacción contra las posiciones que negaban el derecho de goce que asiste a los autores en relación con el producto de su creación intelectual.

El Convenio de París y el Acuerdo ADPIC. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La Organización Mundial del Comercio

Ya en el siglo XX, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), que constituye el Anexo 1C del Convenio por el que se creó en 1994 la Organización Mundial del Comercio (OMC), establece una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación al comercio mundial. En dicho Acuerdo los aspectos comerciales de la propiedad intelectual no estaban comprendidos en el régimen del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), del que la OMC se convirtió en entidad sucesora, y solo en 1994 se incorporaron en el llamado “GATT de 1994”. Este Acuerdo también incorpora como principios fundamentales los propios del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, el Convenio de Berna, la Convención de Roma sobre derechos conexos y el Tratado de Washington sobre Semiconductores, a los cuales añade el principio de la Nación Más Favorecida (NMF) propio de la OMC. En su segunda parte, el Acuerdo establece una serie de requisitos que habrá de cumplir la protección de todas las modalidades incluidas en él, con relación a los puntos básicos de protección, su duración mínima y su alcance. En cuanto a las reglas sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual (en este tratado la propiedad industrial se considera parte de la propiedad intelectual), establece la obligatoriedad de permitir en todo caso la revisión por parte de un juez de las decisiones administrativas en contra del titular de un derecho o de aquella persona que pueda haberlo infringido.

El Acuerdo, aunque por su denominación alude únicamente a los “aspectos comerciales” de la propiedad intelectual, en los hechos determinó una fundamental transformación del régimen internacional en esa materia. Es que en la OMC rige el principio del “todo único”, por el cual los países miembros quedan obligados por la totalidad de los acuerdos que conforman el sistema multilateral de comercio y, por tanto, no pueden adherirse solamente a algunos (como hasta 1994). Esto determinó que gran número de países que no habían ratificado los convenios de París y de Berna, sobre propiedad industrial y sobre derecho de autor y derechos conexos, quedaran automáticamente obligados por sus disposiciones. También convirtió a la OMC en organismo de aplicación del régimen y negociación de sus modificaciones, en una materia que antes estaba exclusivamente encomendada a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y a la UNESCO en lo referente a la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

Reconocimiento constitucional en nuestro país

Dentro de los bienes inmateriales se hallan entonces los que derivan de la creación intelectual. Este tipo de propiedad tiene protección constitucional, pues el artículo 17 de la CN dispone que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que acuerde la ley”. Surge, entonces, de la norma constitucional el carácter eminentemente “temporal” de la propiedad intelectual que, a diferencia de la material, no es perpetua. Así, las obras de ingenio, los inventos y descubrimientos, la creación de signos y marcas, de dibujos y diseños especiales para la industria y el comercio, permiten obtener para sus autores un derecho de propiedad especial, que generalmente se llama “propiedad industrial”.

Naturaleza jurídica. Función económica

La expresión propiedad intelectual se reserva a los tipos de propiedad que son el resultado de creaciones de la mente humana, es decir, del intelecto. Y es pertinente observar que el convenio que establece la Organización Mundial de la

Propiedad Intelectual no tiene una definición más formal. Allí, los Estados que elaboraron dicho convenio decidieron establecer una lista de los derechos vinculados con las obras literarias, artísticas y científicas; las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; las invenciones en todos los campos de la actividad humana; los descubrimientos científicos; los dibujos y modelos industriales; las marcas de fábrica, de comercio y de servicio; así como los nombres y denominaciones comerciales; la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

La Propiedad Intelectual supone el reconocimiento de un derecho particular en favor de un autor u otros titulares de derechos sobre las obras de su intelecto. En los términos de la Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual, esta es definida como “cualquier propiedad que, de común acuerdo, se considere de naturaleza intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y los identificadores, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas”.

La Propiedad Intelectual involucra tanto a las obras artísticas y literarias como a las invenciones que pueden tener una aplicación industrial; es decir, que incluye los derechos de autor y de inventor. Para la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) la expresión *Intellectual Property* engloba tanto los derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, diseño industrial, denominaciones de origen) como los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor y derechos afines).

En Argentina, el INPI (Instituto Nacional de la Propiedad Industrial) divide la propiedad intelectual en dos categorías: a) la propiedad industrial que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y b) el derecho de autor que abarca las obras literarias y artísticas, tales como novelas, poemas, obras de teatro, películas, obras musicales, obras de arte, dibujos, pinturas, fotografías, esculturas y diseños arquitectónicos.

Las invenciones se constituyen como soluciones a problemas técnicos y los dibujos y modelos industriales son las creaciones estéticas que determinan

la apariencia de productos industriales y la aplicación industrial se verificará cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial; entendiéndose el término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

Además, la propiedad industrial incluye las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, los nombres y designaciones comerciales, incluidas las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, y la protección contra la competencia desleal. Aquí, la característica de creación intelectual –aunque existente– es menos prominente, pero lo que importa es que el objeto de la propiedad industrial consiste típicamente de signos que transmiten una información a los consumidores, concretamente en lo que respecta a los productos y los servicios que se ofrecen en el mercado, y que la protección va dirigida contra el uso no autorizado de tales signos –lo cual es muy probable que induzca a los consumidores a error– y contra las prácticas engañosas en general.

Se podrá pensar que la expresión “propiedad industrial” no es estrictamente lógica puesto que, únicamente en lo que respecta a las invenciones, el principal segmento de la economía que se interesa en ellas es la industria. De hecho, en una situación normal, las invenciones se explotan en plantas industriales. Pero las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, los nombres y designaciones comerciales, son de interés no solo para la industria sino también, y principalmente, para el comercio y la actividad empresarial. Los derechos industriales forman parte de los elementos inmateriales de la empresa. A pesar de esta falta de lógica, la expresión “propiedad industrial” ha adquirido, al menos en los idiomas europeos, un significado que abarca claramente no solo las invenciones sino también todos los objetos que se acaban de mencionar.

Por otra parte, el derecho de autor, guarda relación con las creaciones artísticas, como los poemas, las novelas, la música, las pinturas, las obras cinematográficas, etc. Dicha expresión hace referencia al acto principal, respecto de las creaciones literarias y artísticas, que solo puede ser ejecutado por el autor o bajo su consentimiento. Ese acto es la producción de copias de la obra literaria o artística, como un libro, una pintura, una escultura, una fotografía, una

película. La expresión, “derechos de autor” (o derechos de los autores), hace referencia a los derechos de la persona creadora de la obra artística, su autor, lo cual pone de relieve el hecho, reconocido en la mayor parte de las legislaciones, de que el autor tiene ciertos derechos específicos sobre su creación, por ejemplo, el derecho de impedir una reproducción distorsionada que solo él puede ejercer, mientras que otros derechos, como el derecho de efectuar copias, lo pueden ejercer otras personas, por ejemplo, un editor que ha obtenido una licencia del autor a tal fin.

La creciente importancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial en constante crecimiento radica en la relevancia para afianzar un nuevo sistema de producción de riqueza con fundamento en el conocimiento y son los derechos de propiedad intelectual los destinados a dar tutela jurídica a ello, incentivando de ese modo su obtención y uso.

2. DERECHOS DE AUTOR

La Ley N° 11723. Obras protegidas. Contenido del derecho de autor: derecho moral y derechos patrimoniales. Los derechos conexos. El software

Derechos de Autor

La Ley N° 11723

En la República Argentina, los derechos de autor están regulados por la Ley N° 11723 sancionada el 28 de septiembre de 1933 y su posterior modificación mediante la Ley N° 25036 que modifica los artículos 1, 4, 9 y 57 e incorpora el artículo 55 bis a la Ley N° 11723. Esta ley modificatoria fue sancionada el 14 de octubre de 1998 y promulgada en noviembre del mismo año.

Cabe destacar las normas internacionales importantes en esta materia, tales como el Tratado de la Unión de Berna, firmado en 1886 y revisado en varias ocasiones, y los Tratados de la OMPI del 20 de diciembre de 1996, uno sobre derechos de autor y otro sobre derechos afines.

Obras protegidas

Tal como se explicara precedentemente, la propiedad intelectual abarca los “derechos de autor” (o derechos de los autores). Dicha expresión hace referencia a los derechos de la persona creadora de la obra artística (los poemas, las novelas, la música, las pinturas, las obras cinematográficas, etc.).

Quedan excluidos de la definición anterior, las ideas, la información y todo

conocimiento que es patrimonio común y no es susceptible de apropiación. Expresamente la ley excluye de la protección a las disposiciones legales y reglamentarias, sus correspondientes proyectos, las resoluciones de órganos jurisdiccionales, actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de organismos públicos y traducciones oficiales de todos ellos.

Contenido del derecho de autor: derecho moral y derechos patrimoniales

Existen dos categorías de derechos de autor:

a) derechos morales: son irrenunciables, extra-patrimoniales e inalienables, como el derecho de reconocimiento de autoría y el derecho de integridad de la obra, entre otros. Es la “paternidad” que tiene el autor sobre su obra; la conocida expresión de derecho moral de autor. Al crearse una obra, entre esta y el autor, se establece una relación de causa-efecto. La persona que con su ingenio, creatividad y tiempo logró producir algo es la causa. El objeto de la producción, con sus peculiares características, es el efecto, lo resultante: la obra, que, además, refleja mucho la personalidad del autor. La relación causa-efecto y la proyección de la personalidad del autor dan lugar a relaciones espirituales y personales, además de las relaciones de explotación, que la mayoría de las leyes protegen.

Ese conjunto de relaciones entre un autor y su obra, y sus consecuencias, es el mentado derecho moral o no patrimonial de los autores. Los derechos morales son: el derecho a ser reconocido como autor; el derecho a asociar o no su nombre a la publicación o comunicación de su obra; el derecho a que se respete la forma y la integridad de su obra; el derecho a decidir si la propia obra se publica o se da a conocer al público; el derecho a retirar su obra del comercio; y el de no asociar su nombre a una obra que no es de su creación.

b) derechos económicos: son patrimoniales, transferibles y de duración limitada en el tiempo. Básicamente se trata de los derechos de uso y explotación, aunque hay otros, como el derecho a remuneración por copia privada. Cualquier producción intelectual es consecuencia del trabajo de su autor y, en virtud de ello, se establece una relación de propiedad y pertenencia sobre el objeto creado.

Esta relación capacita al poseedor para usar y disponer de tal objeto conforme a sus propios intereses, sin excluir, de ninguna manera, los intereses económicos. Este es un principio inquebrantable y fundamental de las legislaciones autorales. En este sentido, se consideran como derechos patrimoniales o económicos aquellos que especifican el uso y la explotación pecuniaria de las producciones literarias, científicas y artísticas.

Podrán ser titulares de tales derechos el mismo autor, sus herederos o los adquirentes por cualquier título. El autor es el titular originario de tales derechos y sus herederos o adquirentes son considerados titulares derivados.

La duración de los derechos económicos está limitada en el tiempo. Según el artículo 5 de la Ley N° 11723, la titularidad corresponde al autor durante toda su vida y a sus herederos y derechohabientes hasta 70 años contados desde el 1° de enero siguiente a la muerte del autor.

La ley establece como derechos de explotación los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

La reproducción es el acto de fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella. La distribución es el acto de puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma. Por su parte, la comunicación pública es aquel acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas; mientras que la transformación se refiere al acto de traducción, adaptación y cualquier otra modificación de una obra en su forma de la que se derive una obra diferente. En el caso de las bases de datos, se considera transformación a su reordenación.

También se considera de carácter patrimonial el derecho de remuneración por copia privada, que se refiere a la realizada exclusivamente para uso privado del copista y da lugar a una remuneración única y equitativa a favor del titular de los derechos. También es importante destacar que la cesión de los derechos de explotación no impedirá al autor publicar las obras reunidas en una colección, ya sea escogida o completa.

Los derechos patrimoniales o de explotación facultan al autor a decidir sobre el uso de su obra, que no podrá llevarse a cabo sin su autorización, salvo en

determinados casos previstos en la vigente Ley de Propiedad Intelectual, que se conocen como límites o excepciones.

Ahora bien, conforme lo que fuimos estudiando, el autor de una obra, en principios generales, es la persona natural que aparece como tal en la obra. Sin embargo, en determinados casos previstos por la ley, las personas jurídicas pueden tener algunos derechos económicos de propiedad intelectual. Para el caso de las obras en colaboración, los derechos pertenecen a todos los autores, mientras que en las obras colectivas corresponden a la persona bajo cuya iniciativa y coordinación se edita y divulga la obra. Seguidamente la pregunta es a quién corresponden los derechos de explotación. Como principio general, los derechos de explotación corresponden exclusivamente al autor y no pueden ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos por la ley. Por ejemplo, la explotación fundada en motivos educativos, de investigación, de desarrollo y de uso personal.

Cuando los derechos de explotación se extinguen, normalmente por el transcurso de su plazo de duración, las obras pasan al dominio público y pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre y cuando se respete la autoría e integridad de la obra.

Los derechos conexos

Los derechos conexos son aquellos que se le reconocen a personas o entidades que, sin ser los autores de la obra, prestan algún tipo de colaboración creativa, técnica, o de organización, generalmente tendiente a acercar la obra al público. Ofrecen el mismo tipo de exclusividad que el derecho de autor, pero no abarcan las obras propiamente dichas, sino algunas actividades conexas que se realizan con el objetivo de que el público se acerque masivamente a la obra. El antecedente normativo más lejano de este tipo de protección se remonta a la Convención de Roma de 1961, luego reformado por los ADPIC y más recientemente por la Convención de Ginebra de 1996. Son también conocidos como derechos afines o vecinos y *related rights* o *neighbouring rights* en el derecho anglosajón.

En general, se distinguen tres tipos de beneficiarios de los derechos conexos. En primer lugar, los artistas intérpretes o ejecutantes, en cabeza de los

cuales reposa la colaboración más puramente artística de los derechos conexos. Suelen aparecer en las obras musicales, coreográficas o dramáticas. Es lógico que, aun sin ser los creadores de la obra, estos artistas sean reconocidos con algún tipo de protección, ya que en algunos casos son esenciales para darle vida a la obra y aun en el caso de que su colaboración no sea esencial, es lo suficientemente importante para ser reconocida por la ley. En consecuencia, gozan del derecho a impedir la fijación (grabación), la radiodifusión y la transmisión al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo sin su consentimiento, así como el derecho a impedir la reproducción de las mismas y al reconocimiento de su nombre respecto de estas. Es importante diferenciar el contenido de la protección del derecho de autor con la de un derecho conexo. Un ejemplo bien simple ayudará a graficar la situación: la banda de rock nacional “Divididos” interpreta la canción “El Arriero” de Atahualpa Yupanqui. Aquí el derecho de autor sobre la obra musical continúa en cabeza de los herederos de Yupanqui, ya que el autor murió hace menos de 70 años. La banda Divididos, tendrá un derecho conexo sobre *su* interpretación, pudiendo por ejemplo impedir que una emisora de televisión la transmita sin su consentimiento.

Otro grupo protegido por los derechos conexos es el de los productores de grabaciones. Ellos realizan un aporte tanto técnico como creativo, con el objetivo de que la obra alcance la mayor cantidad de público posible. El productor de las grabaciones es el primer responsable de fijar la obra musical en un soporte cualquiera. La legislación le da la facultad de autorizar o impedir la reproducción, o la distribución de sus fonogramas o las copias de los mismos.

Por último, aparecen también los organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos. Ellos tienen la facultad de autorizar o impedir la reproducción de emisiones que hayan efectuado, en virtud de los recursos técnicos y económicos invertidos para llevarlas a cabo. Por ejemplo, si la TV Pública transmite un concierto de “Peteco” Carabajal en el Festival de Cosquín, esa transmisión no puede ser reproducida por el canal TELEFE sin la debida autorización. La TV Pública, en ese caso, tendría hasta la facultad de percibir un ingreso económico para conceder la autorización.

El software

Mientras que en la mayoría de los países el software goza de la protección de las patentes, en Argentina la Ley N° 24481 en su artículo 6° inciso c) lo excluye expresamente de esa protección y lo encuadra dentro de los derechos de autor. Algunos autores critican esta protección, ya que se refiere a la forma o expresión de las ideas y no a las ideas en sí mismas, que solo pueden protegerse por medio de las patentes o el secreto industrial. Además, tal regulación puede ser peligrosa para los dueños de los softwares que en el marco del derecho de autor pueden ver vulnerados sus derechos en virtud de las excepciones que este instituto concibe. Por otro lado, cabe resaltar que a los programadores de software les queda como recurso la herramienta de patentar sus creaciones en algún otro país y que al tratarse de un sistema que exige novedad mundial se encontrarían protegidos, amén de los costos que supone realizar trámites de patentamiento en el extranjero.

3. PATENTES DE INVENCIÓN Y MODELOS DE UTILIDAD

Regulación legal. Concepto. Patentabilidad. Excepciones a la patentabilidad. Requisitos objetivos de patentabilidad. Requisitos subjetivos de patentabilidad. Requisitos formales. Procedimiento. Derechos conferidos. Duración. Límites al derecho conferido por la patente. Patentes de adición o perfeccionamiento. Modelos de Utilidad

Patentes de Invención y Modelos de Utilidad

Regulación legal

El empresario organiza y combina bienes materiales e inmateriales; así, el capital de la empresa estará constituido por cosas (inmuebles, muebles, maquinarias, herramientas, mercadería, etc.) y por bienes inmateriales (patentes, marcas, valor lleve, etc.).

Dentro de los bienes inmateriales se hallan, entonces, los que derivan de la creación intelectual. Este tipo de propiedad tiene protección constitucional, pues el artículo 17 de la CN dispone que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que acuerde la ley”. Surge, entonces, de la norma constitucional el carácter eminentemente “temporal” de la propiedad intelectual que, a diferencia de la material, no es perpetua. El sistema de patentes que se analiza en el presente, está inmerso en el derecho de propiedad industrial que la ley protege tanto en un sentido positivo –para permitir a su autor disfrutar de ella–, como en un sentido negativo –al impedir que otros lo utilicen–. Como bien inmaterial, la propiedad industrial es transferible. El derecho concedido, sin embargo, no es absoluto: si bien se trata de proteger al inventor o creador, por otro lado, se limita su derecho a la utilización exclusiva, de modo que no haya perjuicio para la comunidad. A

diferencia de la propiedad sobre los bienes materiales y algunos inmateriales (como las marcas), las patentes de invención están destinadas a extinguirse con el transcurso de los plazos legales.

Asimismo, se concibe, a grandes rasgos, como el premio que se le otorga a quien hace un aporte al desarrollo y el progreso de la humanidad, mediante la invención de un producto o un procedimiento nuevo. De esa manera, se encuentra un apropiado equilibrio entre el interés del creador, que estará motivado a seguir creando y el interés del resto de la comunidad en disponer de la nueva tecnología.

En esta materia, una cuestión a considerar es la dependencia que impone la adquisición de la tecnología extranjera. El desarrollo de los países hace que no sea igualitario el intercambio tecnológico. Tal es el caso de las empresas públicas o privadas de los países menos desarrollados, las que necesitan métodos más modernos de producción o comercialización, por lo que recurren a tecnología ajena a cambio de regalías.

A Estados Unidos, la competencia de países que copiaban su tecnología (como Japón y el Sudeste Asiático) le trajo perjuicios en su sistema comercial. El tema de los derechos de propiedad industrial es, entonces, susceptible de adquirir vigencia en el ámbito internacional, de hecho, existe un derecho uniforme en constante elaboración en el mundo de la mano de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

En ese marco están el Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, en inglés TRIP's) –también llamados GATT– de la OMC, del que nuestro país forma parte por la Ley N° 24425 (1994) junto con aproximadamente 130 países. El acuerdo ADPIC establece estándares mínimos de protección de los derechos intelectuales que los miembros de la OMC se obligan a cumplir. Además, deben asegurar que en su legislación existan recursos ágiles para prevenir infracciones y que esos recursos constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. En cuanto a las patentes establece: -“Principio de No Discriminación”; -“La patente confiere derechos exclusivos”; -“Las excepciones y licencias obligatorias están limitadas”; -“Compromiso de adoptar medidas eficaces frente a la infracción”; -“Principio de no regresión”.

El objetivo de los regímenes de patentes es, en definitiva, promover el desarrollo tecnológico, económico y social; protegiendo la creación tecnológica y otorgando al inventor un derecho exclusivo durante un tiempo limitado.

Por lo tanto, las normas aplicables a esta materia son:

- la Ley de Patentes y Modelos de Utilidad N° 24481 del año 1995 (que derogó la Ley N° 111 de 1864) y que fue reformada por las leyes N° 24572 (1995) y N° 25859 (2004);
- el Decreto reglamentario N° 290/96; y,
- la Ley N° 24425 (1994) que ratifica el acuerdo ADPIC.

Concepto

La patente es el documento expedido por una oficina gubernamental que describe una invención y que crea un privilegio legal en un Estado determinado, durante un plazo fijo, para que pueda ser explotada por su titular o por un tercero que tenga autorización para ello y que vencido el término de la vigencia pasa a ser del dominio público.

Básicamente, el principio a que el derecho de patentes responde es el siguiente: quien realice una invención industrial puede pedir la concesión de una patente, que se le concederá si es el primero en solicitarla para esa invención y si la misma reúne los requisitos legales de patentabilidad. Por lo expuesto, concesión de la patente significa que aquel a quien le ha sido otorgada tiene su explotación exclusiva durante un plazo determinado. La legislación no garantiza al inventor ninguna ganancia económica como consecuencia del uso del invento, sino que le reconoce un derecho de carácter excluyente de explotación.

En nuestro país, la autoridad de aplicación es el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial –INPI– (art. 90). Se trata de un organismo autárquico con personería jurídica y patrimonio propio, que funciona en el ámbito del Ministerio de Economía. En su ámbito funciona la Administración Nacional de Patentes.

Patentabilidad

El artículo 4 de la Ley N° 24481 dispone que son patentables las invenciones de productos o procedimientos siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. De ello se deduce que todo producto o procedimiento –sin importar el campo de la tecnología del que provenga– será patentable siempre que cumpla con los siguientes requisitos: (a) novedad, (b) actividad inventiva y (c) susceptibilidad de aplicación industrial.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 27 del ADPIC agregando que serán patentables los productos y procedimientos *en todos los campos de la tecnología* siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos de patentabilidad.

Excepciones a la patentabilidad

Además de definir en forma positiva cómo deben ser las invenciones para ser patentables, también define por la negativa, es decir, lo que no se considera invención a los efectos de la ley.

Al respecto hay dos tipos de excepciones, las “Permanentes” y las “Transitorias”.

1. La figura de las Permanentes la encontramos en el artículo 6 que contiene una enumeración de tipos de invenciones que no tienen la facultad de ser patentables. En el inciso a encontramos “Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos”. Aquí vale aclarar la diferencia que existe entre un invento y un descubrimiento; este último es un reconocimiento de lo que ya existe en el mundo, mientras que un invento posee una enseñanza técnica o industrial que sirve para la resolución de un problema técnico. Esta norma estaría en contradicción con el artículo 17 CN que dice que los descubrimientos son propiedad de su autor. Debe interpretarse que aquí la ley contiene una presunción de que los descubrimientos no tienen aplicación industrial, pero si se tratara de descubrimientos con aplicación industrial concreta, los mismos resultarían perfectamente patentables. Un descubrimiento es el hallazgo de algo que aún no era conocido pero que existía, mientras que

un invento, por el contrario, es la solución a un problema a través de medios técnicos. El descubrimiento de un nuevo metal o material no es patentable, pero si ese nuevo elemento tiene una utilización práctica, eso sí es patentable. Por ejemplo: se descubre un nuevo tipo de madera –en el Amazonas– extremadamente dura; ello no es patentable, pero un durmiente de ferrocarril hecho de ese material sí es patentable.

El inciso b se refiere a “Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas”. De esta manera se excluye de la patentabilidad a las obras literarias o artísticas, que están protegidas por la Ley N° 11723 de derechos de autor. Las creaciones estéticas por definición carecen de aplicación técnica, al igual que las obras científicas por sí mismas.

El inciso c hace referencia a “Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de computación”. Son supuestos en los que no existe ninguna creación técnica, limitándose a ser meras concepciones abstractas o intelectuales. Sin embargo, corresponde hacer una salvedad, ya que existe una discusión doctrinaria al respecto. En nuestro país el software es considerado una obra intelectual y está protegido por la Ley N° 11723 de derechos de autor, aun cuando en el mundo la tendencia se inclina a conceder patentes a muchas invenciones en las que el software representa una contribución técnica. Hay que recordar que el derecho de autor –o de copyright– no protege las ideas sino la forma en que estas ideas se expresan. No obstante lo expuesto, en nuestro país y por la redacción de la ley, no es posible hoy en día solicitar una patente de software.

Continúa el artículo 6 excluyendo la patentabilidad en los incs. d) a g); y la razón que lleva a su exclusión es que estas invenciones carecen de aplicabilidad industrial; pues se considera que el ejercicio de la medicina y de la veterinaria no es “industria”.

Por su parte, el artículo 7 también enumera aquellas invenciones que no son patentables por diversas razones; en el inciso a el objetivo del precepto es excluir de la protección a invenciones que puedan conducir a desórdenes públicos o generar comportamientos ofensivos o criminales. El inciso b enumera casos en los que está comprometido la salud de las personas, la moral y el medio ambiente.

2. La figura de las Transitorias: son las que desaparecen luego de transcurrido un período de tiempo. Al efecto, el artículo 100 dispone “que no serán patentables las invenciones de productos farmacéuticos antes de los 5 años de publicada la ley en el BO”; y que hasta esa fecha no tendría vigencia ninguno de los artículos contenidos en la ley en los que se disponga la patentabilidad de invenciones de productos farmacéuticos. Se trata de una de las innovaciones más importantes introducidas por la nueva ley al posibilitar patentar los productos farmacéuticos. La Ley N° 111 establecía que no eran susceptibles de patentes las composiciones farmacéuticas (art. 4). Sin duda el progreso de la medicina, basado en la investigación científica desarrollada tanto en organismos oficiales como empresas privadas, es sorprendente; pero al mismo tiempo costoso y dedicado. A ello se agrega que las tareas de investigación deben ser publicadas, como condición esencial para obtener la autorización oficial. Y, una vez conocido el nuevo compuesto químico, su fabricación es muy fácil para cualquier empresa con conocimientos.

Por lo que estamos ante una encrucijada, tenemos un alto costo de investigación y, paralelamente, la reproducción sencilla del producto obteniendo la información. Es por ello que en esta materia la protección de la invención es más que necesaria. A ello se contraponen que está en juego la salud, tema sensible; pues está relacionado con el derecho a la vida, con rango constitucional. Entonces entran a jugar razones de utilidad pública.

A partir de la nueva norma, los laboratorios nacionales no pueden copiar productos –no es patentable lo que ya está en el comercio, solamente los nuevos gozan de protección legal–, debiendo obtener la licencia y pagar la consiguiente regalía.

Requisitos objetivos de patentabilidad

El artículo 4° de la Ley de Patentes (LP) establece que para ser patentables las invenciones de productos o de procedimientos deben ser nuevas, entrañar una actividad inventiva y ser susceptibles de aplicación industrial. Como ya fue indicado, en el mismo sentido se pronuncia el artículo 27 del ADPIC sobre materia patentable.

Es menester hacer un análisis individual de cada uno de los tres requisitos objetivos de patentabilidad.

1. Novedad: según el inciso b del artículo 4 de la LP, “será novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de técnica”. El inciso c define al estado de la técnica como “el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente, o en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero”.

El primer dato importante para recoger con base en la definición del artículo 4 es la exigencia de novedad mundial para justificar la patentabilidad, a diferencia de los modelos de utilidad que, como veremos más adelante, exigen novedad nacional. Además, pueden individualizarse los dos hechos destructivos de la novedad. En primer lugar, la explotación del invento. En segundo lugar, la difusión pública mediante una descripción oral o escrita del invento. El objeto de la patente no puede haber sido explotado ni dado a conocer en ningún lugar del mundo con anterioridad a la solicitud de la patente, o en su caso, de la prioridad reconocida.

Sobre este punto también es oportuno observar lo que dispone el artículo 5 LP. Allí se prevé el caso en el que una utilización o difusión previa del invento no afecta la novedad. En ese sentido, entonces, habrá novedad a pesar de una difusión o utilización previa cuando dentro de 1 año previo a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, el inventor o sus causahabientes hayan dado a conocer la invención por cualquier medio de comunicación o la hayan exhibido a una exposición nacional o internacional. Se trata del caso en el que el propio creador es el responsable de la difusión previa, y la ley lógicamente admite la excepción al principio general. Por lo tanto, al momento de presentar la solicitud, el inventor debe acompañar la prueba de la difusión de su invento en los términos del artículo 5 del Decreto reglamentario N° 260/96.

2. Actividad inventiva: el artículo 4 establece que habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la mate-

ria técnica correspondiente. La actividad inventiva debe diferenciarse del requisito de la novedad. Son conceptos que están relacionados, pero que no son iguales. Hay que tener en cuenta que, de no existir este requisito, todo lo que fuera nuevo sería patentable. Se trata de una valoración de calidad del avance técnico que incorpora la invención considerada. Según el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial si la invención es una combinación de elementos conocidos con resultado predecible, la misma carece de actividad inventiva puesto que el resultado final al que se accede partiendo de lo conocido es obvio para cualquier persona del oficio de nivel medio.

En la definición legal de la actividad inventiva nos encontramos dos conceptos que es necesario determinar. Lo evidente es difícil de definir, aunque podemos aventurar que se trata del normal progreso de la técnica. La persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente nos habla de un experto en el campo de aplicación del invento, o bien de alguien que tiene cierta experiencia en ese ámbito. Determinarlo es importante, ya que en su opinión se basará el dictamen de la existencia o no de actividad inventiva.

3. Aplicación industrial: según el inciso e del artículo 4 LP, hay aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiéndose al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dicha y los servicios. Según la Oficina Europea de Patentamiento, el término “industrial” deberá entenderse como el ejercicio de cualquier actividad física de carácter técnico, es decir, una actividad que pertenece al dominio de las artes aplicadas en contraposición al de las bellas artes; una definición que no conlleva necesariamente el uso de una máquina o la fabricación de un artículo. Por otra parte, dicho concepto implica que una actividad se lleva a cabo de forma continua, de manera independiente y con el objetivo de beneficio financiero.

Requisitos subjetivos de patentabilidad

Designación del inventor: el inventor tiene el derecho a ser reconocido como tal. Por ese motivo, el artículo 9 LP, presume inventor a la persona o personas

físicas que se designen como tales en la solicitud de patente o de modelo de utilidad, salvo prueba en contrario.

En virtud de esa identificación, la ley también reconoce el derecho correspondiente a los causahabientes del inventor, tanto a explotar el objeto de la patente como a concertar contratos de licencia sobre el mismo.

Invencciones laborales: el artículo 10 LP titulado “Invencciones desarrolladas durante una relación laboral” ofrece algunas variantes que ayudan a determinar la titularidad de un invento y de su eventual patente en caso de duda.

Utilizando la clasificación de Gómez Segade, podemos diferenciar tres tipos de invenciones laborales.

En primer lugar, las invenciones de encargo (inc. a) son las que el trabajador hace durante el curso de su relación laboral, la cual debe tener por objeto total o parcial la realización de actividades inventivas. Es decir, que son aquellas inventadas por el trabajador que fue contratado justamente para inventar. En tal caso, las invenciones pertenecerán al empleador. Sin embargo, también debemos distinguir las invenciones de encargo con indemnización. Se trata de las contempladas en la primera parte del inciso b del artículo 10, que dispone que el trabajador tendrá derecho a una indemnización suplementaria cuando su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y el empleador exceda de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo.

En segundo lugar, las invenciones de servicio (inc. b) son aquellas en las que, si bien el inventor no fue contratado para inventar, se valió de los recursos tecnológicos y de los conocimientos adquiridos en la empresa para hacerlo. En ese caso, el empleador puede reservarse el derecho a la titularidad de la invención o a la explotación de la misma, aunque debe hacer uso de esa opción dentro de los 90 días de realizada la invención, de lo contrario la titularidad recae en el inventor. Si el empleador hace uso de la opción, el trabajador tiene derecho a una compensación económica justa que tenga en cuenta su aporte personal y los recursos que puso a su disposición la empresa. Además, si el empleador otorga una licencia a un tercero, el inventor tiene el derecho a reclamar hasta el 50% de las regalías.

Por último nos referiremos a las invenciones libres (inc. c), que por descarte corresponden a las que no entren en los supuestos de los incisos a o b. Son

invenciones realizadas por una persona que no se encuentra en una relación laboral o bien el campo de actividad del invento es distinto al de su trabajo. No obstante, la ley (inc. d) establece la presunción *iuris tantum* de que la invención fue realizada durante la relación laboral si la solicitud es presentada dentro del año posterior a la fecha en la que el inventor dejó el empleo dentro de cuyo campo de actividad se obtuvo el invento.

Requisitos formales. Procedimiento

1. Solicitud: de acuerdo al artículo 12 la solicitud de patente debe ser escrita y presentarse ante la Administración Nacional de Patentes del INPI.

Debe cumplirse con los requisitos del artículo 19:

- denominación y descripción de la invención (inc. a);
- los planos y dibujos necesarios para la comprensión de la descripción (inc. b);
- una o más reivindicaciones (inc. c);
- un resumen de la descripción de la invención y las reproducciones de los dibujos que servirán únicamente para su publicación y como elemento de información técnica (inc. d);
- la constancia del pago de los derechos (inc. e);
- los documentos de cesión de derechos y de prioridad (inc. f).

Debemos apuntar, sin embargo, que a los efectos de obtener una fecha de presentación, el solicitante puede limitarse a acompañar una declaración por la que se solicita una patente, la identificación del solicitante y una o varias reivindicaciones. El resto de los requisitos puede ser presentado en el plazo de 90 días (art. 18).

La ley dispone que la solicitud de patente en trámite y sus anexos serán confidenciales hasta el momento de su publicación (art. 25) y que la Administración Nacional de Patentes podrá formular observaciones a la solicitud, que el solicitante deberá satisfacer en el plazo de sesenta días (art. 28).

También es importante destacar que, en el caso de que varios solicitantes pretendan patentar la misma invención independientemente uno de otros, el derecho pertenecerá al que tenga la solicitud o la prioridad reconocida más antigua (art. 15).

La solicitud debe contener una sola invención o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de tal manera que integren un solo concepto inventivo en general. De lo contrario, habrán de ser divididas (art. 17).

La ley reconoce la posibilidad de que una solicitud de patente de invención se convierta en solicitud de modelo de utilidad y viceversa durante su tramitación (art. 23).

Reivindicación, Descripción y Dibujos: las reivindicaciones definen el objeto de la patente por el que se solicita la protección. Deben ser claras y concisas y deben fundarse en la descripción. Tanto la descripción como los dibujos sirven para interpretar la reivindicación. Esto significa que debe haber una base en la descripción para el objeto de cada reivindicación y que el ámbito de protección de las reivindicaciones no debe ser más amplio de lo justificado por la extensión de la descripción y los dibujos.

Es necesario tener en cuenta que, si la reivindicación no es clara, es imposible comparar lo reivindicado con el estado de la técnica y, en consecuencia, muy difícil definir si lo reivindicado es nuevo e implica una actividad inventiva. La descripción debe ser suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda ejecutarla.

En cuanto a los dibujos en sí, al menos una de las figuras debe ilustrar la invención claramente y de forma separada. Pueden, asimismo, incluirse figuras que representen el estado de la técnica anterior. También pueden incluirse dibujos sobre cómo se usa la invención. Según el campo de aplicación del objeto a patentar, existen diversas recomendaciones en relación a los dibujos. Por ejemplo, en las invenciones electrónicas complejas pueden usarse diagramas de bloques para agrupar circuitos. En las invenciones químicas o informáticas suelen usarse diagramas de flujo. En mecánica, la calidad de los dibujos es esencial y cada uno de los elementos reivindicados debe estar separado en un dibujo. Suelen usarse diferentes vistas de los elementos reivindicados, en perspectiva y en proyecciones frontales, laterales, o divididos en secciones.

2. Admisión a trámite: para acceder a esta etapa, la Administración Nacional de Patentes realiza un examen preliminar de la documentación, pudiendo requerir que se aclare lo que considere necesario o se subsanen omisiones. Cuando se produce la admisión a trámite, se fija la fecha de presentación, que

tiene importancia por varios motivos. En primer lugar, es la fecha determinante a los efectos de fijar el estado de la técnica, es decir, se comprueba que antes de esa fecha no hayan existido las novedades técnicas que el inventor reivindica como propias. Pero, además, es la fecha que se tendrá presente para computar diversos plazos del procedimiento y, más importante aún, para determinar el plazo de duración de la patente.

3. Examen de fondo: el artículo 27 estipula que, previo pago de la tasa que establezca el Decreto reglamentario N° 290/96, la Administración Nacional de Patentes procederá a realizar un examen de fondo.

En esta fase del procedimiento es donde se requiere la participación de un experto en el sector de la técnica en el que está incluido el invento. Su intervención es crucial para determinar si están cumplidos los requisitos de patentabilidad, en particular los referidos a la novedad y la actividad inventiva. Según el mismo artículo, la Administración Nacional de Patentes podrá requerir copia del examen de fondo realizado por oficinas extranjeras examinadoras y podrá solicitar informes a investigadores que se desempeñen en universidades o institutos científico-tecnológicos del país, quienes serán remunerados en cada caso, de acuerdo a lo que establezca el decreto reglamentario.

3. Publicación y observaciones de terceros: la ley en su artículo 26 establece que la Administración Nacional de Patentes procederá a publicar la solicitud de patente en trámite dentro de los 18 meses desde la fecha de presentación, aunque podrá ser publicada antes, si así lo requiere el solicitante.

La principal finalidad de la publicación es la de alertar a los terceros para que formulen observaciones. Según el artículo 28 cualquier persona podrá formularlas y agregar prueba documental dentro de los sesenta días a partir de la publicación. Solo podrán referirse a la falta o insuficiencia de los requisitos legales para su concesión.

4. Resolución del expediente: aprobados todos los requisitos que correspondan, la Administración Nacional de Patentes procederá a extender el título (art. 30), que se hará sin perjuicio del tercero con mejor derecho que el solicitante y sin garantía del Estado en cuanto a la utilidad del objeto sobre el que recae (art. 31).

5. Publicidad: en virtud del artículo 32 el anuncio de la concesión de la paten-

te de invención se publicará en el boletín que edita la Administración Nacional de Patentes mencionando:

- el número de la patente concedida (inc. a);
- la clase o clases en que se haya incluido la patente (inc. b);
- el nombre y apellido, o la denominación social, y la nacionalidad del solicitante y en su caso del inventor, así como su domicilio (inc. c);
- el resumen de la invención y de las reivindicaciones (inc. d);
- la fecha de la solicitud y de la concesión (inc. f);
- el plazo por el que se otorgue (inc. g).

Una vez otorgadas, las patentes de invención serán de público conocimiento y se extenderá copia de la documentación a quien lo solicite, previo pago de los aranceles que se establezcan (art. 34).

6. Recursos de reconsideración: el artículo 72 dispone que contra la resolución que deniegue la concesión de una patente o modelo de utilidad o contra aquella que haga lugar a las observaciones formuladas por la Administración Nacional de Patentes, procede el recurso de reconsideración. El mismo se debe plantear por escrito ante el presidente del INPI en un plazo de 30 días a partir de la notificación de la resolución.

Derechos conferidos

El inventor tiene un derecho exclusivo sobre su invento que impide que terceros fabriquen, usen, vendan o comercialicen de cualquier modo el producto patentado, o usen el procedimiento patentado para comercializar un producto obtenido a partir del mismo.

Es posible dividir el derecho conferido por la patente en:

- facultades positivas: entre las que se encuentran las de explotar industrial y comercialmente el objeto de la invención.
- facultades negativas: que se concretan en el *ius prohibendi*, desdoblándose a su vez en la facultad de oponerse a la concesión de una patente sobre una invención anticipada por la suya y en la posibilidad de ejercer las correspondientes acciones contra el tercero no autorizado que infrinja su derecho de exclusiva.

En resumen, la concesión de la patente supone gozar de un monopolio legal que de un derecho exclusivo a explotar industrial y comercialmente el objeto de la patente y la facultad de oponerse a los terceros que lesionen ese derecho exclusivo.

Duración

Según el artículo 33 del ADPIC la protección conferida por una patente no expirará antes que hayan transcurrido veinte años desde su solicitud. De esta manera se crea un piso de protección mínima, aunque la redacción del artículo deja librado al arbitrio de los Estados otorgar períodos de protección más largos. La mayoría de los miembros del Acuerdo, entre los que se incluye Argentina (art. 35 LP), han optado por otorgar una protección de veinte años, transcurrida la cual, el invento pasa al dominio público.

La incorporación del invento al dominio público responde al interés de la comunidad por enriquecer su patrimonio con las innovaciones logradas por los inventores.

La fijación de un plazo rígido y la imposibilidad de renovar la protección de la patente una vez concluido el plazo legal implica que a la ley no le interesa si el titular sufrió alguna imposibilidad a la hora de explotar el invento, haya esto ocurrido en el trámite de concesión o con posterioridad.

Límites al derecho conferido por la patente

El artículo 36 LP enumera los actos que el titular de una patente no puede prohibir a través de cuatro incisos.

El inciso a) se refiere a la utilización con fines experimentales. Son los actos de un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado. En este caso, la norma prioriza las actividades experimentales siempre y cuando no sean comerciales, favoreciendo el progreso de los conocimientos de la huma-

nidad. Va de suyo que en el caso de que esas actividades experimentales deriven en una mejora o en una nueva aplicación del objeto de la patente, serían susceptibles de una nueva patente o de una patente de adición o perfeccionamiento.

El inciso b) trata sobre el siempre complejo tema de las patentes sobre medicamentos. De esta manera, se establece que la patente no producirá efecto alguno sobre la preparación de medicamentos realizada en forma habitual por profesionales habilitados y por unidad de ejecución de una receta médica, ni a los actos relativos a los medicamentos así preparados.

El inciso c) se enmarca en el agotamiento del derecho de la patente. Según este inciso, la patente no produce efecto alguno contra cualquier persona que adquiera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Aclara, además, que la puesta en el comercio es lícita cuando sea de conformidad con el ADPIC Parte III Sección IV.

Esto significa que una vez que el producto amparado por el derecho exclusivo ha sido introducido en el mercado por el titular del derecho o con su consentimiento, ese producto es de libre circulación, de manera que dicho titular no puede ya ejercitar acciones derivadas de su derecho frente a quienes utilicen el producto en cuestión, lo ofrezcan o negocien con él, aunque sí podrá ejercerlo contra aquellos terceros que fabriquen dicho producto sin su consentimiento. Se entiende que con la introducción del producto en el mercado por parte del titular del derecho o con su consentimiento se cumple ya la finalidad para la que se otorga el derecho y queda, por tanto, agotada la virtualidad del mismo.

Por último, el inciso d) dispone que no se puede prohibir el empleo de invenciones patentadas en nuestro país a bordo de vehículos extranjeros, terrestres, marítimos o aéreos que accidental o temporalmente circulen en jurisdicción de la República Argentina, si son empleados exclusivamente para las necesidades de los mismos.

Patentes de adición o perfeccionamiento

Los artículos 51 y 52 se refieren a las patentes de adición o perfeccionamiento. Según la ley, todo el que mejorase un descubrimiento o invención patentada tendrá derecho a solicitar una patente de adición.

El caso de las patentes de adición es aquel en el cual el inventor se basa en elementos o conocimientos que son objeto de una patente todavía vigente y que, por lo tanto, no son susceptibles de una patente independiente. Sin embargo, siempre y cuando se le otorgue al objeto de la patente vigente una mejora, modificación o cambio que le otorgue una ventaja, se podrá solicitar una patente de adición o perfeccionamiento.

El tiempo de protección otorgado a la patente de adición será el que le reste a la patente de la que dependa. Por ejemplo, si se obtiene una patente de adición sobre un invento que lleva 15 años de vigencia de patente, la patente de adición tendrá un tiempo de protección de 5 años.

Modelos de Utilidad

El artículo 53 define los modelos de utilidad como toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se prestan a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados. Al creador de ellos se le otorgará el derecho exclusivo de explotación mediante un certificado de modelo de utilidad. El modelo de utilidad solo protege la nueva forma de un objeto, de la que resulta una utilidad práctica. En consecuencia, es dable decir que el modelo de utilidad cubre la zona de las creaciones de forma de los objetos que cumplen una función técnica y práctica, pero no tienen el nivel inventivo necesario para la concesión de la patente.

En ese sentido el artículo 55 LP establece que los requisitos esenciales para que proceda el otorgamiento del certificado de modelo de utilidad son la novedad y el carácter industrial, pero que no constituirá impedimento que carezca de actividad inventiva o que sean conocidos o hayan sido divulgadas en

el exterior. Por lo tanto, la novedad, a diferencia de las patentes de la invención, podrá ser solo nacional.

Otra de las grandes diferencias con el régimen de las patentes de invención la constituye el tiempo de duración de la protección. A diferencia de aquellas, que como vimos tienen una duración de veinte años, el certificado de modelo de utilidad tendrá una vigencia de diez años improrrogables contados a partir de la fecha de la solicitud, según lo estipulado por el artículo 54 LP.

4. MARCAS Y DESIGNACIONES (LEY N° 22362)

Caracterización. Funciones de la marca. Tipos de marcas. Régimen legal. Capacidad distintiva. Signos registrables. Signos no registrables. La confusión. La propiedad de la marca. Registro de la marca. El trámite de registro. Extinción del derecho. Nulidad de la marca. Caducidad de la marca. Las marcas de defensa. Las designaciones. Los ilícitos. Marcas y nombres de dominio en internet. Valuación de las marcas

Marcas y designaciones

Caracterización

La marca es un nombre o signo distintivo de un producto o servicio; mientras que la designación lo es de una actividad. Sirven para distinguir un producto o servicio de otro. Aplicados en el comercio o la industria, estos “signos distintivos” adquieren un valor relevante. Su función es hacer conocer un producto, un servicio, una actividad, diferenciándolos de otros similares. La función de identificación se cumple en el mercado y va estrechamente unida a la publicidad que el empresario propietario de la marca vuelca sobre el mercado. La función distintiva le permite al consumidor identificar el producto, sus características y comprar lo que quiere.

Tanto las marcas como las designaciones tienen un claro valor económico, que la ley protege: sirven indudablemente para penetrar en el mercado y atraer y mantener a una clientela. También se relacionan con la buena fe que los consumidores depositan en los productos, servicios o actividades de los empresarios. Las marcas y las designaciones obran como indicadores de calidad y origen. Son un vehículo de la competencia. Hellmann’s, BMW, Luis Vuiton, Coca Cola, identifican respectivamente aderezos, un automóvil excelente, artículos de lujo y una bebida. Estas son marcas notorias, o de gran

reputación, que tienen difusión en gran parte del mundo, pudiendo llegar su valor a decenas de millones de dólares. Pero hay muchas otras –“La favorita”, “La espiga de oro”– que identifican negocios vecinales, pero también establecen relaciones con el público, aunque en un ámbito más restringido.

Funciones de la marca

Son funciones de la marca:

a) distinción de productos y servicios. La principal función de la marca es la de ser una forma de distinción de los productos y servicios de una empresa. La información sobre el fabricante en rigor es extraña a la marca. Esta función distintiva es esencial de la marca y hace posible la comercialización y competencia en el mercado.

b) indicación del origen. En sus orígenes, la marca identificaba el origen de los productos. Permitía conocer quién era el productor o fabricante de los bienes comercializados. Pero hoy en día este concepto está relativizado, pues la marca no siempre identifica el origen del producto. Es factible, además, la cesión o transferencia de una marca de un fabricante a otro, con lo cual la idea de identificación del fabricante se desvanece.

c) protección al titular de la marca. Al distinguir los productos unos de otros mediante el sistema marcario, se posibilitó a los productores explotar un signo distintivo y formar en su entorno una clientela.

d) protección a los consumidores. La marca sirve, además, de protección a los consumidores en la medida en que les permite identificar y distinguir los diversos productos o servicios que se ofrecen en el mercado. La protección a los consumidores es un bien tutelado de manera indirecta, porque lo esencial es la protección del titular de la marca.

e) calidad de los productos. La marca supone o garantiza una calidad uniforme. Quien vuelve sobre una misma marca busca lo mismo que antes conoció. La calidad uniforme que el consumidor espera encontrar en el producto no constituye una obligación legal del titular de la marca; sino que es del interés de este para que el consumidor la vuelva a elegir.

f) publicidad. El comerciante emplea la marca con propósitos publicitarios. Sin la marca sería imposible efectuar publicidad.

g) función de competencia. El sistema marcario está destinado también a evitar que los comerciantes confundan al público haciendo pasar sus bienes y servicios por los de los otros, o aprovechando el esfuerzo ajeno, imitando signos identificatorios de los productos comercializados por otros comerciantes. Esta función es tenida en cuenta cuando se consideran nulas las marcas registradas por quien, al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ellas pertenecían a un tercero.

Tipos de marcas

Marcas de productos: son aquellas que están destinadas a proteger un producto. A estos efectos existe un clasificador internacional de productos, llamado Clasificador Internacional de Niza, que se utiliza también en nuestro país. Allí se clasifica un universo de clases en un listado enumerado que distingue 34 clases de productos.

Marcas de servicios: están destinadas a distinguir servicios. Estos últimos también se encuentran clasificados, agregando 8 clases al clasificador anterior, que culmina con 42 clases.

Ello se relaciona con el principio de especialidad de las marcas, que sostiene que una marca puede tener diferentes titulares, siempre que distinga rubros distintos. Una marca solo protege o distingue los productos o servicios para los que se encuentra inscrita. Ello se concreta a través del listado que clasifica a los productos o servicios, de suerte que las marcas se otorgan indicando el tipo de productos o servicios (clase) que podrán distinguir en el mercado. Así, por ejemplo, la marca Hush Puppies –Reg. 522.440– fue otorgada para distinguir productos de la clase 25, donde se encuentran clasificados los zapatos.

Régimen legal

Está constituido por la Ley N° 22362 sobre marcas y designaciones, que data del año 1981. Se integra con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) –aprobado por la Ley N° 24425–; el Convenio de París para la Protección de la Propiedad

Industrial (Acta de Lisboa) –aprobado por la Ley N° 17011– y el Acta de Estocolmo, aprobada por la Ley N° 22195.

Capacidad distintiva

Un signo que representa una forma marcaria permitida solo puede ser registrado como marca cuando posee capacidad distintiva. El carácter distintivo de un signo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser una marca.

El término capacidad distintiva posee dos componentes: (i) el signo a registrarse debe tener una capacidad identificatoria abstracta e intrínseca (art. 1) –novedad– y (ii) debe distinguirse de otros signos que correspondan a otros derechos (art. 3 inc. a y b) –especialidad–.

La novedad no debe ser absoluta en el sentido de que el signo deba haber sido inventado como tal; sino que la novedad debe recaer en la conexión entre ese signo y el producto que identifica.

La especialidad significa que la marca sea distinta con respecto a otras marcas.

Signos registrables

El artículo 1 describe qué expresiones gráficas, signos o palabras pueden registrarse como marcas, los que distinguirán productos o servicios.

La enumeración es enunciativa y comprende las siguientes modalidades: a) “una o más palabras con o sin contenido conceptual”. Aquí podemos incluir el nombre como marca, con las limitaciones del artículo 3 inc. h. Las palabras sin contenido conceptual son las de “fantasía”, que implica la creación de un vocablo –por ejemplo: Pepsi, Nestlé, Lux–. Y las que tienen significado conceptual también pueden ser marcas –por ejemplo: algodón “estrella”, chocolate “Águila”, aceite “Cocinero”, arroz “Gallo”–. Se incluyen también las marcas evocativas, que son aquellas que dan al consumidor una idea sobre alguna propiedad o característica del producto –por ejemplo: “yogurísimo”; b) “los dibujos” c) “los emblemas”: son una variante de los dibujos –por ejemplo: el cocodrilo de Lacoste, los laureles de Fred Perry, el león de Peugeot, la estrella de Mercedes Benz; d) “los monogramas”: son dibujos

formados por letras, que llevan un dibujo especial; e) “los grabados”; f) “los estampados”; g) “los sellos”; h) “las imágenes”; i) “las bandas”: la banda es una figura rectangular de un color determinado que se usa generalmente en etiquetas –por ejemplo: de bebidas alcohólicas– ; j) “las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de productos o de los envases”: existe una gran cantidad de productos en los que la combinación de colores que llevan sus cajas, envases o envoltorios, permite conocer al consumidor el origen común de los mismos; k) “los envoltorios”; l) “los envases”: –por ejemplo los modelos de botellas de las gaseosas o vinos y bebida alcohólicas (San Felipe)–; m) “las combinaciones de letras y números”: se registra el conjunto resultante y lo característico está dado por la especial combinación lograda –por ejemplo: cigarrillos 43/60 o L&M, pastillas DRF–; n) “las letras y números por su dibujo especial”: una letra o un número no pueden ser monopolizados, son irregistrables. Pero es protegible como marca el dibujo característico que se le dé a la letra o el número; o) “las frases publicitarias”: son los eslóganes. Existen gran cantidad de frases que han sido utilizadas por los comerciantes para promoción de sus productos –por ejemplo: “caro pero el mejor”–; p) “los relieves con capacidad distintiva”: por ejemplo: las suelas de calzado y las cubiertas de neumáticos; q) “todo otro signo con tal capacidad”.

Este último enunciado deja abierta la posibilidad de que en el futuro nazcan nuevas ideas para mostrar, mediante signos, una distinción. De esa forma, la ley se adecua a la evolución de la industria, el comercio y los servicios, sin cerrar el campo para el desarrollo de este dinámico ámbito empresarial.

Entonces, para nuestro derecho, prácticamente todo tipo de signo que sirva para la distinción de bienes y servicios puede ser considerado marca. Así, se pueden mencionar como ejemplos: (i) “Las formas de los edificios”: como por ejemplo el caso de Pizza Hut. Merecen protección porque la forma dada a los locales es un signo característico y distintivo, y capaz de identificar al negocio; (ii) “Los signos sonoros”: como, por ejemplo, el rugido del león de MGM. También puede constituir una verdadera marca, pues el público sabrá de qué se trata al oírlo.

Signos no registrables

Hay dos causas que impiden que un signo pueda ser registrado. La primera es que el mismo carezca de poder distintivo (art. 2) y la segunda es la que se refiere a las prohibiciones que la ley establece de registrar signos a pesar de su poder distintivo (art. 3).

1. Signos sin poder distintivo: el artículo 2 explica qué signos no se consideran marcas y por ende no son registrables por su falta de poder distintivo:

a) Designaciones necesarias: “Los nombres, palabras y signos que constituyen la designación necesaria o habitual del producto, descriptivos de su naturaleza, función, cualidades u otras características”. El nombre de un producto o servicio no puede llevar a ser su marca. Para determinar si una palabra es designativa hay que recurrir a los diccionarios y también al lenguaje diario. Se han declarado irregistrables en este sentido “Robot” para una máquina o “Mesa” para mesas. El hecho de que la palabra pertenezca a un idioma extranjero no la hace por ello registrable –por ejemplo, es irregistrable la palabra “Light” para productos de bajas calorías–.

b) Signos que pasaron al uso general: “Los nombres, palabras, signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro”. Se prohíbe así el registro de las denominaciones que se hayan identificado tanto con el producto, que pasaron a constituir ya uno de sus nombres usuales y corrientes. Son signos o palabras que fueron marcas, pero se transformaron en la designación del producto. Ahora bien, de acuerdo a la ley, este proceso debe producirse antes del registro de la marca, ya que si se produce durante la vigencia de la marca esta no pierde su condición de tal.

c) Forma de los productos: “La forma que se dé a los productos”. A diferencia de los envoltorios o envases, que sí pueden registrarse, la forma de los productos no es registrable.

d) Color de los productos: “El color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos”. Es posible registrar como marca combinaciones de colores aplicados a los productos o envases; pero no lo es, registrar el color natural o un único color para el producto, porque se impediría de manera monopólica la competencia.

2. Signos con entidad marcaria no registrables: el artículo 3 establece las restricciones en cuanto al registro. Dice la norma que no pueden ser registrados:

a) “Una marca idéntica a una registrada o solicitada con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios”. La esencia de una marca está dada en el poder de excluir a otros en el uso de marcas confundibles. La prohibición de este inciso rige cuando ambas marcas van a distinguir los mismos productos o servicios.

b) “Las marcas similares a otras ya registradas o solicitadas para distinguir los mismos productos o servicios”. En este caso se trata de proteger la confusión, frente a la similitud de marcas que distinguen los mismos productos o servicios. Las marcas similares solo pueden coexistir cuando pertenecen a un mismo titular.

La confusión

Hace a la esencia del sistema marcario que no existan marcas confundibles pertenecientes a distintos titulares. Se busca que las marcas en artículos similares sean bien diferentes, pues no hay razón que justifique la elección de un signo parecido para artículos similares de distinto fabricante. La confundibilidad existirá cuando por el parecido de los signos, el público consumidor pueda ser llevado al engaño. La confundibilidad es base suficiente para deducir oposición y también para declarar la nulidad de una marca ya registrada, así como para ordenar el cese de su uso.

La confusión puede ser directa –hace que el comprador adquiera un producto determinado convencido de que está comprando otro– o indirecta –cuando el comprador cree que el producto tiene un origen o un fabricante determinado o que pertenece a una determinada línea de productos, por ejemplo: lo que sucede con “Poxipol”, “Poxiran” y otro producto de otro fabricante que empiece con “Poxi–.

Por otro lado, la confusión puede producirse en tres campos:

1) visual: es la confusión causada por la similitud de los signos –palabras, frases, dibujos, etiquetas– por su simple observación. Puede ser provocada por semejanzas “ortográficas” –por ejemplo: Geniol y Genditol–; “gráficas”

–cuando los dibujos o los tipos de letras sean parecidos, o las combinaciones de colores–; “de forma” –por ejemplo: en los envases–;

2) auditivo: se da cuando la pronunciación de las palabras tiene una fonética similar –por ejemplo: Pharma con Farma–;

3) ideológico: deriva del mismo o parecido contenido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra –por ejemplo: Danmark y La Danesa, evocan la idea de una procedencia común; Medicard y Medichack evocan el concepto de una tarjeta; Costa Dorada y Playa Dorada, porque evocan el borde de un mar, lago o río–. La jurisprudencia y los casos de confusión son muy amplios.

c) “Las denominaciones de origen nacionales o extranjeras. Se entiende por denominación de origen el nombre de un país, de una región, de un lugar o área geográfica determinado que sirve para designar un producto originario de ellos, y cuyas cualidades y características se deben exclusivamente al medio geográfico. También se considera denominación de origen la que se refiere a un área geográfica determinada para los fines de ciertos productos”. En síntesis, las denominaciones de origen se encuentran excluidas del registro. Son un nombre geográfico que ha venido a ser el nombre de un producto, producto este que por provenir de esa zona geográfica tiene características propias. Estas denominaciones no son registrables; por un lado, porque son genéricas; y por otro, porque engañan al público, mediante el uso de un nombre para distinguir un producto que no contiene las características prometidas. La ley prohíbe el registro de las denominaciones de origen como marca, sean estas nacionales o extranjeras.

La denominación de origen tiene mucha relevancia en Europa. La Ley de Lealtad Comercial (Nº 22802, art. 7) establece que “no podrá utilizarse una denominación de origen nacional o extranjera para identificar un fruto o producto cuando este no provenga de la zona respectiva, excepto cuando hubiera sido registrada como marca con anterioridad a la vigencia de esta ley”.

Debe señalarse que algunas denominaciones de origen extranjeras, por su intenso uso han pasado a designar el tipo de producto cualquiera sea el lugar de su elaboración: por ejemplo: “Roquefort”, “Champagne”, “Cognac”, “Oporto”, “Jerez”.

- d) “Las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen, precio u otras características de los productos o servicios a distinguir”: son las denominadas marcas engañosas.
- e) “Las palabras, dibujos y demás signos contrarios a la moral y a las buenas costumbres”: pueden ser calificados de esa forma los signos que representen apología del delito, los obscenos, etc. Se cita el ejemplo de la marca “borrachos” que fue denegada.
- f) “Las letras, palabras, nombres distintivos, símbolos, que se usen o deban usar la Nación, las provincias, las municipalidades, las organizaciones religiosas y sanitarias”: los signos oficiales no pueden tener uso comercial. No se podrá registrar una marca “Provincia de Buenos Aires”.
- g) “Las letras, palabras, nombres distintivos que usen las naciones extranjeras y los organismos internacionales reconocidos por el gobierno argentino”: este caso es similar al anterior pero referido a los signos oficiales extranjeros e internacionales.
- h) “El nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o del de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive”. Cabe destacar que el nombre y seudónimo propios pueden ser registrados por su titular, y si son de un tercero, con la autorización respectiva. Se discute si la norma solo protege al nombre de las personas físicas o si se incluye al de las jurídicas. Se excluye, sin embargo, el nombre de pila –por ejemplo: puede registrarse “Don Valentín”.
- i) “Las designaciones de actividades, incluyendo nombres y razones sociales, descriptivas de una actividad, para distinguir productos. Sin embargo, las siglas, palabras y demás signos con capacidad distintiva, que formen parte de aquellas, podrán ser registrados para distinguir productos o servicios”. Este inciso tiende a evitar el registro de marcas que no van a cumplir el rol de tales y además de posibles engaños. Así, “Banco Alas Cooperativo” puede registrarse para prestar servicios bancarios, pero no para servicios distintos –v. gr. seguros– porque podría inducir a engaño respecto de las características del servicio.
- j) “Las frases publicitarias que carezcan de originalidad”.

3. Otros signos no registrables: la enumeración del artículo 3 es taxativa. Todo signo que no está enumerado en alguno de sus incisos y no cae dentro de los supuestos del artículo 2 es registrable como marca.

La propiedad de la marca

Sistema atributivo: las marcas empleadas para distinguir productos o servicios pertenecen en propiedad a quienes las registran. El sistema es entonces atributivo: se atribuye la propiedad a quien obtiene el registro. Y no existe derecho de ninguna especie sobre la marca si no hay registro. El artículo 4 es claro en ese sentido “la propiedad de la marca y su exclusividad se obtienen con su registro”.

Por oposición a este sistema atributivo, el sistema declarativo es aquel en el que el derecho exclusivo nace con el uso y solo después se efectúa el depósito o registro de la marca. A pesar del sistema atributivo de nuestra ley, también se confiere al titular de la marca de hecho o no registrada cierta protección.

Prioridad: del artículo 4 resulta que la propiedad de una marca y la consiguiente exclusividad de su uso se obtienen por el registro. Y el artículo 8 dispone que el derecho de prelación para la propiedad de una marca se acordará por el día y la hora en que se presente la solicitud, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por la Argentina. La presentación de la solicitud dará un derecho de prelación; así, quien primero solicita una marca tiene –en principio– mejor derecho a la misma que quien lo hace después. La excepción en cuanto a los tratados internacionales está dada por el artículo 4 del Convenio de París, que establece que quien solicita una marca en un país miembro goza de una prioridad para hacerlo en otro país miembro, si lo hace dentro de los seis meses posteriores a ese depósito.

El uso anterior y la prioridad: no siempre la presentación de la solicitud otorga a su titular un derecho absoluto de prioridad, de la misma manera que la marca concedida no otorga un derecho indiscutible e inatacable.

Existen casos en que una solicitud debe ceder ante marcas que han sido utilizadas con anterioridad a dicha solicitud. Puede ocurrir que se use la marca y que, sea por ignorancia o por cierta negligencia, no se haya solicitado el re-

gistro. En jurisprudencia se ha reconocido valor a la marca usada frente a una que es registrada con posterioridad. La ley reconoce además valor a la marca usada no registrada, cuando permite que la oposición al registro o al uso sea efectuada por quien detente interés legítimo, y lo tiene el que actúa en defensa de una marca “de hecho”.

Duración: la propiedad de una marca puede ser indefinida en el tiempo, siempre que sea renovada al cabo del período de registro que establece la ley. Ese período está fijado en el artículo 5: el término de duración del derecho sobre la marca registrada será de diez (10) años. Vencido cada período, puede renovarse por otro igual, sucesiva e indefinidamente. Pero como condición de tal renovación, la ley exige que la marca sea utilizada, al menos dentro de los cinco años previos a cada vencimiento. Así, el uso representa un papel esencial para conservar el derecho a la marca: permite la declaración judicial de caducidad por falta de uso y condiciona la renovación del registro a un uso previo.

Transferencia: la marca es un bien libremente transferible en el mercado. Para que tal transferencia tenga efectos respecto de terceros, debe registrársela en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (art. 6).

Fondo de comercio: la marca puede formar parte de un fondo de comercio. Si este se transmite, la ley presume que está incluida la cesión de la marca (art. 7). Puede establecerse, sin embargo, pacto en contrario, reteniendo ese derecho en cabeza del transmitente.

Condominio: puede haber condominio sobre una marca; esto es, que sea registrada conjuntamente por dos o más personas. En ese caso, los titulares deben actuar en forma conjunta para licenciar, transferir y renovar la marca; cualquiera de ellos podrá deducir oposición contra el registro de una marca, iniciar las acciones previstas en esta ley en su defensa y utilizarla, salvo estipulación en contrario (art. 9).

Registro de la marca

Toda persona habilitada para ejercer el comercio puede solicitar el registro de una marca. Por lo tanto, quien tiene la libre administración de sus bienes puede solicitar y ser titular de una marca. No es necesario ser comerciante para

poder solicitar el registro de una marca, sino que hay que tener capacidad para serlo.

No hay requisitos en cuanto a la nacionalidad o domicilio del solicitante.

El interés: la ley, en el artículo 4, exige a quien desee ser titular de una marca –o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso– que tenga interés legítimo. El interés está dado por la intención de usar la marca o bien por el carácter defensivo de la misma. No tendrá interés legítimo el que la registre con meros fines especulativos.

El trámite de registro

1. Presentación de solicitud: a partir del artículo, 10 la ley indica el modo de presentar el pedido de registro, que se hará por escrito, debiendo indicar su nombre, su domicilio real y constituir un domicilio especial en la Capital Federal. Se debe, además, describir la marca y la indicación de los productos o servicios que va a distinguir.

Domicilio especial: el artículo 11, dispone que el domicilio especial es válido para notificar las demandas judiciales por nulidad, reivindicación o caducidad de la marca y para todas las notificaciones a efectuarse en relación al trámite de registro.

Esta norma evita que quien inicie una demanda contra el titular de una marca domiciliado en el extranjero, tenga que recurrir al complicado, costoso y lento trámite de la notificación por vía diplomática.

2. Publicación: si se han cumplido las formalidades legales, la autoridad de aplicación –Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (art. 42)– ordenará la publicación por un día en el Boletín de Marcas (art. 12). La publicación deberá contener, además de la marca solicitada, la fecha y número de presentación, la clase y productos o servicios que va a distinguir, la fecha de publicación, el nombre del solicitante, la prioridad en su caso y el número del agente de la propiedad industrial encargado del trámite. La publicación es importante en la medida que da inicio al trámite de oposición.

3. Examen de la marca: dentro de los 30 días de realizada la publicación, la Dirección buscará los antecedentes correspondientes a la marca cuyo registro

se solicita y dictaminará sobre su registrabilidad (art. 12). El examen de la autoridad administrativa puede separarse en dos partes: por un lado, el referido a la registrabilidad en sí misma de la marca; y, por otro lado, la búsqueda de marcas confundibles con ella que la precedan.

4. Oposiciones: dentro de esos mismos 30 días corridos desde la publicación, se pueden presentar oposiciones al registro (art. 13), que se deducirán por escrito y con las mismas formalidades legales que la solicitud de registración (art. 14). Establece el artículo 5 que “para ejercer el derecho de oposición al registro o al uso de una marca se requiere interés legítimo”; esto quiere decir que debe haber alguna afectación o perjuicio del que se oponente; la oposición no se puede basar en el mero interés de la ley. No es necesario, sin embargo, tener una marca registrada para deducir oposición; el titular de una marca de hecho –no registrada, aunque con uso anterior– podría oponerse.

5. Notificación: tanto las oposiciones deducidas, como las eventuales observaciones por parte de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial se notificarán al solicitante (art. 15). Ello, dentro de 15 días de vencido el plazo de 30 días.

6. Vías de resolución de la controversia: a partir de aquí, la ley ha tratado de combinar el procedimiento administrativo y la vía judicial, sugiriendo insistentemente la posibilidad de un acuerdo entre el registrante y su oponente. Pueden darse tres situaciones –y una cuarta no prevista por la ley–:

A) Que no haya ninguna oposición al pedido de registro; en tal caso, la Dirección hará lugar o denegará el pedido. Si lo deniega, la resolución es apelable ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal (art. 21). La acción tramita por las normas del juicio ordinario y debe interponerse dentro de los 30 días hábiles de notificada la resolución denegatoria, por ante la DNPI.

La autoridad administrativa tiene las más amplias facultades para denegar una marca de oficio cuando haya marcas confundibles que la precedan. En ese caso, el solicitante puede obtener una autorización del titular de la misma y salvar ese obstáculo.

B) Si hay oposición, puede zanjársela mediante un acuerdo entre el peticionante o el oponente. O se podrá renunciar a la vía judicial, en cuyo caso resolverá, de manera inapelable, la DNPI (art. 19).

Cuando se renuncia a la vía judicial, la autoridad administrativa debe dictar resolución luego de concluido el trámite que permite a ambas partes alegar sus razones, y producir la prueba pertinente.

C) En el tercer supuesto habrá que recurrir a la vía judicial. Pero no es el oponente el que debe hacerlo, sino el peticionante, que tiene que demandar judicialmente el levantamiento de la oposición. Se solicitará que se declare infundada la oposición. La demanda se presenta ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, quien la derivará a la justicia en lo Civil y Comercial Federal (art. 17). La acción tramita por las reglas del juicio ordinario. El juez comunicará a la Dirección el resultado del juicio iniciado (art. 18).

D) Si bien la ley no lo establece expresamente, nada impide que la demanda sea iniciada por el oponente. Puede suceder que el solicitante utilice la marca opuesta y que el oponente inicie acción judicial pidiendo la cesación de uso.

7. Abandono de la oposición: si es deducida la oposición, se considerará que se abandona la petición de registro de marca en los siguientes casos (art. 16):

a) si no hay acuerdo entre solicitante y oponente para solucionar el caso o para someterlo a decisión inapelable de la Dirección; b) si en el plazo de un año de notificado, el peticionante no promueve demanda para removerla; c) si promueve demanda pero se produce la perención.

Carácter público: los expedientes de marcas –tanto los que están en trámite como los que ya están registrados– son públicos. Cualquier interesado puede pedir, a su costa, copia total o parcial de los expedientes (art. 22).

Renovación: cuando se solicite la renovación del registro, se actuará conforme lo establecido en el artículo 10 y se presentará además una declaración jurada en la que se consignará si la marca fue utilizada en el plazo establecido en el artículo 5, por lo menos en una de las clases, o si fue utilizada como designación, y se indicará según corresponda, el producto, servicio o actividad (art. 20).

La renovación no está sujeta a la oposición de terceros, ni a un nuevo examen por parte de la autoridad administrativa. Sin embargo, la presentación de una declaración falsa que refiera a un uso inexistente, vicia de nulidad al registro (conf. art. 24). El trámite de renovación es así casi automático; la autoridad administrativa se limita a constatar el cumplimiento de los requisitos formales. La renovación es indefinida.

Reinscripción: puede suceder que el titular de una marca se olvide de renovarla en término y lo haga luego de vencido el plazo legal. Esta presentación tardía, llamada “reinscripción” está equiparada a la renovación por la jurisprudencia. Con esto se evita que la reinscripción deba ser estudiada como una nueva marca. Pero la reinscripción solo procede cuando la solicitud se realizó un breve tiempo después.

Libro de registro: si no hay oposiciones o estas son removidas, la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial registrará la marca en un libro rubricado al efecto y otorgará al solicitante un certificado de registro de su marca (arts. 43 y 44).

Extinción del derecho

Se establecen en qué casos se extinguen las marcas registradas en el artículo 23. La extinción se produce por: a) renuncia de su titular; b) vencimiento del término legal sin que se renueve el registro; c) declaración judicial de nulidad o de caducidad del registro. Este último supuesto se considera en los artículos 24 y 26.

Nulidad de la marca

La nulidad de la marca debe ser declarada únicamente por un juez. La acción, que debe interponerse por ante la Justicia Civil y Comercial Federal, procede cuando quien tenga interés legítimo pretenda dejar sin efecto la concesión del derecho sobre una marca ya registrada.

El artículo 24 dice: Son nulas las marcas registradas: a) En contravención a lo dispuesto en esta ley (contravención a la Ley de Marcas); b) Por quien, al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ellas pertenecían a un tercero (registro de mala fe); c) Para su comercialización, por quien desarrolla como actividad habitual el registro de marcas a tal efecto (registro con fines especulativos).

a) Marcas registradas en contravención a la ley: son las marcas que por cualquier razón no debieron ser registradas y sin embargo lo fueron. Pueden dis-

tinguirse tres grupos: (i) vicios en el solicitante: cuando fue solicitada por un incapaz o que no tenía interés legítimo; (ii) vicios en el signo mismo: como por ejemplo cuando hay confusión, o cuando la marca amparaba otro producto; (iii) vicios en el procedimiento de concesión: por ejemplo, defectos en la publicación de la solicitud.

b) Piratería de marcas: generalmente los actos de piratería se dan respecto de marcas registradas en el extranjero.

c) Fines especulativos: se trata de evitar que se registren marcas para luego venderlas a eventuales interesados. También existe la práctica de quienes registran marcas para luego oponerse a que se registren otras y obtener dinero con el levantamiento de la oposición. La Ley de Marcas está al servicio del comercio y las marcas se deben registrar para ser usadas.

La acción de nulidad tiene una prescripción de 10 años desde que fue registrada la marca (art. 25).

Caducidad de la marca

Según el artículo 26 párr. 1º, puede pedirse la caducidad de una marca registrada cuando no hubiera sido utilizada en el país, dentro de los cinco años previos a la fecha de la iniciación de la acción, salvo que mediaren causas de fuerza mayor.

La segunda parte del artículo 26 señala: “No caduca la marca registrada y no utilizada en una clase si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio incluido en otras clases, o si ella forma parte de la designación de una actividad”.

De estas disposiciones se extrae que el uso de la marca es un requisito esencial para la conservación del derecho. El uso debe efectuarse para evitar que la marca caduque y para permitir que esta pueda ser renovada al producirse su vencimiento.

La ley exige la comercialización del producto en el país, lo cual descarta el uso de la marca realizado en el extranjero.

La falta de uso solo es excusable por razones de fuerza mayor. La situación clásica se da cuando la fabricación y venta del producto respectivo requiere una autorización gubernamental.

Las marcas de defensa

El segundo párrafo del artículo 26 establece que no caduca la marca registrada y no utilizada en una clase, si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio incluidos en otras clases, o si ella forma parte de la designación de una actividad.

La ley consagra así la validez de las “marcas de defensa”. Admite el registro de marcas que no han de ser utilizadas, pero que constituirán una defensa de lo que sí se utiliza. Con estos registros defensivos, el titular podrá contar con un arma efectiva para evitar que terceros se aprovechen de su prestigio. Ello sucedería si alguien que no fuera su titular utilizara la marca “Boca Juniors” para pelotas de fútbol, o “Favaloro” para instrumental médico.

Ahora bien, las marcas de defensa que no tienen amparo son aquellas marcas parecidas a la marca principal que se registran para evitar que nuevos registros se “acerquen” a la primera. Estas marcas, que se podrían denominar “protectoras”, no tienen razón de ser en la práctica; pues si la marca que se pretende registrar es “confundible” ello bastará para impedir el nuevo registro.

Las designaciones

También es un derecho intelectual protegible “el nombre o signo con que se designa una actividad, con o sin fines de lucro” (art. 27).

La doctrina ha discutido largamente si las designaciones individualizadoras de una actividad eran bienes inmateriales, si podían registrarse y si otorgaban derechos de propiedad.

La Ley N° 22362 las reconoce, pero no admite su registro. Se deja de lado la regulación del nombre y se reemplaza por la más amplia de designación, referida a una actividad.

Según el artículo 28, la propiedad de la designación se adquiere con el uso y solo con relación al ramo en el que se la utiliza. Como condición, debe ser inconfundible con las preexistentes en el mismo ramo.

La actividad cuya designación se protege, puede ser o no lucrativa (art. 27).

La ley también establece un derecho de oposición, que puede hacer valer el propietario de una designación ante el uso de ella por otra persona (art. 29). La ley establece que la acción de protección por vía judicial, prescribe al año, a contar desde el momento en que el tercero comenzó a utilizarla en forma pública y ostensible o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso (art. 29). El derecho a la designación se extingue con el abandono de la actividad designada (art. 30).

También podría darse el caso de abandono, no de la actividad, pero sí de la designación, lo cual produciría la extinción del derecho.

De lo expuesto surge que el uso es la esencia de la designación. Sin uso no hay designación, y no hay designación sin uso. El uso es también el hecho que hace nacer la acción de oposición que la ley otorga al dueño de una designación preexistente.

El régimen de la designación de una actividad se diferencia de la “razón o denominación social”. Se trata de institutos diferentes, con ámbitos diferentes y con una protección diferente. Pueden coincidir en sus elementos distintivos esenciales, pero ello no los hace iguales. La razón y denominación existe desde que la sociedad se constituye, pero la designación solo existirá si la sociedad realiza alguna actividad que aquella ha de distinguir. Y la designación puede ser distinta de la razón social o denominación.

Los ilícitos

En los artículos 31 a 37 se imponen las sanciones penales que recaerán sobre quienes falsifiquen marcas o designaciones, quienes las usen o quienes las vendan. Es notable que se haya conferido una acción penal pública a este delito (art. 32).

El artículo 31 dice que “Será reprimido con prisión de 3 meses a dos años –pudiendo aplicarse también una multa–: a) el que falsifique o imite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o

pertenciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.

El tipo penal objetivo de usurpación de marca queda consumado cuando existe alguno de los siguientes actos tipificados: a) Falsificación de marca: cuando se reproducen idéntica o prácticamente idéntica sus rasgos característicos. Es el supuesto clásico en materia marcaria. Es la reproducción exacta de la marca registrada. Por lo general, la falsificación va acompañada de una copia del producto que distingue la marca. Es este caso, siempre existe mala fe, no puede haber culpa; b) Imitación de la marca: cuando a través del empleo de elementos similares se produce una impresión de conjunto, en razón de la cual puede temerse una confusión con la marca más antigua o bien con el producto identificado. La imitación fraudulenta se da cuando se copia una marca de manera tal que se provoca confusión en el público consumidor. Es posible que no haya identidad, pero que por disposición conjunta la confusión sea inevitable; c) Uso indebido: el empleo de marcas imitadas o falsificadas representa un uso prohibido para lo cual es indistinto que el signo haya sido aplicado al producto o empleado en catálogos, avisos, etc.; d) Venta o puesta en venta indebida: se refiere a la venta de marcas aisladas aún no aplicadas a productos identificables; e) Circulación de productos con marcas falsificadas o imitadas: con la realización de este delito se causará un daño cierto al titular de la marca, puesto que es a partir de su concreción, cuando se hace la compra, que el titular de la marca pierde la venta. Los conceptos de “puesta en venta” y “comercialización” comprenden todos los actos de exhibición, oferta, intercambio, etc.

La competencia es de la Justicia Federal en lo Criminal y Correccional (art. 33).

El damnificado puede solicitar: a) el comiso y venta de las mercaderías y otros elementos con marcas en infracción; o b) la destrucción de las marcas y las designaciones en infracción (art. 34).

La acción civil: cualquier persona con interés legítimo puede oponerse al uso de la marca (art. 4). Esta es la base de la acción civil de “cesación del uso de una marca”. Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 34 que

admite que el damnificado por los actos enumerados en el artículo 31 pueda recurrir a la vía civil.

La intención de evitar la confusión que puede causar el uso de una marca es el motivo más usual de las acciones tendientes a obtener la cesación de uso.

Medidas precautorias: en la Sección 2ª del Capítulo III de la ley, se establece la posibilidad de que todo propietario de una marca actúe en defensa de sus derechos si aparecen objetos con marca en infracción.

El artículo 38 dice que “todo propietario de una marca registrada a cuyo conocimiento llegue la noticia de la existencia de objetos con marca en infracción, puede solicitar al juez competente: a) el embargo de los objetos; b) su inventario y descripción; el secuestro de uno de ellos. Ello, sin perjuicio de promover acciones civiles destinadas a obtener el cese del uso de la marca o designación.

El artículo dice que el juez puede requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que este carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho.

Identificación del infractor: la ley establece también un procedimiento para identificar plenamente al infractor. Así, el artículo 39 dice que “Aquel en cuyo poder se encuentran objetos en infracción, debe acreditar e informar: a) el nombre y dirección de quien se los vendió o procuró y la fecha en que ello ocurrió con exhibición de la factura o boleta de compra; b) la cantidad de unidades fabricadas o vendidas y su precio, con exhibición de la factura o boleta de venta; c) la identidad de las personas a quienes les vendió o entregó los objetos en infracción. Todo ello debe constar en el acta que se levante con motivo de las medidas ordenadas conforme el artículo 38.

La negativa de suministrar los informes, así como la carencia de la documentación que sirva de respaldo comercial a los objetos en infracción, autoriza a presumir que su tenedor es partícipe en la falsificación o imitación fraudulenta.

Caducidad de medidas: si no se deduce la acción principal dentro de 15 días hábiles de practicado el embargo o secuestro, este podrá dejarse sin efecto a petición del dueño de los objetos.

El incidente de explotación: el artículo 35 dispone que en el juicio civil que se inicie para obtener la cesación del uso de una marca o de una designación, el demandante puede exigir al demandado caución real, en caso de que este

no interrumpa el uso cuestionado. El juez fijará esta caución de acuerdo con el derecho aparente de las partes y podrá exigir contracautela. Si no se presta caución real, el demandante puede pedir la suspensión de la explotación y el embargo de los objetos en infracción.

Así, junto con la demanda o luego de iniciada, el demandante puede solicitar al juez que se intime al demandado a que manifieste si ha de continuar en el uso de la marca. Ello tiene por finalidad obtener una garantía del supuesto infractor, con la que ha de responder por los eventuales daños, por la continuación en el uso de la marca. El demandado, ante la intimación, puede afirmar que continuará usando la marca, en cuyo caso se fijará la caución real. Si no es satisfecha, el juez puede ordenar el embargo de la mercadería. Puede suceder que el demandado cese en el uso de la marca. En ese caso, el demandado puede solicitar que la caución sea prestada por el demandante.

Prescripción: el artículo 36 dispone que el derecho a todo reclamo por vía civil prescribe después de 3 años de cometida la infracción o después de 1 año contado desde el día en que el propietario de la marca tuvo conocimiento del hecho.

Marcas y nombres de dominio en Internet

El desarrollo de Internet ha generado puntos de colisión con el derecho marcario.

Las Reglas para la registración de nombres de dominio en Internet en Argentina se encuentran contemplados en la Resolución N° 2226/00, siendo establecidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y utilizadas por el servicio NIC Argentina (Network Information Center) quien se encarga de efectuar el requerimiento solicitado por la entidad registrante, actuando en su carácter de administrador del Dominio de Internet. Si bien el registro de un determinado nombre de dominio se otorga a la persona física o jurídica que primero lo solicite ante Nic Argentina, ello no implica para dicho administrador su responsabilidad respecto de la legalidad de ese registro, por lo que no le corresponde evaluar si el registro puede violar derechos de terceros.

Nic-ar registra los nombres de dominio solicitados, evitando registrar nombres iguales a otros ya existentes, o que puedan confundirse con instituciones

o dependencias del Estado u Organismos Internacionales. La única reglamentación actual es la Resolución N° 2226/00 del Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto, que aprobó las Reglas para la Registración de Dominio Internet Argentina.

Las reglas que aplica Nic Argentina se basan en el principio de prioridad registral, según la cual “el registro de un determinado nombre de dominio se otorga a la persona que primero lo solicite”.

Puede suceder, entonces, que el titular de una marca se vea imposibilitado de registrarla como nombre de dominio porque el mismo ha sido otorgado a un tercero. En la medida en que un nombre de dominio reproduzca el nombre de una empresa, se transforma en un activo patrimonial. Los conflictos entre los titulares de marcas y los registrantes de nombres de dominio de Internet se pueden resolver mediante la Uniform Domain-Name-Dispute-Resolution Policy (UDRP o en español: Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio) –sistema de resolución de conflictos por arbitraje de la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN o en español: Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números)– o judicialmente.

Los fallos judiciales han resuelto que el titular de una marca puede oponerse a la registración de nombres de dominio que reproduzcan su marca. La prioridad, entonces, no es absoluta, sino que debe existir buena fe. Se presume la mala fe de quien ha inscripto como nombre de dominio el de una marca que no le es propia o una denominación ajena cuando: a) el nombre de dominio del infractor sea idéntico o similarmente confundible con el del titular de la marca; b) el infractor no tiene derechos ni interés legítimo con respecto del nombre de dominio; c) cuando las circunstancias revelan que se lo ha registrado con el propósito de venderlo al dueño de la marca.

Valuación de las marcas

La marca es susceptible de contener en sí misma un sentido patrimonial. La marca integra el patrimonio del comerciante a cuyo nombre está inscripta. En muchas ocasiones, la marca es el principal activo del patrimonio de la empre-

sa. La marca implica potencialidad de venta; es un ingrediente indispensable del producto, que se funde y confunde con él. Y esa potencialidad tiene un valor. Cuanto mayor sea la difusión y jerarquización (prestigio) de la misma, mayor será su valor.

Sin embargo, los valores inmateriales normalmente no figuran en los balances o estados contables de la empresa, porque la técnica contable dispone que el intangible o valor inmaterial que se produjo o que es consecuencia de la actuación misma de la empresa tiene valor cero en el balance. Tal es el caso de las marcas de propia producción, el nombre comercial, o el valor llave cuando surge de la propia actividad de la empresa. Por el contrario, si se lo compró a un tercero, figura por el valor de compra.

Entonces, el valor de adquisición de los intangibles es registrable cuando ha sido efectivamente pagado, pero no se permite la registración del valor de los activos autogenerados.

En el caso de los concursos y las quiebras, la Ley N° 25589 modificó el inciso 2 del artículo 39 de la LCQ, estableciendo que el informe general debe expresar la composición actualizada y detallada del activo, con estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo los intangibles.

5. DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES (DECRETO-LEY Nº 6676/63)

Concepto y marco legal.
Aspectos generales. Derechos conferidos. Duración. Modelos creados en relación de dependencia. Modelos excluidos. Solicitud de registro. Infracción a la normativa

Dibujos y modelos industriales

Concepto y marco legal

Dentro del universo de los derechos de propiedad industrial se encuentra el régimen de modelos industriales que protege a quienes creen formas o diseñen los objetos de la industria con la finalidad de mejorar su aspecto y de conferirles un carácter ornamental.

A diferencia del régimen de patentes, que protege las invenciones que se distinguen por su utilidad y su aplicación industrial, la materia en examen se encarga del carácter estético de los objetos industriales. Justamente es la aplicabilidad sobre ese tipo de objetos lo que excluye a los modelos industriales del régimen de derechos intelectuales consagrado en la Ley N° 11723 que protege a las obras de arte y las creaciones estéticas, aunque podría existir la posibilidad de que se registrara un objeto como una obra de arte y como un diseño industrial en forma simultánea.

El marco legal aplicable a los modelos o diseños industriales es el Decreto-Ley N° 6673 del año 1963 ratificado por la Ley N° 16478, Decreto reglamentario N° 5682/65 y Disposición ExDNPI 21/74.

Aspectos generales

El decreto-ley en su artículo 3° estipula que se consideran modelos o diseños industriales a las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental y que, agregamos, influyen en la elección del consumidor.

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que se considera tal “no solo lo que sirve de adorno en sentido estricto, sino lo que constituye un aspecto o forma nueva incorporado al producto, de tal modo de hacerlo más agradable e impresionar el sentido de la vista y atraer, en consecuencia, al consumidor”.

Se debe tener en cuenta que al dictar las normas sobre propiedad industrial, el legislador consideró necesario aportar todos los mecanismos legales posibles para proteger las distintas fases de la producción industrial y que, entre esas fases, figuran las que tienden a configurar los objetos producidos de una forma original que los distinga de sus similares y los prevea de una connotación estética.

Si tuviéramos que realizar una distinción entre diseño y modelo, podríamos precisar que lo primero se refiere a la combinación estética de líneas y colores sobre superficies planas, es decir un aspecto bidimensional, como ocurre en el caso de las suelas de algunos zapatos o zapatillas que poseen algún dibujo con relieve o de una camiseta de fútbol. Los modelos, alcanzarían el aspecto tridimensional, afectando estéticamente al objeto a través de contornos, líneas y volúmenes, como en el caso de un sillón, una jarra o la rueda de un auto con ranuras curvilíneas.

Derechos conferidos

El artículo 1° del Decreto-Ley N° 6673/63 dice que “el autor de un modelo o diseño industrial, y sus sucesores legítimos, tienen sobre él un derecho de propiedad y el derecho exclusivo de explotarlo, transferirlo y registrarlo, por el tiempo y bajo las condiciones establecidas en este decreto”.

El mismo artículo admite la pluralidad de autores sobre un modelo industrial, posibilitando su registro simultáneo. En el caso de que se cedan o transfieran

los derechos procedentes del registro, el artículo 15 estipula que la operación deberá ser anotada en el Instituto de la Propiedad Industrial para producir efectos contra terceros.

Duración

Según el artículo 7° del decreto-ley, la protección del modelo industrial tendrá una duración de cinco años contados desde la fecha de la solicitud del registro y podrá ser prolongada por dos períodos consecutivos de la misma duración, a solicitud de su titular. En consecuencia, el tiempo máximo por el que puede estar protegido un modelo o diseño industrial es por quince años.

Modelos creados en relación de dependencia

Según lo que estipula el segundo párrafo del artículo 1° del decreto, el modelo industrial creado por una persona que trabaja en relación de dependencia pertenece a su autor a menos que haya sido contratado para crearlo o se limite a ejecutar directivas de las personas para las cuales trabaja. Si fuera obra del empleador y el trabajador en conjunto, pertenecerá a ambos.

Modelos excluidos

El artículo 6 del decreto contiene la enumeración de las causas por las cuales algunos modelos industriales no pueden registrarse como tales:

- aquellos que hayan sido publicados o explotados públicamente, en el país o en el extranjero (inc. A);
- aquellos que carezcan de una configuración distinta y fisonomía propia y novedosa con respecto a otros anteriores o se traten de un mero cambio de colorido (incs. B y D);
- aquellos que se limiten a contener elementos impuestos por la función del producto sobre otros ya conocidos (inc. C);
- aquellos que sean contrarios a la moral y las buenas costumbres.

En resumen, podemos decir que un modelo no podrá ser protegido si fue divulgado o explotado en el país o en el extranjero, o si el mismo carece de originalidad o contraviene la moral y las buenas costumbres.

La excepción está dada por el caso en el que el autor haya divulgado su modelo en una feria o exposición, siempre y cuando proceda a solicitar el registro dentro de los 6 meses siguientes.

Solicitud de registro

Para registrar un diseño o modelo industrial, el autor o un representante debidamente autorizado debe concurrir al Instituto de la Propiedad Industrial y presentar junto al formulario de solicitud, la descripción y los dibujos del modelo o diseño y pagar el arancel.

La Dirección de Modelos y Diseños Industriales del INPI se limita a observar los requisitos formales de la solicitud y en caso de estar cumplimentados, otorga el registro. Esto significa que no verifica si existen modelos o diseños industriales registrados con anterioridad que guarden identidad o similitud con el que pretende registrarse. Toda controversia que se suscite al respecto, debe dirimirse en los Tribunales Federales.

Una vez registrado, el INPI procede a publicar el modelo o diseño en su Boletín, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 16 del decreto-ley.

Infracción a la normativa

El régimen legal establece acciones civiles y penales conducentes a defender el derecho de propiedad que consiste básicamente en impedir su explotación por parte de terceros en el territorio de la República sin la autorización del titular.

El artículo 20 del Decreto-Ley N° 6673/63 establece que “todo aquél que haya infringido de buena o mala fe los derechos reconocidos a favor de un modelo o diseño depositado estará obligado a resarcir los daños y perjuicios que haya causado al titular del registro y además a restituirle los frutos, en caso de mala fe”.

Además, todo aquel que comercialice sin autorización modelos o diseños registrados, o invoque maliciosamente un registro no inexistente, o venda como propios planos de diseños protegidos, se hará merecedor de una multa en los términos del artículo 21.

El artículo 1° del Decreto-Ley N° 6673/63 consagra la acción reivindicatoria en cabeza de los autores y sus sucesores legítimos para recuperar la titularidad de un registro efectuado dolosamente por quien no fuere su autor.

6.KNOW HOW

Concepto y características.
Contrato de *know how*. La
Ley N° 24766 de información
confidencial

Know how

Concepto y características

Es uno de los elementos fundamentales del sistema de franquicia. Nacido en los Estados Unidos a principios de 1900 y luego difundido por todo el mundo, este término no tiene un significado unívoco. La expresión, que viene del inglés y se traduce como “saber hacer”, se refiere a todo el conjunto de experiencias y procedimientos que han sido adquiridas por un empresario en la explotación de su negocio y que le han permitido alcanzar cierto éxito en el sector. Los franceses también lo llaman *savoir faire*.

Se podría decir que los elementos constitutivos del *know how* son:

- secreto sobre conocimientos útiles; es decir, que el secreto recae sobre conocimientos que permiten la satisfacción de necesidades;
- ventaja competitiva para el poseedor del secreto toda vez que es fuente de ganancias para el titular de los derechos sobre el secreto;
- carácter industrial o comercial del secreto por el cual está vinculado a la actividad empresarial –en su sentido amplio–;
- esfuerzo para la no divulgación del secreto dado que su titular realiza acciones tendientes a impedir que se conozca.

El *know how* es parte fundamental en el contrato de franquicia celebrado entre franquiciante y franquiciado. Es por dicho acuerdo que se pone a disposición del franquiciado la posibilidad de explotar un negocio con las ventajas y experiencias adquiridas por el franquiciante a lo largo de los años anteriores. Es dable destacar que este conocimiento está integrado tanto por experiencias positivas (saber hacer) como negativas (saber no hacer). El conocimiento de los éxitos y de los fracasos implica un aprendizaje de conductas o actividades que no se deben hacer para el buen desarrollo de un negocio.

Las franquicias generalmente son vendidas por empresas con experiencia en un sector –casi siempre el de los negocios– a personas que saben poco del tema, lo que supone la provisión de información fruto de años de madurez y una ventaja comparativa muy valiosa frente a la competencia. Cuando se aplica a una organización se dice que es la experiencia con que esta cuenta para desarrollar sus actividades, ya sean productivas, administrativas, financieras, comerciales y/o de control.

El *know how* en una empresa, a partir de la era industrial, se ha convertido en un valioso activo intangible, que incluye la forma más adecuada de mezclar componentes, los equipos utilizados, el personal que sabe realizar las tareas, etc. Esto es precisamente lo que ofrecen las franquicias: el cómo hacer las cosas en una empresa para que esta sea altamente productiva y rentable.

Contrato de *know how*

El contrato de *know how* es un negocio jurídico por el que una parte (transferente) se compromete a poner a disposición de la otra (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos probados constitutivos de ese *know how*, desprendiéndose de ellos en todo o en parte, o bien se obliga a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación (usualmente una cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta, regalías, etc.).

Sus caracteres son: atípico, como consecuencia de carecer de normativa específica que lo regule; innominado, por cuanto no tiene una denominación jurídica única; consensual, toda vez que se perfecciona por acuerdo de partes;

bilateral, por cuanto existen contraprestaciones entre las partes; y oneroso, en tanto se abona la transferencia de conocimientos. Dadas sus características, se realiza por escrito.

Existen dos partes en este tipo de contrato: 1) el transferente o licenciante: es el titular de los conocimientos, modelos o avances constitutivos del *know how* (incluida la asistencia técnica y/o adiestramiento del personal), quien se obliga a transferirlos a cambio del pago convenido; y 2) el transferido o licenciatarario: es quien recibe los conocimientos transferidos obligándose al pago convenido (en un solo monto o mediante regalías) y a no divulgar tales conocimientos, informar sobre las ventajas obtenidas, así como a devolverlos a la finalización del contrato.

Tal como fuimos adelantando, el *know how* comprende conocimientos, prototipos, modelos, técnicas, procedimientos, instalaciones, inventos no patentados, fórmulas, datos, documentación, instrucciones. Todo ello es el objeto del contrato.

La Ley N° 24766 de información confidencial

La naturaleza de los derechos derivados del *know how* como derechos sobre bienes inmateriales se halla íntimamente vinculada con la configuración de la tutela que el ordenamiento jurídico dispensa a ciertos conocimientos secretos; protección que, tal como se expresó anteriormente, se lleva a cabo en los sistemas jurídicos de nuestro entorno a través de disposiciones pertenecientes a diversas categorías, entre ellas, la normativa sobre competencia desleal (Ley N° 22802).

En el marco de la relación contractual, el régimen de protección de los conocimientos técnicos secretos surge en esencia de la voluntad de los contratantes, reflejada en los términos del acuerdo. El transmitente pone a disposición del cesionario o licenciatarario una exclusividad fáctica, resultante del carácter reservado de los conocimientos, no un derecho de exclusiva otorgado por el poder público. La obligación de mantener el carácter reservado de los conocimientos comunicados deriva para los contratantes fundamentalmente del propio contrato. El valor económico del *know how*, derivado de la ventaja competitiva que

atribuye el carácter reservado de esos conocimientos, es independiente de su protección jurídica. Los límites dentro de los cuales el licenciatario puede explotar los conocimientos transmitidos resultarán únicamente de lo pactado en el contrato y, en su defecto, del régimen obligacional derivado del contrato.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 992 de la Sección Tercera sobre Tratativas Contractuales del Título II sobre Contratos en general, establece el Deber de Confidencialidad de las partes durante las negociaciones, caso contrario la parte que incumplió con esta obligación queda obligada a reparar el daño sufrido y, además, a pagar una indemnización, si obtuvo una ventaja indebida de la información confidencial, en la medida de su propio enriquecimiento.

Por su parte, en el ámbito de la legislación nacional, la Ley N° 24766, vigente desde 1997, confiere protección a la información confidencial. En efecto, la Ley N° 24766 de Confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos, establece que la persona, ya sea humana o jurídica, que posea en forma legítima información bajo su control, puede impedir que se divulgue a terceros o que sea adquirida o utilizada por terceras personas, sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, tales como incumplimiento de contratos, abuso de confianza, instigación a la infracción. Este tipo de información debe ser: secreta, que tenga un valor económico por serlo, y que sea objeto de medidas razonables para mantenerla en carácter de tal. La obligación de mantener la confidencialidad de la información debe haber sido comunicada, prevenida. Solo podrá divulgarse si media causa justificada o consentimiento de la persona que guarda la información.

La protección de esta ley no crea derechos exclusivos a favor de quien posee la información. El acceso a ella contrario a los usos comerciales honestos otorga derecho a quien la posee de ejercer las siguientes acciones: a) solicitar medida cautelar a fin de hacer cesar la conducta ilícita, y b) acción civil a fin de prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido. Además, la persona quedará sujeta a la responsabilidad penal que pudiere corresponder.

Unidad VI

Contratación mercantil

1. MODALIDADES PROPIAS DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Los contratos en el CCCN. El contrato paritario. Pautas de interpretación de los contratos. Clasificación de los contratos. Formación del consentimiento. El contrato de adhesión. El contrato de consumo.

Modalidades propias de la contratación mercantil

Los contratos en el CCCN

Los contratos se encuentran regulados en el Libro III, “Derechos Personales”, del Código Civil y Comercial de la Nación. Las normas de “contratos en general” están en el TÍTULO II, entre los artículos 957 al 1091; de los “contratos de consumo”, en el Título III, entre los artículos 1092-1122, y, por último, de los “contratos en particular”, en el Título IV, entre los artículos 1123-1429. Este último título comprende a los contratos de “Compraventa” –arts. 1123-1171–; “Permuta” –arts. 1172-1175–; “Suministro” –arts. 1176-1186–; “Locación” –arts. 1187-1226–; “Leasing” –arts. 1227-1250–; “Obras y Servicios” –arts. 1251-1279–; “Transporte” –arts. 1280-1318–; “Mandato” –arts. 1319-1334–; “De consignación” –arts. 1335-1344–; “Corretaje” –arts. 1345-1355–; “Depósito” –arts. 1356-1377–; “Bancarios” –arts. 1378-1420–; “De factoraje” –arts. 1421-1428–; “Celebrados en bolsa o en mercado de cambios” –art. 1429–.

Uno de los aspectos novedosos del código es la fractura del tipo general del contrato, pues distingue tres categorías de contratos: paritario, de adhesión o con cláusulas predispuestas y de consumo. La teoría general del contrato se integra ahora, entonces, con los derechos del adherente-consumidor y de los usuarios.

El contrato paritario

El artículo 957 del CCCN –Ley N° 26994– define el contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Lorenzetti explica que según esa norma el contrato es el acto jurídico bilateral y plurilateral en el que las partes interesadas manifiestan su consentimiento con la finalidad o función de que regule las relaciones jurídicas allí enunciadas. Su régimen legal está comprendido entre los artículos 957-983 del CCCN –Ley N° 26994–.

El elemento característico del contrato paritario o discrecional es que existe igualdad de partes en la etapa de negociación del contrato o, cuanto menos, la ley parte de ese presupuesto. En estos contratos se presume que las partes pueden manifestar su voluntad sin condicionamientos y no hay situaciones de desequilibrio entre ellas. Por eso, juega un rol determinante el “principio de autonomía de la voluntad” que establece que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres” (art. 958, CCCN –Ley N° 26994–).

El “principio de autonomía de la voluntad” implica el reconocimiento de la libertad del individuo de celebrar o no el contrato, de pactar su contenido, de elegir el tipo de contrato que va a realizar, etc. Sin embargo, este principio no es absoluto y se rige con las restricciones y parámetros enunciados en el citado artículo 958, es decir, “dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”, siendo facultad de los jueces modificar las estipulaciones de los contratos cuando es a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley o, de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público (art. 960 del CCCN –Ley N° 26994–).

De dicho principio deriva el efecto vinculante de los contratos, ya que lo acordado por las partes tiene fuerza obligatoria para ellas. Esto implica que su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé (art. 959 del CCCN –Ley N° 26994–).

Pautas de interpretación de los contratos

Los criterios para regular e interpretar los contratos están enunciados en los artículos 961 al 964 del CCCN–Ley N° 26994–.

El artículo 961 recepta el principio de buena fe, establecido con carácter general en el artículo 9 del CCCN –Ley N° 26994–, y lo contempla de manera específica para la materia contractual. En efecto, dispone dicho artículo que

los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

La voluntad de las contratantes tienen primacía sobre las normas legales, con excepción de aquellas que por ser de orden público y según cómo estuviese redactado el texto del contrato, tuviesen carácter imperativo o fueran indisponibles y, por esa razón, prevaleciesen sobre el acuerdo de las partes (por ejemplo, las normas que refieren a la capacidad de las partes para celebrar determinado contrato) (arts. 962-964 del CCCN –Ley N° 26994–).

Lorenzetti explica que “la voluntad debe ser interpretada en el sentido y con el alcance que mejor se conforme a la confianza que haya suscitado quien la expresó” y que se asocia con los principios de autorresponsabilidad de quien emite una declaración y de legítima confianza de la parte que la recibe. Agrega que además del principio de buena fe se introduce el principio de razonabilidad.

Clasificación de los contratos

- a) Contratos bilaterales/unilaterales: los contratos bilaterales son aquellos en los que desde su celebración generan obligaciones recíprocas para las partes y los unilaterales crean obligaciones solo para una de ellas (art. 966 del CCCN–Ley N° 26994–).

- b) Contratos a título oneroso/gratuitos: los contratos a título oneroso son aquellos en los que la prestación u obligación de una de las partes es realizada en función de la ventaja que procura de la otra y los contratos a título gratuito son aquellos en los que la ventaja en favor de una de las contratantes es independiente de toda prestación a su cargo (art. 967 del CCCN–Ley N° 26994–).
- c) Contratos conmutativos/aleatorios: los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas y determinadas con cierto grado de certeza al momento de celebrar el contrato y, por el contrario, los aleatorios se dan cuando las ventajas y pérdidas dependen de un acontecimiento incierto (art. 968 del CCCN –Ley N° 26994–).
- d) Contratos formales: son contratos formales aquellos en los que la ley, por distintas razones, impone el cumplimiento de determinada forma. Están sujetos a formas absolutas cuando el cumplimiento de la formalidad solemne es exigido para su validez y, de no ser satisfecha, son nulos (ejemplo, donación de inmuebles, art. 1552 del CCCN –Ley N° 26994–). También se ubican dentro de esta clase, los contratos sujetos a una formalidad relativa exigida para que produzcan sus efectos propios (art. 1017 del CCCN –Ley N° 26994–) o para su comprobación (art. 1020 del CCCN –Ley N° 26994–), en cuyo caso generan la obligación de cumplir con la formalidad o sirven como medio de prueba (art. 969 del CCCN –Ley N° 26994–). En materia contractual, la regla general es el principio de libertad de formas (art. 1017 del CCCN –Ley N° 26994–).
- e) Contratos nominados/innominados: son contratos nominados aquellos que están regulados específicamente por la ley e innominados aquellos que no tienen esa regulación y, por eso, estarán regidos por la voluntad de las partes, las normas generales sobre contratos y obligaciones, los usos y prácticas del lugar de celebración y por las disposiciones sobre contratos nominados afines que sean compatibles y se adecuen a su finalidad.

Formación del consentimiento

El consentimiento constituye un elemento esencial del contrato, pues es que le da nacimiento y, en consecuencia, resulta relevante la determinación del momento en que se perfeccionó.

El artículo 971 señala de manera expresa que “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de la oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un contrato”.

En la formación del consentimiento pueden distinguirse distintas etapas:

Oferta: es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada (art. 972 del CCCN –Ley N° 26994–). La oferta tiene carácter vinculante para el proponente (art. 974 del CCCN –Ley N° 26994–).

Aceptación: Es la declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta. La oferta puede ser aceptada por el destinatario de forma expresa o que demuestre que la aceptó con su comportamiento; en algunos casos, puede aceptarla con su silencio (art. 979 del CCCN –Ley N° 26994–). La aceptación varía según sea celebrada entre presentes o entre ausentes (arts. 974 y 980 del CCCN –Ley N° 26994–).

El contrato de adhesión

El concepto de “contrato de adhesión” fue incorporado en los artículos 984-989 del CCCN –Ley N° 26994–, pues no existía una regulación específica y resultaba necesario establecer una tutela especial para esta modalidad contractual, que es de uso corriente en el ámbito mercantil.

En la actualidad, gran parte de los contratos se celebran sin negociación de las partes; se realizan a través de máquinas u ordenadores y con formularios predispuestos, debido a las necesidades de comercialización masiva de servicios y bienes y la reducción de los costos de negociación. En consecuencia, la regulación específica procura evitar los frecuentes abusos contractuales por parte del predisponente.

El contrato de adhesión está definido por el artículo 984 del CCCN –Ley N° 26994– como aquel “mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

En estos contratos pueden distinguirse dos partes:

- 1) el predisponente: es el sujeto que redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero;
- 2) el adherente: es quien firma el formulario, pero no participa en la creación del texto contractual ni influye en su contenido.

Las cláusulas particulares se pueden negociar y, cuando el contrato tiene cláusulas abusivas, los jueces tienen la facultad de declarar la nulidad parcial del contrato e integrarlo (art. 988 del CCCN –Ley N° 26994–).

La finalidad de la normativa es procurar la redacción de cláusulas claras, serias e inequívocas que sean idóneas para ser entendidas por sí solas por el adherente, sin necesidad de auxilios externos. A tal efecto, enuncia una serie de requisitos que deben cumplir las cláusulas generales:

- 1) deben ser comprensibles, claras, fácilmente inteligibles. Estos recaudos encuentran su fundamento en el principio general de buena fe (art. 9 del CCCN –Ley N° 26994–) y del mencionado deber de buena fe en las tratativas contractuales (art. 961 del CCCN –Ley N° 26994–).

Se busca el conocimiento pleno y cabal del texto contractual al punto que se declara como no convenida la cláusula que contenga un reenvío a textos que no se faciliten previamente al adherente.

- 2) Deben ser autosuficientes, completas, sin remitir a documentos que no hayan sido entregados a la parte no predisponente. La idea de autosuficiencia se reitera en el mismo texto del artículo 985 –tercer párrafo–, cuando establece que “se tendrán por no convenidas aquéllas (cláusulas) que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”. Además, en el segundo párrafo exige también que la redacción sea “completa”, lo que es una reiteración de la idea de autosuficiencia.

El contrato de consumo

Si bien está regulado en un título específico, no se trata de una categoría distinta sino de una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre el resto de los contratos especiales (por ejemplo, el contrato de compraventa de consumo). La sección comienza de manera amplia definiendo la “relación de consumo” como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor y luego introduce la definición del “contrato de consumo”, que es aquel en el que el consumidor adquiere bienes y servicios de personas físicas o jurídicas que actúan como profesionales en el mercado, de manera tal que la citada adquisición se hace para destino final y/o para su uso privado, familiar o social (art. 1092 y 1093 del CCCN –Ley N° 26994–).

El ordenamiento brinda una serie de pautas de interpretación e integración de los contratos de consumo (art. 1094 y 1095 del CCCN –Ley N° 26994–) que de conformidad con el principio *in dubio pro consumidor*, en caso de duda acerca de la interpretación de un contrato debe adoptarse el sentido más favorable para el consumidor y, si existieran dudas sobre el alcance de su obligación, la solución que resulte menos gravosa para él.

Dentro de este título se incluyen normas que, entre otras exigencias, imponen al proveedor la obligación de garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios, respetar la dignidad de la persona de acuerdo con los criterios de los tratados de derechos humanos y abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Exige de los proveedores que, en líneas generales, brinden a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio (arts. 1097 y 1098 del CCCN –Ley N° 26994–).

2. DOCUMENTACIÓN COMERCIAL USUAL

Presupuesto. Orden de compra.
Remito. Factura. Ticket. Recibo.
Nota de crédito. Nota de débito

Documentación comercial usual

Los documentos comerciales son los comprobantes extendidos por escrito en los que se deja constancia de las operaciones mercantiles que se realizan, de acuerdo con los usos y costumbres y con las exigencias de la ley. Estos son de vital importancia, ya que precisan la relación jurídica entre las partes que intervienen en una determinada operación, ayudan a demostrar su existencia y respaldan la registración contable de esas operaciones (ver punto 2 de la Unidad IV).

Dentro de una empresa, el circuito de utilización de estos instrumentos habituales, sería el siguiente:

Presupuesto

Es un documento que se confecciona con anterioridad a la concreción del negocio. El potencial comprador solicita una cotización para la compra o contratación que quiere realizar y el vendedor la elabora. En el presupuesto, debe consignarse el nombre de la persona física o jurídica a la que se encuentra dirigido y el detalle de los productos o servicios cotizados, precio unitario e importe total, la vigencia del precio presupuestado y las condiciones de pago.

Piénsese en el caso de una Sociedad Anónima que desea realizar la contratación de, por ejemplo, un servicio de catering para un evento institucional. El área que se encargue de las compras dentro de la empresa, deberá gestionar varios presupuestos para que luego, el directorio sea quien decida contratar a equis empresa prestadora de ese servicio.

Orden de compra

Es el documento que emite el comprador para solicitar las mercaderías al vendedor indicando cantidad, detalle, precio unitario y precio total según unidad de medida, condiciones de pago, lugar y forma de entrega del bien o del cumplimiento de la prestación del servicio. También recibe el nombre de “nota de pedido” y no obliga a la concreción de la operación. Debe extenderse en original, que se entrega o envía al vendedor, y en duplicado, que quedará en poder de quien lo suscribió (comprador).

Siguiendo con el mismo ejemplo del apartado anterior, una vez aprobada por el directorio de la Sociedad Anónima la contratación de determinada empresa para prestar el servicio requerido, el área de compras emitirá la orden de compra como primer paso hacia la concreción de la operatoria. De este modo, notificará al proveedor (vendedor/prestador del servicio) y este, una vez que acepte el pedido podrá, a través de lo consignado en la orden de compra, comenzar a preparar la mercadería o desarrollar los actos preparatorios para la prestación del servicio.

Remito

Lo confecciona el vendedor y acompaña la entrega de mercaderías. Se utiliza para dejar constancia de la recepción de conformidad de los bienes y mediante su emisión se concreta el derecho del vendedor a cobrar y la obligación del comprador a pagar.

Factura

Es el documento mediante el cual el proveedor (vendedor/prestador del servicio) comunica al comprador el importe y detalle de la venta o prestación de servicio por él realizada. Entre otros datos, suele contener: detalle de los bienes o de la prestación del servicio –y en este último caso, el plazo en el que fue efectivamente prestado–, cantidades, precios unitarios y totales, impuestos, forma y condiciones en que deberá efectuarse el pago.

La AFIP dictó numerosas normas que conforman el “Régimen de Emisión de Comprobantes” y que definen los lineamientos y las formalidades que deben cumplir las facturas, así como también cuáles son las máquinas válidas para expedirlas. Al día de la fecha, con el objetivo de intensificar el uso de herramientas informáticas destinadas a facilitar a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para optimizar las funciones de fiscalización de los gravámenes a su cargo, la AFIP ha dictado resoluciones dirigidas a algunos contribuyentes que cumplan determinadas condiciones, para que emitan comprobantes electrónicos.

Ticket

Cumple la misma función que la factura, lo emite el vendedor o prestador del servicio por medio de máquinas registradoras autorizadas por la AFIP y se lo entrega al comprador.

Recibo

Una vez realizado el pago de la factura, el vendedor o prestador del servicio emite un recibo dirigido al comprador para dejar constancia de que ha recibido el pago, consignando la fecha y el medio a través del cual ha sido cancelada la obligación (efectivo, cheque u otros valores en forma de pago total o parcial de lo adeudado). El recibo debe llevar la firma del proveedor sin excepción, ya que la firma del recibo es prueba de la extinción parcial o total de la deuda.

Nota de crédito

Es el documento que emite el proveedor a favor del comprador con el objetivo de informarle que ha acreditado en su cuenta un valor determinado, disminuyendo de este modo su deuda. Puede emitirse por diversos motivos, que deberán consignarse en la nota, por ejemplo: cuando el comprador devolvió bienes por averías o defectos, ante bonificaciones por volumen o rebajas de precios, por corrección de errores en la facturación, etc.

Nota de débito

Es el documento que emite el proveedor con el objeto de informar al comprador que ha cargado o debitado de su cuenta una suma determinada, aumentando de este modo su deuda. Puede emitirse por diversos motivos, que deberán consignarse en la nota, por ejemplo: se le facturó de menos, se le han aplicado intereses por mora en el pago, y demás motivos que impliquen el incremento en el saldo de la cuenta del comprador para con el proveedor.

3. CONTRATOS BANCARIOS (ARTS. 1378 A 1389 CCCN)

Importancia. Generalidades. Ámbito de aplicación (art. 1378, CCCN). Obligaciones precontractuales. Forma del contrato (art. 1380, CCCN). Deber de informar. Publicidad. Contenido del contrato. Cláusulas abusivas. Extinción. Contratos bancarios en particular. Contratos bancarios que instrumentan operaciones pasivas: depósito bancario a la vista y a plazo (art. 1390 a 1392, CCCN); cuenta corriente bancaria (art. 1393 a 1407, CCCN). Contratos bancarios que instrumentan operaciones activas: préstamo y descuento bancario (art. 1408 y 1409, CCCN); apertura de crédito (art. 1410 a 1412, CCCN). Contratos que instrumentan la prestación de servicios bancarios: servicio de caja de seguridad (art. 1413 a 1417, CCCN); custodia de títulos (arts. 1418 a 1420, CCCN)

Contratos bancarios

Importancia

La inclusión de estos contratos en el texto codificado implica un notable avance en la materia dada la dificultad que muchas veces genera la comprensión de la temática bancaria. Estos instrumentos tienen una importancia relevante en todos los campos de la vida cotidiana desde las transacciones comerciales más sencillas realizadas por cualquier particular hasta las grandes gestiones financieras llevadas adelante por una empresa multinacional.

En palabras de Barreira Delfino, los usos y costumbres sociales tienden a identificar a los contratos bancarios, crediticios o financieros como negocios de la misma naturaleza, resaltándose en unos casos el enfoque subjetivo –la intervención de un Banco– y en otros el enfoque objetivo –la asistencia crediticia o financiera–.

Por ello, la denominación “contratos bancarios” no es técnicamente apropiada, pues se sustenta en la calidad que reviste una de las partes del negocio –el Banco–, sin abordar el contenido intrínseco de este último. Es por ello que debería utilizarse la denominación de “contrato financiero” como la expresión conceptual más amplia y comprensiva de todos aquellos negocios por medio de los cuales se presta un “servicio financiero” a cambio de un precio deter-

minado que está representado por la tasa de interés pactada y que se devenga en función del decurso del tiempo, tanto para el cumplimiento normal como moroso del apoyo crediticio brindado (intereses compensatorios¹ e intereses moratorios o punitivos²).

El contrato bancario es el esquema jurídico de la operación bancaria. Es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria. Para que pueda calificarse un contrato como bancario en sentido propio, tiene que participar en él la persona que ostenta legítimamente la titularidad jurídica de una empresa bancaria.

Generalidades

Este tipo de contrato se enmarca en la regulación de los contratos en general, pero también y en particular, de los contratos de adhesión y de consumo. Ampliaremos esto en lo que sigue.

Las disposiciones generales dedicadas a estos contratos, pueden dividirse en:

1. Aquellas destinadas a establecer como principio rector de esta relación jurídica la transparencia en las condiciones contractuales. Se legisla especialmente sobre la publicidad y la información a brindar por las entidades, integrando el avance obtenido en la jurisprudencia luego de innumerables acciones legales iniciadas contra Bancos por abusos de este tipo; “se establecen normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una sección primera relativa a la transparencia en las condiciones contractuales”.
2. Aquellas en las que se acentúa la tutela del cliente, destinadas a proteger a los consumidores y usuarios financieros, y que reafirman las prerrogativas otorgadas por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la

1. El interés compensatorio es aquel que el deudor debe pagar por utilizar el servicio financiero prestado por el Banco. Es el precio por el uso de un capital.

2. El interés punitivo es aquel que se aplica cuando el deudor incurre en mora. Es la sanción por privar el uso de un capital al Banco. Siempre resulta mayor al interés compensatorio que la entidad financiera aplicaría si no hubiese incumplimiento.

Ley de Defensa del Consumidor y el capítulo de contratos de consumo incorporado al CCCN. Cabe señalar en este punto que toda la normativa versada en materia de consumo debe interpretarse armónicamente y de ningún modo se entiende que una es derogatoria de las demás. Los clásicos principios de “ley posterior deroga ley anterior” y “ley especial deroga ley general” ya no son absolutos; deberá evaluarse su aplicación en cada caso particular. El código propone el “diálogo de fuentes”.

Si bien las cláusulas generales se encuentran divididas de acuerdo a dichos criterios, la norma contiene especificaciones idénticas para ambos casos, partiendo de la base de que todos los contratos bancarios son de consumo y las más de las veces, también de adhesión, aunque no sucede lo mismo a la inversa.

Ámbito de aplicación

En primer lugar, en su artículo 1378, el código establece el ámbito de aplicación de las disposiciones allí contenidas, explicando que los contratos destinatarios de dicha protección son los celebrados con las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras N° 22156³ y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa ley cuando el Banco Central de la República Argentina (BCRA) disponga que dicha normativa les es aplicable en un caso particular. En otras palabras, “y si no puede haber banco sin autorización oficial para funcionar como tal, tampoco podría haber ‘operaciones de banca’ si quien las lleva a cabo actúa en forma marginal; esto es, sin contar con la venia de la autoridad adminis-

3. Artículo 1, Ley N° 22156: “Quedan comprendidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas— de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.” Artículo 2: “Quedan expresamente comprendidas en las disposiciones de esta Ley las siguientes clases de entidades: a) Bancos comerciales; b) Banco de inversión; c) Bancos hipotecarios; d) Compañías financieras; e) Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) Cajas de crédito. La enumeración que precede no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el artículo 1, se encuentren comprendidas en esta ley”.

trativa de control” (léase, el Banco Central de la República Argentina,⁴ en adelante BCRA).

Debe ser recalcado que el tinte “financiero” del negocio está dado por la naturaleza de la prestación del mismo y no por quien lo presta, ya que puede tratarse de un particular comerciante, una sociedad comercial o financiera –no comprendida en la Ley N° 21526–, una entidad financiera –Banco– o un organismo público.

Lo que caracteriza a las entidades financieras reguladas y mencionadas por la ley especial en el artículo 1 es que se encuentran autorizadas a actuar como intermediarias financieras entre la oferta y la demanda de recursos. La intermediación entre la oferta y la demanda es el ejercicio de obtener recursos financieros para, correlativamente, prestarlos, implicando constantes desembolsos⁵ de dinero a ser restituidos por el cliente en determinado plazo de tiempo y contra el pago de una tasa de interés frecuente (mensual, trimestral, etc.). Para poder llevar adelante estas operaciones, la entidad otorgante necesita fondos, por lo que afectará recursos⁶ propios y también captará recursos de terceros, que luego serán colocados en la cartera de clientes, generando un movimiento circular de captación y colocación de recursos financieros (algunos terceros aportan y otros devuelven, siendo estos recursos prestados a otras personas. La devolución realizada por estas últimas vuelve a iniciar el círculo).

También debe mencionarse que los Bancos realizan otras operaciones en las que no actúan como intermediarios financieros, sino como prestadores de servicios (cajero automático, caja de seguridad, etc.) contra el pago de una comisión por parte del cliente.

Siguiendo, el artículo 1384 explica que se aplican a los contratos bancarios

4. El Banco Central de la República Argentina es un ente autárquico del Estado nacional cuya finalidad es promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social.

5. El diccionario de la Real Academia Española define el desembolso como la entrega de una porción de dinero efectivo y al contado.

6. Los recursos, objeto de las operaciones financieras, pueden ser de todo tipo: dinero, propiamente dicho o títulos de crédito –cheques y pagarés, por ejemplo–, valores negociables –títulos de deuda pública, por ejemplo–, entre otros.

todas las disposiciones relativas a los contratos de consumo de conformidad con lo dispuesto por el mismo cuerpo normativo en la sección dedicada a las generalidades de los contratos de consumo. A esto ya nos hemos referido.

Obligaciones precontractuales

Antes de vincular contractualmente al consumidor, el Banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema bancario, publicadas por el BCRA. Esto quiere decir que debe estar al tanto de los productos y condiciones ofrecidas en el mercado.

Asimismo, el Banco debe informar al cliente las razones del rechazo de su solicitud, y si la causa fue la información negativa del cliente registrada en una base de datos, deberá informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

Forma del contrato

Además de ser nominados, el artículo 1380 estipula que estos contratos se encuentran dentro de la categoría de formales y pone en cabeza de los contratantes la obligación de celebrarlos por escrito, por lo que se despejan todas las dudas acerca de la validez que tienen la oferta y aceptación que realizan las partes telefónica o electrónicamente.⁷ Asimismo, se impone la obligación del Banco de entregarle un ejemplar del contrato a su cliente.

7. La contratación electrónica ha sido receptada en el código, en los artículos 1105 y 1106 como “Modalidad Especial de Contratación”. Estos artículos regulan que los contratos celebrados a distancia “son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”. El artículo 1106, por su parte, establece que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”. De cualquier modo, esto último deberá interpretarse en consonancia con el principio de protección del consumidor.

Entre las normas de consumo aplicables a este tipo de contratos, el artículo 1386 establece que el instrumento escrito debe permitir que el consumidor pueda obtener una copia, acceder, reproducir y conservar la información de aquellos instrumentos que, valga la redundancia, instrumentan el contrato.

Deber de informar. Publicidad. Contenido del contrato

El artículo 1379 dispone que en base a la clasificación realizada por el BCRA,⁸ cartera de consumo y cartera comercial, los Bancos tienen el deber de informarle al cliente a qué cartera corresponde su operación, es decir, dentro de qué parámetros quedará catalogada. No obstante, aclara la norma, esa calificación no prevalece sobre la que surja del contrato ni sobre la decisión judicial, conforme a las normas del código.

En la misma línea, debe consignar en sus anuncios en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.

El deber de informar con precisión en sus anuncios se extiende al texto del contrato, a su contenido, en el que el Banco deberá especificar los mismos pormenores: la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas que estarán a cargo del cliente. Si en el contrato no queda especialmente determinada la tasa de interés, será aplicable la nominal⁹ mínima y máxima respectivamente para las operaciones activas y

8. El BCRA clasifica a los deudores bancarios de acuerdo a análisis previos al otorgamiento de las financiamientos, teniendo en cuenta su capacidad de pago, evaluando la afectación de sus ingresos periódicos por la totalidad de los compromisos de crédito asumidos y el grado de cumplimiento en término de sus obligaciones o su situación jurídica y las informaciones que surjan de la Central de deudores del sistema financiero, cuando reflejen niveles de calidad inferiores al asignado por la entidad. La cartera de consumo incluye los préstamos destinados a la adquisición de bienes de consumo personal, familiar, profesional, financiación de tarjetas de crédito, compras, construcción o refacción de la vivienda propia. Todo lo que no sea cartera de consumo es, en contraposición, cartera comercial, más orientada a la órbita empresarial. Fuente: Clasificación de Deudores BCRA T.O. 14/04/2015. Recuperado de <http://www.bkra.gov.ar/pdfs/texord/t-cladeu.pdf>.

9. La tasa nominal es igual a la tasa de interés que se cobra por cada período multiplicada

pasivas promedio del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso.¹⁰

En la misma línea de acuerdo al artículo 1382, el Banco debe comunicar al menos una vez al año en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos cuyo plazo sea indeterminado o mayor a un año. Esta incorporación tutela los derechos del consumidor bancario, porque de este modo, puede realizar un seguimiento de la evolución de las operaciones activas y pasivas de las que es parte.

Una vez que el cliente recibe la comunicación, comienza a transcurrir un plazo de treinta días en los que podrá oponerse. De lo contrario, se entenderá que ha aceptado todas y cada una de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo y de lo que se explica a continuación.

Sobre el tema de la presunción de conformidad del cliente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires afirma que si bien el silencio luego de recibidos los extractos hace presumir la conformidad del cuentacorrentista con los intereses que el Banco carga en su cuenta por las operaciones en descubierto, otro caso sería cuando se plantea la nulidad absoluta de las tasas de interés, pues la nulidad no puede ser materia de renuncia anticipada, ni cabe considerarla subsanada por una suerte de consentimiento tácito del obligado.

La facultad de la justicia para reducir un interés que considere usurario se funda en el principio de que nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial. Ello así, 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.

por el número de total de períodos durante los cuales se encuentra vigente la obligación del cliente.

10. Las tasas de interés son publicadas por el BCRA en su sitio web y actualizadas de manera mensual. [A octubre de 2015. Recuperado de <http://www.bcra.gov.ar/Estadisticas/esttas010000.asp>]

Estos antecedentes ponen de manifiesto que la falta de impugnación oportuna de los extractos bancarios no ha sido obstáculo para plantear la revisión de la tasa de interés al interpretar que fue abusiva, por lo cual, es de suponer que se mantendrá esta doctrina judicial y puede encuadrarse en el artículo 862 del CCCN, el cual describe el modo de aprobar una rendición de cuentas, diciendo en consonancia con lo anterior, que habrá aprobación tácita si no es observada en el plazo convenido, pero haciendo la salvedad de que podrá ser observada por errores de cálculo dentro del plazo de caducidad de un año de recibida.

Siguiendo, el artículo 1388 deja en claro que ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato y no podrán cargarse comisiones o costos al cliente por servicios no prestados efectivamente.

Asimismo, las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total¹¹ publicitado o incorporado al documento contractual reciben la sanción de tenerse por no escritas. Este final contundente de la norma tiene en cuenta los abusos que se han registrado en los últimos años y de los que da cuenta numerosa jurisprudencia.

Cláusulas abusivas

Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tendrán por no escritas.¹² Va de suyo, de conformidad con el artículo 1389, que quedarán fulminados de nulidad los contratos de crédito que carezcan de información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero

11. El costo financiero total es un porcentaje en el que se refleja el verdadero costo del dinero prestado en forma anual, es decir que incluye los intereses compensatorios, gastos, comisiones, seguros e impuestos que debe pagar el cliente por el otorgamiento del crédito o durante su vigencia.

12. Esta prerrogativa tiene un fin protectorio en un contexto en el que el instrumento contractual es redactado por una sola de las partes de modo unilateral.

total y las condiciones de desembolso y reembolso, pues en línea con la ampliación de la protección brindada al consumidor en el CCCN, se prevé esta protección a fin de evitar que los usuarios contraigan engañosamente obligaciones que exceden su capacidad de pago.

En el mismo orden de ideas, el artículo 1385 sostiene que los anuncios del Banco deben contener en forma clara y concisa la información sobre las operaciones que se proponen, especificando particularmente monto mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas, tasa de interés y si esta es fija o variable, tarifas cobradas por gastos y comisiones y frecuencia de cobro, costo financiero total en las operaciones de crédito, la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios y, finalmente, la duración del contrato.

Extinción

El artículo 1383 le otorga al cliente la facultad de rescindir el contrato bancario en cualquier momento sin imponerle la obligación de pagar una penalidad o gastos. Incluso, si se trata de un contrato indeterminado, le otorga el derecho de rescindirlo en cualquier momento con la única obligación de pagar los gastos devengados antes del ejercicio de esta potestad.

Contratos bancarios en particular

La norma regula en particular los contratos de depósito bancario de dinero, cuenta corriente bancaria, préstamo y descuento bancario, de apertura de crédito, de servicio de caja de seguridad y el de custodia de títulos; todo ello del artículo 1390 al 1420.

Algunos de estos contratos, si bien desde antaño son de uso corriente en la práctica bancaria y se encuentran reglamentados por el BCRA, no estaban formalmente legislados.

Contratos bancarios que instrumentan operaciones pasivas

Previo sanción del CCCN, el depósito se encontraba regulado por el Código Civil y por el Código de Comercio, en dos normas contradictorias.

El primero lo definía en su artículo 2182 como aquel contrato en virtud del cual una de las partes se obligaba a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confiaba y, luego, a restituírsela en las mismas condiciones; es decir, se presumía que cuando el depósito era de dinero, el cliente depositante concedía al Banco depositario el uso del dinero depositado y, consecuentemente, la institución bancaria quedaba obligada a su devolución total.

El Código de Comercio, en su artículo 572, coincidía en la misma definición en relación a la custodia de una cosa, pero agregaba tres requisitos para otorgarle el carácter de comercial: debía nacer en un acto de comercio, ser ejecutado con un comerciante o por cuenta de él y realizarse a cambio de una contraprestación, es decir, con carácter oneroso, considerando que el fin de lucro es lo que caracteriza a cualquier contrato comercial. El Banco depositario del dinero no podía usar ese dinero y, si lo hacía, quedaban a su cargo los perjuicios que pudieran ocasionarse, aunque provinieran de un caso fortuito. Asimismo, establecía el código que al depósito comercial debían aplicársele supletoriamente las normas del mandato, en lugar de reenviarnos al Código Civil, en cuyo artículo 2220 sobre “depósito irregular” es donde realmente encontrábamos la definición de “depósito bancario”, en el que la obligación de custodia del depositario es desplazada por la obligación de reintegrar igual cantidad de cosas recibidas:

Si el depósito fuese irregular, de dinero o de otra cantidad de cosas, cuyo uso fue concedido por el depositante al depositario, queda este obligado a pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie.

Por ello, decimos que existía entre ambos códigos una discrepancia regulatoria que dio lugar a una doctrina belicosa y a una jurisprudencia variada sobre la naturaleza jurídica del depósito de dinero, dejando el interrogante acerca de quién era el verdadero propietario de los fondos depositados.

Hoy, la flamante norma unificada delimita el régimen legal del contrato de depósito en dinero a la vista y a plazo en tres artículos, comenzando del siguiente modo:

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.

Nótese en la definición que hay un avance notable que despeja todas las dudas al consignarse expresamente en la norma que el depositante transfiere la propiedad del dinero depositado al Banco o entidad financiera que lo capta. Creemos que esta expresión configura una evolución que no obstante encenderá muchos debates, ya que al quedar transferida la propiedad del dinero mediante el depósito, es el Banco quien pasa a ser su propietario, por lo que, por ejemplo, no podría trabarse un embargo contra el depositante sobre esos fondos, precisamente porque ya no le pertenecen.

El Banco, por su parte, asume la obligación de restituir ese dinero en la moneda de la misma especie al vencimiento del plazo pactado. Esto se convierte en un nuevo punto controvertido, dado que en línea con lo dispuesto en los artículos 765 y 766 del código unificado, la deuda en moneda que no es de curso legal en la República (o sea en moneda extranjera) es una obligación de dar sumas de dinero. El deudor tiene la obligación de entregar la cantidad correspondiente a la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene, por lo tanto, se liberaría abonando su obligación en la moneda de curso legal. Es necesario, que el lector tenga claro que en este caso, es el Banco el deudor y el cliente su acreedor.

En palabras de los miembros de la Comisión Redactora del CCCN:

Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene [...] la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la CSJN de un proceso de estabilización de la economía” (López *c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S. A.*).

Entendemos que en materia de depósitos bancarios en moneda extranjera, debe interpretarse esta como una norma especial que prevalece sobre la general contenida en esos artículos del CCCN, subsistiendo aquí la obligación del Banco de restituir en la moneda de la misma especie depositada. No se trata de una norma de orden público, cuyo objetivo es eliminar la utilización de la moneda extranjera en nuestro país. La jurisprudencia ha sostenido en numerosas oportunidades que

La estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad y no puede verse ninguna lesión a un principio de orden público.

Existen dos tipos de depósitos que analizaremos seguidamente.

a) Depósito bancario a la vista

En el depósito a la vista la entidad bancaria tiene la obligación de reintegrar el dinero depositado en el momento en que el depositante se lo exige. Un ejemplo clásico de depósito a la vista es la caja de ahorro, una cuenta de dinero que sirve de soporte operativo para centralizar ingresos, pagos, transferencias, retiros de dinero mediante cajeros automáticos, etc. El titular de la cuenta, dispone de los fondos que efectivamente se encuentran dentro de ella, pudiendo retirar todo o parte del dinero en cualquier momento.

El artículo 1391, sin definirlo y sin señalar sus caracteres, describe el régimen legal de este instituto, y dispone que el depósito a la vista deberá estar representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente. El fundamento de esto último radica en que deben atenderse en forma ordenada los compromisos del depositante. De aquí surge la obligación que tiene el Banco de expresar en documentos de cualquier soporte los movimientos y saldos del cliente, tomando en consideración que estos depósitos están siempre identificados con cuentas que reciben múltiples y continuas imposiciones y extracciones.

El mismo artículo le otorga al Banco la facultad de dejar sin efecto la constancia que realizó en forma incorrecta, es decir, aquella que no corresponda a la cuenta de que se trate, otorgándole una potestad que permite resolver cuestiones de índole práctica.

Si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponer de aquel, aun en caso de muerte de una de ellas, excepto que se haya convenido lo contrario. Esta modalidad se conoce en el sistema bancario como “cuenta a la orden recíproca”.

Salvo pacto en contrario, cuando son dos o más personas las titulares de la disponibilidad de los fondos (ya que dijimos que se transfiere la propiedad de los mismos al Banco), cualquiera de ellas en forma indistinta podrá disponer de su totalidad, lo que importa una previsión legal importante respecto del titular no afectado, en el caso que uno de los cotitulares devenga incapaz, falleciera o entrara en concurso o quiebra.

b) Depósito bancario a plazo

El artículo 1392 regula otro tipo de depósito también conocido como “a término”. En ellos, el depósito otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenidos. O sea, que este instituto está asociado a una finalidad lucrativa porque es una verdadera inversión; pues la intención del cliente al realizar este tipo de depósito es obtener una ganancia mayor a cambio de mantener inmovilizada la suma depositada por determinado plazo de tiempo. Claramente, y en línea con su condición de consumidor y parte débil del contrato, podrá retractarse

de esta decisión perdiendo el derecho a cobrar los intereses pactados, es decir, la renta a su favor.

En el pacto con el cliente, el Banco extenderá a cambio un certificado transferible por endoso. El ejemplo clásico de esta modalidad es el certificado de plazo fijo, extendido por la entidad bancaria a favor del cliente, con todos los datos relativos a la contratación, a saber: fecha de constitución del depósito, fecha de vencimiento, monto depositado, intereses a obtener por parte del cliente y lugar de pago. Transcurrido el plazo pactado, el cliente se presentará con el certificado para poder volver a movilizar sus fondos con los intereses ganados a favor. Que sea transferible por endoso implica que con ese certificado, el cliente podría, por ejemplo, constituir una garantía a favor de otra persona física o jurídica que, operado el plazo de vencimiento, sería el encargado de hacer la gestión en el Banco para cobrar el dinero y los intereses allí consignados.

En caso de que se haya pactado la intransferibilidad, solo podrá llevarse a cabo un contrato de cesión de derechos, rompiendo con la regla del régimen anterior en virtud de la cual solo el o los titulares podían retirar los fondos al vencimiento.

Cuenta corriente bancaria

El Código de Comercio definía a la cuenta corriente mercantil como

un contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo.

Por otro lado, y específicamente sobre cuenta corriente bancaria, el Código de Comercio expresaba la forma en la que esta podía tener lugar, estableciendo en el artículo 791 que “La cuenta corriente bancaria es de dos maneras: a

descubierto, cuando el Banco hace adelantos de dinero; o con provisión de fondos, cuando el cliente los tiene depositados en él”. Luego agregaba en el artículo 794 que “Todo el que tenga cuenta corriente en un Banco, deberá recibir una libreta, en la cual se anotarán por el Banco las sumas depositadas y la fecha, y las sumas de los giros o extracciones y sus fechas”.

Hoy, en una composición de ambas regulaciones, el CCCN instauro el régimen legal de la cuenta corriente bancaria a partir de su definición del artículo 1393 como

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.

Es la cuenta corriente bancaria una especie del depósito bancario que cobró importancia con motivo de la prestación de diversos servicios bancarios, como el derivado de la provisión y uso de la tarjeta de crédito y de la transferencia electrónica de fondos.

En palabras más sencillas, la cuenta corriente es aquella en la que se registran deudas y créditos recíprocos entre el Banco y el titular (cuentacorrentista) y que se van compensando de manera constante dando lugar a un único saldo exigible por alguna de las dos partes a la otra según sea positivo (el Banco me debe) o negativo (yo le debo al Banco).

La cuenta corriente no es, como se creyó al principio, un mero sistema de contabilidad, consistente en dos columnas de debe y haber, en el cual se van asentando las distintas partidas para restar al final la menor de la mayor y obtener un saldo [...] es un contrato en virtud del cual las partes convienen en que los créditos y deudas que arrojen las operaciones que efectúen en determinado lapso pierdan su individualidad y se funden en dos masas contrapuestas para liquidarse en la fecha convenida, compensándose hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo, deudor para una y acreedor

para la otra. Importa, pues, una concesión recíproca de crédito [...] sin que mientras la cuenta está abierta se pueda hablar de deudor y acreedor.

Volviendo a la definición traída por el CCCN, esta hace hincapié fundamentalmente en los deberes que tiene el Banco¹³ con el cliente o cuentacorrentista, por lo que no es autosuficiente y debe ser interpretada y estudiada de manera conjunta con lo que dispone la reglamentación del BCRA, en la que se establecen de manera detallada cuáles son las obligaciones de la otra parte, es decir, del cuentacorrentista, entre las que se encuentran las de

mantener suficiente provisión de fondos en la cuenta o tener la autorización para girar en descubierto,¹⁴ recibir los extractos, mantener la firma registrada, avisar por escrito el extravío, sustracción o adulteración de las fórmulas de cheques,¹⁵ comunicar el cambio de domicilio, cambios en sus estatutos, etc.¹⁶

Luego, el artículo 1401 se refiere a la relación existente entre el Banco y el cuentacorrentista, estableciendo que implica una suerte de mandato o gestión de cobro, correspondiendo a la entidad bancaria la rendición de cuentas de los fondos percibidos y su destino. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que si

13. La reglamentación del BCRA prevé una extensa lista de obligaciones de las entidades respecto al contrato de cuenta corriente bancaria, entre las cuales se pueden mencionar: tener las cuentas al día; acreditar en el día los importes que se le entreguen para el crédito de la cuenta corriente y los depósitos de cheques en los plazos de compensación vigentes; enviar al cuentacorrentista un extracto con el detalle de los movimientos; las modificaciones en las condiciones pactadas; etc.

14. En el giro en descubierto, el cuentacorrentista libra cheques sin tener el dinero depositado en la cuenta, por lo que el Banco afronta el pago de esos cheques emitidos por el titular por hasta la suma convenida, produciéndose un saldo deudor que generará intereses a favor de la entidad y que, una vez vencido el plazo pactado, el cliente deberá cancelar.

15. En la fórmula deberán constar impresos el número del cheque y el de la cuenta corriente, el domicilio de pago, el nombre del titular y el domicilio que este tenga registrado ante el girado, identificación tributaria o laboral o de identidad, según lo reglamente el BCRA.

16. Según la reglamentación del BCRA sobre el contrato de cuenta corriente bancaria actualizada al 10 de abril de 2015.

hay conflicto de intereses entre el Banco y el cliente, el primero debe posponer los suyos en la ejecución del mandato.¹⁷

En el mismo sentido se ha resuelto 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.

Asimismo, se deja en claro en el artículo 1401 que en aquellos supuestos en los que el Banco debe operar en plaza distinta (entre dos ciudades diferentes), quedará eximido del daño causado si es el cuentacorrentista quien encomienda la tarea a un Banco de su propia elección.

Es importante destacar el final del artículo que define este contrato, en el que se otorga al Banco la facultad de “en su caso, prestar un servicio de caja”. En consonancia, el actual artículo 1397 del CCC dice: “Si el contrato incluye el servicio de cheques, el Banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes”.

De ambas redacciones surge claramente que la prestación de tal servicio es facultativa, no obligatoria ni condición de existencia del contrato de cuenta corriente. Esta aclaración pone punto final a una discusión que enfrentó a la jurisprudencia respecto a lo que se denominó como cuentas “no operativas”. Estas cuentas eran aquellas en la cuales no se había prestado efectivamente un servicio de caja mediante el libramiento de cheques. En contraposición, las cuentas operativas eran aquellas que operaban con cheques. Luego de una extensa jurisprudencia en este tema, la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio (LL 1989-D-151) resolvió que la cuenta corriente bancaria no se identificaba con el cheque sino a la inversa. El cheque no es el instrumento único para efectuar extracciones.

Conforme a lo expuesto anteriormente, se debe dejar en claro que si bien hoy la cuenta corriente bancaria no se identifica necesariamente con el servicio de

17. Artículo 1325 del CCCN: “Conflicto de intereses. Si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, este debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar”.

cheques, no puede haber servicio de cheques sin contrato de cuenta corriente. No obstante, en la reglamentación del BCRA, en el apartado de “Atención de Cuenta”, se persiste con el modelo anterior cuando expresa: “las cuentas corrientes deberán contar con el uso de cheques, salvo que estén abiertas a nombre de personas jurídicas, en cuyo caso podrá establecerse que sea opcional la utilización de cheques”. Es decir que, según la reglamentación, para las cuentas corrientes abiertas por personas físicas o humanas es obligatoria la utilización del cheque.

Cuando el servicio de cheques esté incluido en el contrato, el Banco deberá entregar los formularios correspondientes al cuentacorrentista.

El artículo 1395 pormenoriza las operaciones en virtud de las cuales la cuenta corriente sufrirá movimientos, a saber:

- **Acreditaciones:** se realizarán acreditaciones por depósitos o remesas de dinero, cobranza de títulos valores y por los créditos otorgados por el Banco.
- **Débitos:** se realizarán débitos cada vez que el cuentacorrentista retire dinero; por pagos o remesas que realice el Banco por instrucción de aquel, por comisiones, gastos e impuestos relativos a la cuenta y por los cargos contra el cuentacorrentista, cuando, por ejemplo, realice pagos en descubierto.¹⁸ Esto último estará sujeto a lo que establezca el BCRA.

La reglamentación de la cuenta corriente bancaria del BCRA también se expresa en este sentido:

- **Créditos:** mediante depósitos por ventanilla o cajeros automáticos. Depósitos de cheques u órdenes de pago oficial nominativas. Por créditos internos y otros. En esta línea, el artículo 1402 deja en claro que se asentarán en la cuenta los créditos y títulos valores recibidos al cobro por el Banco, y si este los asentara antes, podrá excluir su valor mientras no haya percibido efectivamente el cobro.
- **Débitos:** por pago de cheques. Transferencias ordenadas por el cuentacorrentista (personal, electrónica, telefónica, vía Internet, etc.). Débitos internos: extracciones a través de cajeros automáticos y de termina-

18. Atendidos transitoriamente con recursos del Banco, sin provisión previa del cuentacorrentista.

les en puntos de venta. Débitos que puedan no requerir autorización previa (ej., multas legalmente previstas, los impuestos que graven los movimientos). Pago de préstamos, alquiler de cajas de seguridad, etc. Pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, facturas de servicios públicos o privados, resúmenes de tarjetas de crédito, etc. Comisiones pactadas. Multas legalmente previstas. Impuestos que graven los movimientos.

Todo ello es concordante con la cláusula general del artículo 1394 del CCCN en cuanto dice que “El Banco debe prestar los demás servicios relacionados con la cuenta que resulten de la convención, de las reglamentaciones, o de los usos y prácticas”.

Para completar, el artículo 1396 del CCCN regula sobre la forma en la que el Banco y el cliente pueden realizar los créditos y débitos en la cuenta corriente, reemplazando el uso de la antigua “libreta” (art. 794 del Código de Comercio) por la posibilidad de instrumentar las operaciones por medios electrónicos o mecánicos en orden a la celeridad y seguridad de las transacciones. Esta norma adapta el uso de la cuenta a la tecnología actual, y al expresar que “las cuentas pueden ser llevadas por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros en las condiciones que establezca la reglamentación”, delega en el BCRA el desarrollo e impulso de estos modos alternativos, por ejemplo, en relación a los medios de comunicación que se pueden utilizar para notificar al cuentacorrentista el extracto bancario.

La determinación del saldo deudor y su instrumentación o estructuración posterior se encuentran estrechamente vinculadas, no obstante no son caras de una misma moneda; pues, la determinación del saldo de la cuenta corriente es diaria –todos los días hay una posición deudora, acreedora o neutra del titular respecto al Banco– y está sustancialmente vinculada al funcionamiento de la cuenta, mientras que su colocación en un soporte legalmente válido y ejecutable –certificado– tiene que ver con su cierre, con la finalización del contrato.

El primer aspecto está regulado en el artículo que define a este contrato, y a lo dicho allí nos remitimos. Agregamos que el artículo 1403 impone a la entidad bancaria el envío mensual al cuentacorrentista de un extracto de la cuenta –en el que se deben indicar movimientos y saldos– dentro de los ocho días de fina-

lizado cada mes. La aceptación de este estado de cuenta se presume cuando el cliente no ha realizado observaciones dentro del plazo de diez días de recibido el extracto,¹⁹ o si alegara no haberlo recibido pero hubiera dejado transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en el que el Banco debió enviarlo sin haberlo reclamado, incumpliendo con el deber de cooperación que en este sentido le imponen leyes análogas al cliente (v. gr.: Ley de Tarjeta de Crédito). Cabe explicar aquí que el artículo 1407 dispone que el saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía. Esto ya se estilaba en la práctica aunque no estaba regulado en forma expresa.

Una vez calculado el saldo deudor es posible demandar su pago o alcanzarlo por vía ejecutiva siguiendo las pautas que describimos a continuación. Sobre la estructura del certificado de saldo deudor, el artículo 1406 lleva como título “Ejecución de saldo” y dice que una vez producido el cierre de una cuenta y notificado el cuentacorrentista, el Banco autorizado para operar en Argentina podrá, bajo su exclusiva responsabilidad de emisión o utilización indebida, emitir un certificado con eficacia ejecutiva, que debe contener:

- a) el día de cierre de la cuenta;
- b) el saldo a dicha fecha;
- c) el medio en virtud del cual ambos pormenores fueron notificados al cuentacorrentista. Esto último es muy importante, ya que es el momento en el que se produce la mora del cuentacorrentista, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia plenaria nacional comercial que recepta el nuevo texto legal,²⁰ acorde con lo dispuesto por el artículo 1078 del CCCN, en cuanto establece que la extinción del contrato por declaración de una de las partes, se ejerce mediante comunicación a la otra parte, salvo disposición legal o convencional.

19. Se debe tener en cuenta en este punto lo escrito en la parte general sobre las impugnaciones por errores de cálculo y tasas usurarias.

20. El momento a partir del cual el cliente queda incurso en mora despertó intensos debates en la jurisprudencia, hasta el plenario en los autos “Banco de Entre Ríos c/ Genética Porcina S. A.” (Cámara de Comercio, 21/11/84; L.L. 1985-A-233; J.A. 1984-IV-653; E.D. 111-636), en el que se dijo que la mora del deudor se produce desde la interpelación del deudor.

El certificado deberá confeccionarse por escritura pública y tendrá que estar firmado por dos personas apoderadas del Banco. Esto modificó sustancialmente lo que disponía el artículo 793 del Código de Comercio, al requerir que el certificado sea otorgado por el gerente y el contador del Banco.

Se crea así un título con eficacia ejecutiva, autónomo, que se basta a sí mismo, lo que quiere decir que trae aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimientos del lugar donde se ejercite la acción.

Sin cualquiera de los requisitos descriptos, el título será inhábil, por lo que no podrá ser ejecutado.

En contra de la jurisprudencia que no admite la capitalización del saldo deudor, y con las excepciones que surjan de una futura reglamentación, de la convención o de los usos, el artículo 1398 establece que la deuda de la cuenta corriente genera intereses que se capitalizan cada tres meses (trimestralmente). En la capitalización de intereses, el Banco agrega al saldo deudor los intereses generados por el dinero que el cliente mantiene en la entidad, aumentando así su capital, que se convertirá en la base de la siguiente capitalización. Esta aumenta el importe final adeudado por el préstamo, aumentando así la cantidad que el cliente deberá pagar posteriormente.

Asimismo, la nueva disposición introduce un cambio, estableciendo que el saldo acreedor de la cuenta corriente (el saldo que el Banco me debe a mí) también podrá generar intereses capitalizables conforme lo que pacten las partes y lo que establezca la autoridad de control financiero.

- Responsabilidad solidaria: si bien el Código de Comercio no trataba específicamente la responsabilidad contractual en caso de cotitularidad, se entendía que cualquiera de los titulares podía ser obligado al pago del total del saldo y que el crédito pertenecía a todas las personas a cuyo nombre había sido abierta la cuenta. Hoy, el artículo 1399 establece expresamente la responsabilidad solidaria de los titulares de las cuentas a nombre de dos o más personas, por los saldos que estas arrojen. El fundamento es la diversidad de los recursos que integran la cuenta, los que en buena medida, si no son provistos por el cliente, lo son por el Banco y benefician a todos los titulares; motivo por el cual todos ellos deben responder.

- Propiedad de los fondos: el artículo 1400 dispone que 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 todos los titulares por partes iguales, salvo pacto en contrario. Esta división de la propiedad entre los cuentacorrentistas es oponible a terceros. Hay que tener en cuenta que esta regla sufre algunas transformaciones en los casos de solidaridad cambiaria que, por ejemplo, pueda resultar del modo utilizado en el libramiento de cheques (el librador es garante del pago).

Esta disposición pone en crisis lo establecido en el contrato de depósito acerca de que la propiedad del dinero se transfiere al Banco. Debía hablarse en este artículo de propiedad de la disponibilidad de los fondos o propiedad del crédito. “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, Código Civil), y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera; y agregó que “Es elemento fundamental del contrato de cuenta corriente bancaria la existencia de una disponibilidad que habilita al cuentacorrentista a disponer en cualquier momento de la suma acreditada”.

El artículo 1404 establece los supuestos en los cuales se producirá el cierre de la cuenta y, por consiguiente, el contrato quedará extinguido:

- a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso de una anticipación de diez días, salvo pacto en contrario. Se deben tener en cuenta aquí las disposiciones de la reglamentación a través de las cuales el BCRA faculta a la entidad bancaria a rescindir unilateralmente al haber quedado el cuentacorrentista incluido en la Central de cuentacorrentistas inhabilitados o por falta de pago de las multas de la Ley de Sanciones para los Libradores de Cheques N° 25730, entre otros supuestos que podrían darse. Desde el lado del cliente, podría rescindir unilateralmente el contrato en el momento en que quisiera, de conformidad con las normas generales del CCCN aplicables a los contratos bancarios, ya explicadas.
- b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista. Este supuesto es concordante con lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley de Concursos y Quiebras, en virtud del cual todos los contratos en los que la

prestación del fallido fuere personal e irremplazable, como en la cuenta corriente, quedan resueltos por la quiebra. Con respecto al caso de muerte del titular, la jurisprudencia ha decidido que es abusiva la conducta de un Banco que, apartándose de las disposiciones reglamentarias y contractuales, mantiene abierta la cuenta de un fallecido en beneficio propio, al solo efecto de seguir facturándole intereses.

c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del Banco. Este previsto es consecuencia de que la entidad deja de tener actividad porque así se lo impone el organismo de contralor, en este caso, el BCRA.

d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención. Este supuesto deja lugar a cambios que se produzcan en el futuro.

Todos los supuestos de cierre de cuenta deben ser complementados con la disposición del BCRA, en virtud de la cual quedan establecidas como causales de cierre todas las contractualmente establecidas.

El artículo 1405 establece la compensación entre diferentes cuentas de un mismo titular, lo que constituye una novedad: cuando el Banco cierre más de una cuenta de un mismo titular, sus saldos se compensarán hasta su concurrencia, aunque estén expresados en distintas monedas.

Pero si el Banco cerrara diferentes cuentas de un mismo titular por quiebra de este y alguna de esas cuentas tuviera saldo acreedor, no podrá compensar el crédito con posterioridad a la sentencia, ya que el artículo 130 de la Ley Concursal dispone que la compensación solo se produce cuando haya operado antes de la declaración de quiebra.

Contratos bancarios que instrumentan operaciones activas

Existen dos categorías de asistencia crediticia por parte de la entidad financiera. Una de ellas es la de la disposición (préstamo y descuento) y la otra es la de la disponibilidad (apertura de crédito).

En los contratos de disposición del crédito, la entrega del dinero se hace efectiva en el momento para atender una necesidad de crédito presente, como podría ser la falta de liquidez de una empresa para afrontar, por ejemplo, la

compra de alguna máquina o material que no estuviera previsto, entendiéndose liquidez como la capacidad de una empresa para hacer frente a sus obligaciones financieras en un momento determinado (no cuento con dinero en este momento pero soy titular de varios créditos que recién podré cobrar en un plazo de treinta días).

Aquí el Banco asume la obligación de entregar el dinero al cliente.

La disponibilidad, en cambio, es que esté abierta la posibilidad de utilizar el crédito en un momento futuro, cuando el tomador lo requiera. Aquí el Banco asume la obligación de mantener el dinero a disposición del titular.

a) Préstamo bancario

El préstamo bancario está descrito en el artículo 1408 como aquel 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.

Al tratarse de una obligación de dar sumas de dinero, es aplicable el régimen del artículo 756 y siguientes del CCCN, en virtud del cual

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.

Nuevamente se genera un conflicto con esta última parte del artículo; no obstante, la norma que nos ocupa en esta sección no deja lugar a dudas de que el préstamo debe restituirse en la moneda de la misma especie recibida, del mismo modo que sucede en el contrato de depósito.

La definición de préstamo bancario abarca una gran variedad de modalidades de financiamiento. Un préstamo cambiario, un crédito para el consumo y un crédito para invertir en un microemprendimiento, podrían ser algunos ejemplos.

De acuerdo al principio imperante de libertad de contratación, las condiciones bajo las que se vincularán, los plazos e intereses, quedan supeditadas a lo que las partes pacten.

b) Descuento bancario

El artículo 1409 define el contrato de descuento bancario como aquel que obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un Banco, y a este a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.

Citando a Gómez Leo y a Fernández:

El contrato de descuento, como negocio financiero, puede ser celebrado, perfectamente, entre particulares. En efecto, habrá contrato de descuento cuando un sujeto –persona física o jurídica–, designado *descontador*, adelanta a otro, llamado *descontatario*, que es acreedor de un tercero, designado *descontado*, una suma determinada de dinero, que es la *suma a descontar*, cuyo monto resulta de deducir del importe nominal, que se designa *cantidad descontada*, los intereses compensatorios que se devengarían por el tiempo que corre entre la fecha de entrega del adelanto y la del vencimiento.

En este contrato, el Banco también otorga un préstamo, pero la diferencia es que cobra anticipadamente los intereses en el momento en que el cliente le transfiere un crédito suyo contra un tercero para que el Banco pueda de este modo recuperar directamente la suma entregada en préstamo.

Si el Banco no puede hacer efectivo el cobro del título cedido (letra de cambio, pagaré o cheque), el deudor deberá devolver el anticipo de dinero aunque el descuento ya haya operado. El cliente solo quedará liberado cuando el crédito sea satisfecho por el deudor cedido o, ante la posibilidad de que esto pase, por el cliente descontado.

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.

c) Apertura de crédito

De acuerdo al artículo 1410, 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.

Según el Código Civil italiano: “La apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por cierto período de tiempo o por tiempo indeterminado”.

Este contrato permite al cliente disponer de una cantidad de dinero determinada que el Banco le proveerá cuando el cliente lo requiera y en las condiciones que hayan convenido.

El que aquí estudiamos es un típico contrato de crédito, por el cual una parte (acreditante) concede crédito (en sentido lato) a la otra (acreditado), quien en virtud de lo convenido adquiere el derecho de exigir, unilateralmente, según sus necesidades, la entrega del crédito abierto dentro del término y cuantía que se puede haber pactado.

Es el caso, por ejemplo, de una entidad que se dedica a las microfinanzas, CORDIAL S. A., y desea obtener fondos para otorgar microcréditos. Celebrará el contrato de apertura de crédito con el Banco para que la entidad financiera mantenga una disponibilidad a su favor de hasta un millón de pesos, que CORDIAL S. A. irá solicitando a medida que vaya colocando el dinero en cartera de microemprendedores, es decir, a medida que vaya necesitando los fondos.

El monto del dinero dependerá del límite que se haya impuesto en el contrato y lo mismo ocurre con el plazo. Las partes podrán pactar que sea durante un tiempo fijo, sin indicación o con la indicación de que es por un tiempo indeterminado.

El artículo 1411 explica que la disponibilidad se extiende hasta el límite monetario acordado, que es el límite de la obligación del Banco, por lo que una vez que el cliente utilizó el total del dinero hasta el límite acordado, la obligación del Banco queda extinguida.

Se plantea una excepción a este supuesto cuando se ha pactado entre las partes el sistema de reembolsos. Para explicar esto, volveremos al ejemplo de CORDIAL S. A. Puede que haya pactado con el Banco que podrá deber siempre hasta un millón de pesos, sin importar que utilice la totalidad del dinero; pues reembolsando doscientos mil tendrá derecho a disponer luego de ellos, mientras el saldo adeudado sea siempre de un millón.

En este caso, la posibilidad de reutilización constante por parte del cliente se extenderá durante toda la vigencia del contrato, quedando sincronizadas la vigencia de la disponibilidad con la obligación del acreditado de reembolsar. Si la posibilidad de reembolsar no se pacta expresamente, la disponibilidad de los fondos será simple, en cuyo caso, repetimos, se agotará para el acreditado con su utilización total.

Para terminar, el artículo 1412 evita una discusión que muy factiblemente se hubiese generado en caso de no haber sido aclarado expresamente. Si bien la disponibilidad pareciera ser un derecho patrimonial que tiene el cliente o acreditado a su favor, no podrá ser objeto de medida cautelar o de ejecución ni invocada por terceros, aunque estos tengan un interés legítimo, porque se considera que la disponibilidad es simplemente eso, una posibilidad, y no se convertirá en un crédito efectivo si el acreditado no declara su voluntad de que así sea y de que de este modo, ingrese ese dinero a su patrimonio.

Contratos que instrumentan la prestación de servicios bancarios

A continuación, se tratan los contratos en los que no existe intermediación financiera en los términos descriptos en la parte general. Aquí tratamos una prestación de servicios por parte del Banco y a favor del cliente. No se trata de operaciones pasivas ni activas, aunque del articulado regulador de la caja de seguridad surge que puede derivar hacia una operación pasiva.

a) Servicio de caja de seguridad

El contrato de caja de seguridad puede ser definido como aquel por medio del cual una entidad bancaria posibilita a un cliente de la institución la utilización de una caja de seguridad, ubicada en un determinado sector –destinado específicamente para tal fin– dentro del edificio donde el mismo funciona, con la finalidad de que el cliente guarde determinados bienes, de cuya custodia queda encargada la institución, recibiendo como contraprestación una retribución: el pago de un precio fijado por el Banco.

El artículo 1413 del actual CCCN, no define este contrato, pero regula las obligaciones del prestador del servicio y el alcance de su responsabilidad. Si bien el prestador del servicio puede o no ser una entidad financiera, el nuevo código lo trata dentro de los contratos bancarios, lo cual es acertado pues, como han explicado los proyectistas, tiene una naturaleza diversa, ya que la actividad es regulada por el BCRA.

Dice la norma que el prestador responde frente al usuario por:

- la idoneidad de la custodia de los locales,
- la integridad de las cajas y el contenido de ellas. Esto implica que la guarda tienda a impedir que la caja sea abierta por quien no está autorizado a hacerlo. Agrega la norma que tal responsabilidad es conforme a lo pactado y las expectativas creadas en el usuario.

Por su parte, las obligaciones del cliente son las de pagar el precio establecido por el Banco a cambio de la prestación del servicio; no guardar sustancias peligrosas, nocivas o que su comercialización esté prohibida; no sublocar ni ceder la caja; comunicar al Banco el robo o pérdida de la llave; restituir la llave recibida a la finalización del contrato y vaciar el cofre.

Responsabilidad

Será inválida la cláusula que exima de responsabilidad al Banco, ya que importa el incumplimiento de la obligación esencial de este contrato, que es la custodia y el deber de seguridad.

No obstante, podrá incluirse en el contrato una cláusula en virtud de la cual la responsabilidad de la entidad quede limitada de manera parcial y razonable, siendo válida de acuerdo al artículo 1414 la cláusula que limita la responsabilidad hasta un monto máximo, siempre que no se produzca la desnaturalización de las obligaciones del prestador. La validez de la cláusula nace en la autonomía de la voluntad y encuentra sentido en que de no existir esta posibilidad para el Banco, este se expondría a un deber resarcitorio desmesurado en función del alto valor que podrían tener los efectos por él custodiados.

En caso de incluirse esta cláusula, el consumidor deberá ser debidamente informado, aunque en este punto ya se han realizado algunas críticas en relación la utilidad de informar al consumidor, cuando la realidad es que las más de las veces el cliente no tiene posibilidades de modificar el contenido contractual tratándose de contratos de adhesión, motivo por el cual ese tipo de cláusulas desnaturalizarán siempre las obligaciones emergentes del contrato.

Claro que la limitación de responsabilidad nunca operará, aunque haya sido pactada entre las partes, en el caso de que el incumplimiento imputable al Banco sea por culpa grave o dolo, y llegado el caso eventual, será tarea del juez evaluar la viabilidad de exonerar al Banco del deber de custodia y en qué medida; pues la razonabilidad del límite de la responsabilidad puede variar con el transcurso del tiempo.

Vale aclarar que si se pacta la limitación de la responsabilidad, deberá ser por cada caja y no por cliente.

Los únicos supuestos en los que el Banco no responderá son en el caso fortuito externo a su actividad y en el vicio propio de las cosas guardadas. Esto “apunta más a la imprevisibilidad del evento que a su inevitabilidad”. Por ello, no responderá en caso de guerra o terremoto, pero sí deberá responder ante supuestos de hurto, robo, incendios, inundaciones, aun cuando se hubieran adoptado las medidas de seguridad exigidas por la autoridad de control.

Prueba del contenido de la caja

El artículo 1415 establece que la prueba del contenido de la caja puede hacerse por cualquier medio, lo que incluye necesariamente la determinación de la autoría y del daño.

Habíamos dicho que el único supuesto en que la ley le concede la exoneración total de responsabilidad al Banco es en un caso fortuito, motivo por el cual será el Banco el obligado a demostrar su existencia.

Por otro lado, ante el caso de que la caja de seguridad sea violada y se sustraigan los bienes allí guardados, es precisa la verificación del contenido y luego la determinación de su valor. Aquí la prueba es por demás dificultosa, quedando a cargo del cliente la demostración, en primer lugar, de la fuente de los bienes ingresados y, luego, la existencia de los valores que depósito en la caja, puesto que nadie puede probar el destino que le ha dado a una cosa sin antes haberla poseído. Probado ello, además del valor del contenido, también podrá reclamar daño moral.

Pluralidad de usuarios

Si los usuarios son dos o más personas, cualquiera de ellas, indistintamente, tiene derecho a acceder a la caja.

En relación a la limitación de la responsabilidad del Banco, cada uno deberá pactarla en forma separada.

Terminación del contrato y retiro de los efectos depositados

El artículo 1417 establece un procedimiento pautado y razonable para la apertura y retiro de los efectos. Ante la terminación del contrato por vencimiento de plazo, resolución por falta de pago o cualquier causal que se haya pactado convencionalmente, se procederá de la siguiente manera:

- Previo a la apertura forzada: el prestador deberá notificar fehacientemente a la otra parte que ha concluido el contrato y treinta días después de transcurrido el aviso sin respuesta del cliente, podrá proceder a abrir forzosamente la caja ante un escribano público.
- Posterior a la apertura forzada: una vez abierta la caja forzosamente, el prestador deberá notificar al cliente, dejando el contenido de la caja a su disposición por un plazo de tres meses; período en el que el cliente deberá pagar lo adeudado antes de retirar los efectos. No habiéndose presentado el usuario, el prestador podrá vender los bienes hallados con

el objeto de cubrir lo adeudado. Los bienes remanentes serán consignados judicialmente.

b) Custodia de títulos

En este contrato, el Banco recibe los títulos para su custodia y administración. Esto significa que además de encargarse de su guarda, debe gestionar el cobro de intereses, dividendos y reembolsos de capital. En fin, proveer la tutela general de los derechos inherentes a esos títulos. Todo ello por cuenta del depositante y a cambio de una remuneración (conf. art. 1418).

La diferencia con la caja de seguridad es que, en este caso, la guarda que asume el Banco es de carácter activo, liberando al cliente no solo de los riesgos de la custodia sino también de las preocupaciones que le generaría administrar esos títulos por sí mismo. Es una combinación entre el depósito regular y la administración de títulos.

Cuando la norma se refiere a “títulos” alude a todo tipo de títulos valores, es decir, los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal consignado en ellos.

Autorización otorgada al Banco

Desde el momento en que tiene lugar este tipo de contratación, el Banco posee el ejercicio de los derechos emergentes de los títulos sin importar que el usuario le haya impartido instrucciones específicas en este sentido.

El artículo 1420 explica que el titular puede autorizar al Banco a que disponga de los títulos, obligándose a entregar otros del mismo género, calidad y cantidad, siempre que las características de los títulos lo permitan. La autorización debe ser expresa.

Si el Banco hace uso de esta autorización pero luego le resulta imposible restituir los títulos en esas condiciones, quedará liberado con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento de la devolución (puesto que al administrarlos por cierta cantidad de tiempo, los títulos pueden verse acrecentados en su valor).

En el uso de esta potestad, la custodia de títulos está constituida por la administración más el depósito irregular, en el que el depositario (Banco) puede disponer de las cosas o bienes depositados y se obliga a restituir otros iguales, siendo los títulos de crédito de carácter fungible como el dinero; pues si bien tienen algunas características propias (un Banco determinado, una fecha de cobro, etc.), puede perfectamente cambiarse por otras de la misma calidad y monto.

4. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS

Introducción. Suministro (arts. 1176 a 1186, CCCN). Leasing (arts. 1127 a 1250, CCCN). Factoraje (arts. 1421 a 1428, CCCN). Agencia (arts. 1479 a 1501, CCCN). Concesión (art. 1502 a 1511, CCCN). Franquicia (art. 1512 a 1524, CCCN)

Contratos entre empresas

Introducción

En palabras de Rovira, las formas modernas de contratación aparecen inspiradas por el fenómeno de consumo en el mundo moderno y su función económica; es a partir del siglo XX que el hombre ya no se conforma con satisfacer sus necesidades básicas sino que va en busca de la masificación de la producción y de la satisfacción de las necesidades de consumo que imperan en la sociedad. Para dar respuesta a esto último, es que el Código Civil y Comercial ha legislado estos contratos, que hasta el 1° de agosto de 2015 pertenecían en su mayoría a la categoría de los innominados.

Del fenómeno de la masificación, propio de los sistemas de producción y de la cadena de comercialización que atrajo a la contratación en serie y a la necesidad de que el ordenamiento jurídico brinde una respuesta eficaz a los requerimientos de una realidad negocial que aparecía como esencialmente dinámica, mediante la delineación de nuevas formas de contratación nacidas al abrigo de la expansión industrial y la necesidad de introducir bienes y servicios en el mercado a velocidad y en cantidad.

Suministro

Generalidades

En el Libro III, Título IV, Sección 8, Capítulo 3, del artículo 1176 al 1186, el CCCN regula el contrato de suministro, comenzando por su definición: hay contrato de suministro cuando un suministrante se obliga a entregar bienes y/o servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas.

Este contrato, tal como indica Garrigues, tuvo su génesis en la necesidad –impuesta por el comercio y la industria– de hallar una rápida, económica y segura satisfacción de los requerimientos de la vida moderna, que imponían a un sujeto asegurarse la provisión periódica y continuada de ciertos bienes o servicios, sin tener que concertar un contrato distinto en cada ocasión en que aquella se presentara.

Dentro de la norma, se desarrolla, además, una fórmula jurídica para solucionar aquellos casos que no están contemplados ni en el texto contractual ni en el articulado específico, decidiendo para el suministro la aplicación supletoria de las reglas de los contratos que corresponden a las prestaciones singulares. Esto quiere decir que si el contrato de suministro tiene por objeto la entrega periódica de mercadería (suministro de enajenación) o la prestación del servicio de luz (suministro de consumo) se le aplicarán supletoriamente las reglas de la compraventa y/o de la locación de servicios, y si el objeto es, en cambio, la utilización de un bien (suministro de uso y goce) por parte del suministrado, se le aplicarán supletoriamente las reglas de la locación.

Partes

- Suministrante: es quien cumple el rol de abastecer. Suele ser una empresa con una solvencia tal que le permite cumplir periódicamente con las prestaciones.

- Suministrado: es quien satisface sus necesidades en materia de producción a cambio de un precio, asegurándose un aprovisionamiento continuo y de calidad que le ahorra tiempo y esfuerzo.

Objeto

Los bienes o servicios que el suministrante se obliga a proporcionar al suministrado en forma periódica constituyen el objeto del contrato, siendo deber del suministrante el otorgamiento de estos efectos en buen funcionamiento y condiciones de calidad.

Cantidad de bienes

Cuando las partes no convengan en forma específica la cantidad de bienes que serán dados en suministro, el contrato se entenderá celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de celebrarse el contrato. Y si solo convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene derecho a determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda dentro de esos límites.

Ante la imposibilidad de cumplir con las cantidades a entregar en cada período, el suministrante deberá dar aviso al suministrado con una anticipación razonable que le permita adecuar su sistema operativo y continuar desarrollando eficientemente su actividad, sin perjuicio de lo que se pacte específicamente en el contrato.

Función económica

Este contrato supone una cooperación entre las partes con carácter permanente, ya que, por un lado, el suministrante se asegura la venta periódica de una cantidad determinada de productos ahorrándose costos adicionales. Por el otro, el suministrado evita los inconvenientes que le generaría estar permanentemente en busca de productos que se adecuen a sus necesidades de producción y disponibilidad económica, pudiendo continuar con su negocio sin interrupciones.

Duración

El artículo 1183 del código reza que si la duración del suministro no ha sido pactada expresamente en el contrato, se presume que ha sido celebrado por tiempo indeterminado, por lo que cualquiera de las partes podrá rescindirlo en cualquier momento mediando previo aviso. Es un contrato de larga duración, lo que constituye su nota más característica (función económica).

Previo aviso

El previo aviso, mencionado anteriormente, se regirá según lo que las partes hayan estipulado en el contrato aunque la norma deja en claro que en ningún caso podrá ser inferior a sesenta días. De no haberse estipulado nada al respecto del preaviso, este se regirá por los usos, y quien rescinde deberá cursar el aviso con una antelación razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, respetando el mínimo de treinta días.

Plazo máximo

El artículo 1777 sostiene que el contrato de suministro puede ser celebrado por un plazo máximo de diez años contados a partir de la fecha de la primera entrega realizada por el suministrante en las condiciones convenidas. La norma amplía el plazo máximo a veinte años cuando el objeto del suministro es un fruto o producto del suelo o del subsuelo, ya sea con proceso de elaboración o sin él.

Pacto de preferencia

Sin embargo, a pesar del límite temporal impuesto por el código, el artículo 1182 otorga la posibilidad de que, una vez vencido el plazo acordado, el suministro se renueve por, como máximo, tres años más mediante el uso por una de las partes del pacto de preferencia.

En virtud del mismo, una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto y sal-

vo que suministrante y suministrado hayan pactado un mecanismo especial, la utilización del pacto de preferencia deberá seguir el siguiente procedimiento: la parte que desea continuar la utilización del suministro con un tercero, debe notificarlo a la otra con treinta días de anticipación a que finalice el contrato que han celebrado entre ambas. En dicho aviso, deberá explicitar cuáles serán las condiciones del nuevo contrato que pretende celebrar. La otra parte, dentro de los quince días de recibida la notificación, deberá responder por el mismo medio si utilizará o no el pacto de preferencia o guardar silencio, expirando de este modo su posibilidad de utilizarlo.

Resolución del contrato y suspensión del suministro

Ante el incumplimiento de alguna de las partes del contrato, pueden darse dos situaciones:

- 1) Resolución: el artículo 1184 sostiene que en caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en ocasión de alguna de las prestaciones periódicas, la otra quedará facultada a resolver el contrato solo si el incumplimiento es de tal magnitud que expone la posibilidad de que se detecten incumplimientos en las prestaciones siguientes. Operado este caso, el contrato quedará extinguido en los términos del artículo 1077, es decir, por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución.
- 2) Suspensión del suministro: el artículo 1185 prevé el caso en el que el incumplimiento ocasionado por alguna de las partes no reúna los requisitos mencionados en el anterior supuesto. Cuando el damnificado es el suministrante, la posibilidad que otorga la norma es que suspenda sus prestaciones hasta tanto se subsane el incumplimiento, previa advertencia al incumplidor con una anticipación razonable de acuerdo a las circunstancias.

Cuando el damnificado es el suministrado y el incumplimiento tenga que ver con el abastecimiento de los productos y la condición o calidad de estos, podrá hacer valer sus derechos apelando también a la Ley de Defensa del Consumidor.

Precio

La obligación primordial del suministrado es el pago del precio en tiempo y forma, de acuerdo a lo que haya sido pactado en el contrato o según los criterios que el código propone en su artículo 1181 para determinarlo:

- a) de acuerdo al precio de prestaciones similares que efectúe el suministrante cuando hacen a su giro ordinario o modo de vida;
- b) de acuerdo al valor corriente de plaza, es decir, al valor de adquisición que tiene una especie de idéntico género y calidad en el mismo lugar y fecha.

En ambos casos, la obligación de pago será dentro de los diez primeros días del mes siguientes a la entrega.

Leasing

Generalidades

En el Libro III, Título IV, Sección 7, Capítulo 5, del artículo 1227 al 1250, el CCCN establece el régimen legal del contrato de leasing, comenzando por su definición: en el contrato de leasing, el dador conviene con el tomador transferirle la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon –cuya periodicidad se determina convencionalmente–, y le confiere una opción de compra de dicho bien por un precio que en caso de no estar pautado expresamente en el contrato, debe ser determinable por algún medio.

El leasing es un verdadero método de financiación sumamente ventajoso para las empresas, –en especial para las pequeñas y medianas organizaciones–. Permite adquirir activos fijos (bienes que la empresa necesita) sin compromiso de capital inicial (por falta de liquidez o uso alternativo del capital con mayor beneficio). De esta manera, el empresario puede aplicar los recursos que hubiera destinado a la adquisición de equipos y maquinarias, para el desarrollo de otras actividades; lo

que permite no solo la diversificación, sino el uso racional de los fondos líquidos de la empresa.

Objeto

El artículo 1128 explica que pueden ser objeto del contrato de leasing tanto los bienes muebles como los inmuebles y, asimismo, pueden serlo los bienes inmateriales que constituyen el valor primordial de las empresas, a saber: marcas, patentes, modelos industriales y software que sean de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de darlos en leasing.

De acuerdo al artículo 1231, el bien objeto del contrato puede seleccionarse de acuerdo a los siguientes criterios:

1. Mediante compraventa realizada entre el dador y la persona que el tomador indique.
2. Mediante compraventa perfeccionada por el dador, sustituyendo al tomador en un contrato de compraventa que este haya celebrado al efecto del leasing.
3. Mediante compraventa realizada por el dador según lo descripto por el tomador a través de la muestra de catálogos o folletos.

En los tres supuestos se configura el llamado “leasing financiero”, ya que el dador actúa como intermediario entre el tomador y el fabricante financiando la compra del bien (Ej.: Nación Leasing y Provincia Leasing). Aquí, el dador cumplirá con su obligación adquiriendo el bien requerido por el tomador.

4. Mediante la adquisición por el dador al tomador en el mismo contrato que instrumenta el leasing o habiéndolo adquirido con anterioridad. Aquí se configura el “retroleasing”, en virtud del cual ante la necesidad de financiarse o falta de liquidez en determinado lapso, el tomador convierte uno de sus bienes en activo líquido, pero continúa utilizándolo como si fuera el dueño, con la chance de recuperarlo al ejercer la opción de compra.
5. Estar a disposición jurídica del dador por título que le permita constituir leasing sobre él. Según este supuesto, el dador aún no es el propietario o poseedor del bien objeto de leasing, pero es el tomador originario que se convierte a su vez en dador.

6. También puede ocurrir que el bien ya fuera de propiedad del dador. Esta opción se corresponde con el llamado “leasing operativo”, que recae sobre bienes de capital o de consumo requeridos por el tomador para desarrollar alguna actividad, pero que conllevan el riesgo de volverse obsoletos en un corto plazo (ej.: equipos de informática).

Forma

Si tiene por objeto un bien inmueble o mueble registrable, debe instrumentarse con escritura pública e inscribirse en el registro que corresponda para darle oponibilidad frente a terceros.

El contrato será oponible a terceros desde la fecha en la cual se presente para su registración. En los casos en que las partes quieran también que produzca efectos contra terceros desde la entrega del bien objeto del leasing, la inscripción deberá solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores. En cuanto a la legislación registral aplicable, se apelará a las normas legales y reglamentarias que correspondan a la naturaleza de los bienes. La inscripción, cualquiera sea el momento en que se lleve a cabo, se mantendrá por el plazo de veinte años prorrogables.

Si tiene por objeto bienes muebles no registrables o inmateriales, podrá celebrarse por instrumento público o privado.

No obstante, y para ser oponible a terceros, deberá inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde la cosa se encuentre o, en su caso, donde esta última o el software se deban poner a disposición del tomador. En este caso, serán aplicables las normas registrales de la Ley de Prenda con Registro y todas las que rijan el funcionamiento del Registro de Créditos Prendarios. La inscripción se mantendrá por diez años prorrogables.

Como ya se mencionó anteriormente y de conformidad con el artículo 1237, el contrato debidamente inscripto es oponible a cualquier tercero, incluyéndose dentro de esta categoría a los acreedores de las partes, pudiendo los acreedores del tomador subrogarse en sus derechos emergentes del contrato para ejercer la opción de comprar el bien.

Obligaciones del tomador

1. Podrá trasladar los bienes fuera del lugar en el que deben encontrarse solo si cuenta con la conformidad expresa del dador, que deberá ser inscrita en el Registro en donde se haya registrado el contrato.
2. Podrá usar y gozar del bien objeto del leasing del modo en que haya sido estipulado en el contrato, haciéndose cargo, por consiguiente, de los gastos de conservación y uso (seguros, impuestos, tasas, etc.), salvo que entre las partes hayan pactado algo distinto en relación a dichos gastos.
3. No podrá vender, enajenar, gravar ni disponer del bien, y si lo hace, la venta o gravamen serán inoponibles al dador. Sí podrá arrendarlo, excepto que haya pactado con el dador que no lo hará.
4. Una vez pagadas las tres cuartas partes del canon total o antes, de acuerdo a lo estipulado en el contrato, el tomador tiene derecho a ejercer la opción de compra.
5. Ejercida la opción de compra y pagado el precio, el tomador tiene derecho a que le sea transferido el dominio del bien. Si de acuerdo a la naturaleza del bien, la ley impone otros requisitos, estos deberán ser cumplimentados como condición para que la transferencia tenga lugar.
6. El tomador es responsable como guardián de la cosa utilizada mediante leasing, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1757 del Código Civil y Comercial.

Derechos del dador

No debemos olvidar que a través del leasing, el tomador adquiere la tenencia del bien, pero el verdadero dueño del mismo es el dador, por lo que

1. Tiene acción reivindicatoria sobre el bien objeto del leasing que se encuentre en poder de cualquier tercero, pudiendo solicitar el secuestro del bien por vía sumarísima presentando el contrato inscripto y la constancia de haber interpelado al tercero.
2. Tiene derecho a recibir el canon en las condiciones estipuladas.

De lo contrario:

- Cuando se trata de bienes inmuebles en los que el tomador reside o tiene su establecimiento comercial, deberá intimarlo al pago de los períodos adeudados y luego demandar judicialmente su desalojo. Posteriormente, y para el recupero del saldo, podrá accionar por vía ejecutiva. A todo ello, determinar qué parte del canon total se encuentre impaga.
- En el caso de los bienes muebles, el dador podrá obtener el secuestro del bien y accionar por vía ejecutiva por el cobro del canon no pagado.

Cancelación de la inscripción

La inscripción del leasing sobre cosas muebles no registrables y software podrá cancelarse:

- a) Por orden judicial dictada en un proceso en el que el dador tuvo oportunidad de presentarse;
- b) a pedido del dador o su cesionario (ya que el dador puede ceder los créditos actuales o futuros por el precio de ejercicio de la opción de compra);
- c) a pedido del tomador, si acredita que ha intimado al deudor a que realice la inscripción de la cancelación luego de haber cumplido con todas las obligaciones que se encontraban a su cargo, incluyendo el ejercicio en forma válida de la opción de compra y el pago del precio en las condiciones pautadas.

En este último supuesto, una vez ocurrida la solicitud, el encargado del registro notificará al dador de la apertura de un plazo de quince días contados a partir de la notificación para que formule observaciones que serán comunicadas luego al tomador. En caso de no existir observaciones y siempre que el depósito de la solicitud se ajuste a lo previsto en el contrato, procederá la cancelación.

Factoraje

En el Libro III, Título IV, Capítulo 13, del artículo 1421 al 1428, se establece el régimen legal del contrato de factoraje, comenzando por su definición, según la cual una de las partes, denominada “factor”, se obliga a adquirir, a cambio

de un precio, los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada “factoreado”, otorgándole un anticipo sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos de que dichos créditos resulten imposibles de cobrar.

Se trata de un contrato en cuyo diseño se advierte una fuerte influencia del de cesión de derechos, con elementos de la locación de servicios y del mutuo. Su utilidad se vincula con la posibilidad que otorga a las empresas de tercerizar las tareas de cobro, obtener financiación, aumentando la velocidad de rotación de su capital operativo, y hasta asesoramiento sobre vías para la optimización de sus operaciones.

Partes

Factor: encargado de comprar los créditos originados en la actividad comercial del factoreado, pudiendo prestarle además servicios de administración, gestión de cobranza (de por ejemplo la cartera de clientes) y asistencia técnica (realización de informes estadísticos de riesgo y de situación de mora), comercial o administrativa respecto de los créditos que le han sido cedidos.

Factoreado: es quien cede el conjunto de sus créditos existentes o futuros o una parte de ellos –porque si se tratara de un único crédito sería aplicable la cesión de derechos y no el contrato de factoraje–.

Deberá responder ante el factor por la pérdida de valor de los créditos cedidos en factoraje cuando se vuelva imposible para el factor cobrarlos por una causa atribuible al origen de la obligación, es decir, al vínculo entre el deudor cedido y el factoreado.

Contenido del contrato

Además de los datos personales suficientes que permitan identificar al factor y al factoreado, el contrato deberá incluir toda la información relativa a los derechos de cobro que se transmiten y la descripción de los documentos en los que se encuentran instrumentados, detallando fecha de emisión, de vencimiento y demás información que permita su identificación.

Asimismo, se deberá dejar constancia de las garantías personales y reales que hayan sido constituidas a favor del factoreado –por sus acreedores ahora cedidos–, y que subsistirán hasta la extinción de las obligaciones del factoreado.

Cesión

El instrumento contractual será suficiente para que el factor pueda transmitir los derechos adquiridos en virtud del contrato de factoraje, debiendo notificar al deudor cedido por un medio fehaciente.

Agencia

Generalidades

En el Libro III, Título IV, Capítulo 17, del artículo 1479 al 1501, se consigna el régimen legal del contrato de agencia, entendido este como aquel en el que una de las partes, denominada “agente”, a cambio de una retribución, se obliga a promover en forma estable y continuada negocios por cuenta de otra, denominada “preponente” o “empresario”, pero sin estar vinculada a ella a través de una relación laboral. Por este motivo, el agente no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente: es un mero “promotor de negocios” cuya labor exclusiva es difundir las actividades comerciales del empresario a lo largo y a lo ancho de varias zonas geográficas.

El productor en masa, por lo general, no tiene interés en ocupar su tiempo y sus recursos en la distribución directa, ya que esa modalidad de la producción de bienes técnicos es, de por sí, lo bastante exigente como para llevarse adelante en forma directa, por lo que le resulta más conveniente recurrir a terceros que las realicen adecuadamente, mediante diferentes marcos normativos de mayor o menor dependencia técnico jurídica.

Las normas regulatorias del contrato de agencia no son aplicables a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados, a

los productores o agentes de seguros, a los agentes financieros o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos, y a los demás grupos regidos por leyes especiales.

Forma

El contrato debe instrumentarse por escrito a los efectos de poder invocar su validez.

Derechos del agente

1. Tiene derechos exclusivos sobre negocios de determinada rama, zona geográfica y respecto del grupo de personas que expresamente haya pautado con el preponente en el contrato.
2. Prestar sus servicios a varios empresarios siempre y cuando esto no implique una competencia entre actividades desarrolladas por unos y otros.
3. Obtener el pago de una remuneración por su labor, que se calculará según la magnitud de los actos o contratos promovidos y concluidos, salvo pacto en contrario.
4. Nombrar subagentes por los que responderá en forma solidaria, siempre que tenga el consentimiento expreso del empresario.
5. Una vez extinguido el contrato, el agente tiene derecho a recibir una “compensación por clientela” cuando su labor ha incrementado significativamente el resultado de las operaciones del empresario y continúa generándole ventajas, salvo los casos en los que el contrato finalice por incumplimientos del agente o a pedido de este. La compensación se fijará por acuerdo de partes y de lo contrario, se fijará judicialmente. No podrá ser superior al monto equivalente a un año de remuneraciones.

Remuneración

Las partes podrán estipular el monto de la remuneración y sus condiciones en virtud del contrato, y será válido que subordinen el pago a la efectiva ejecución del contrato, siempre que lo pacten expresamente.

A falta de regulación de las partes, la remuneración del agente se calcula de acuerdo al valor de los actos promovidos y concluidos con su intervención durante la vigencia del contrato, conforme con los usos y prácticas del lugar en el que actúa.

El derecho a la remuneración nace una vez que el contrato ha sido concluido y cobrado por el empresario, quien tendrá veinte días hábiles contados a partir de recibido el pago total o parcial del precio para liquidarle al agente su comisión.

El agente tendrá derecho a una remuneración, incluso en los casos en que se concluya una operación que él no haya promovido pero en la que haya participado una persona perteneciente a su ámbito de actuación o zona geográfica.

Obligaciones del agente

El agente actúa por cuenta propia, lo que quiere decir que no ejecuta ni concluye los contratos que promociona a nombre del empresario, salvo la excepción prevista en el inciso 4 que sigue:

1. Actuar de buena fe en el ejercicio de su labor, velando por los intereses del empresario y siguiendo las instrucciones impartidas por este.
2. Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la promoción y/o conclusión de negocios a favor de su principal.
3. Transmitir al empresario toda la información relativa a su gestión, en particular, la solvencia de los terceros con los que se ha llevado a cabo el negocio.
4. Recibir en representación del empresario los reclamos realizados por terceros sobre defectos o vicios que puedan contener los bienes o servicios objeto del negocio o que se hayan adquirido como consecuencia de él.
5. Hacerse cargo de los gastos que le genere el ejercicio de su actividad, sin poder solicitar reembolso salvo pacto en contrario.
6. Llevar la contabilidad de sus operaciones en forma separada e independiente por cada preponente para el que preste servicios.

Obligaciones del preponente

1. Actuar de buena fe y realizar todas las acciones tendientes a que el agente pueda desarrollar su actividad con total normalidad, poniendo a su disposición muestras, catálogos y demás elementos que sean necesarios.
2. Aceptar o rechazar la propuesta que le haya sido transmitida por el agente, debiendo comunicarlo dentro de los quince días hábiles de recibida.
3. En caso de ejecutar el negocio propuesto, comunicarlo al agente dentro de los quince días hábiles de recibida.
4. Pagar al agente la remuneración en las condiciones pactadas.

Plazo

El plazo de duración del contrato de agencia debe ser estipulado en el mismo documento, ya que de lo contrario, se entenderá celebrado por tiempo indeterminado.

En los casos en los que la relación entre las partes se extienda aun habiendo operado el plazo de vencimiento pactado, el contrato se transformará en contrato por tiempo indeterminado.

Resolución del contrato

El modo normal de terminación del contrato es el vencimiento del plazo, siempre que las partes finalicen su relación de hecho una vez operado.

Preaviso

Cualquiera de las partes puede rescindir el contrato mediando preaviso a la otra con una anticipación mínima de un mes por cada año de vigencia del contrato. En caso de ausencia de preaviso, el agente tendrá derecho a recibir una indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período.

Otras causales

El contrato quedará resuelto:

- a) Si alguna de las partes incumple con sus obligaciones en forma grave y reiterada, a pedido de la parte cumplidora.
- b) Si el agente quiebra, muere o deviene incapaz.
- c) Si el preponente es una persona jurídica y esta quiebra o se disuelve. En los casos de fusión y escisión de la persona jurídica, el contrato quedará resuelto si ello provocara una disminución sustancial en la posición en la que el agente se encontraba con anterioridad. En este último supuesto, tendrá derecho a la indemnización de compensación por clientela.
- d) Si el volumen de negocios del agente disminuye significativamente.

Concesión

Generalidades

En el Libro III, Título IV, Capítulo 18, del artículo 1502 al 1511, se instaura el régimen legal del contrato de concesión, definido este como el contrato en virtud del cual el concedente provee de mercaderías por él fabricadas al concesionario para que, actuando en nombre y por cuenta propia frente a terceros y a cambio de una retribución, ponga a disposición del concedente su organización empresarial para comercializar dichas mercaderías y prestar todos los servicios relacionados (repuestos, accesorios, garantía, service de reparación, etc.), según haya sido convenido.

(...) Además de no arriesgar capital propio, no vincularse directamente con el público, no dimensionar su empresa y otras ventajas, esta manera de comercialización de bienes permitía al productor establecer un sistema que, según ha podido ser comprobado en la realidad empresarial, le resultaba más conveniente para la colocación de sus productos que la utilización de sus propios dependientes.

Estas reglas son aplicables a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares.

Obligaciones del concedente

1. No autorizar otra concesión en el mismo territorio o ámbito en el que el concesionario actúe, ya que la concesión trae aparejada la exclusividad territorial. Sin perjuicio de ello, podrá el concedente pactar la realización de algunas modalidades de venta especiales.
2. Proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permitan atender las expectativas de venta en su zona de actuación, pudiendo el contrato en este sentido prever la determinación de objetivos, pautas de pago de las mercaderías, financiación, etc. Asimismo, debe proveerlo de los repuestos necesarios para los productos comercializados, al menos durante un tiempo determinado.
3. Proveer al concesionario de toda la información técnica necesaria para que la explotación de la concesión pueda capitalizarse lo máximo posible, incluyendo manuales y capacitación de personal.
4. Permitir al concesionario que al momento de explotar la concesión utilice las marcas, enseññas comerciales y demás elementos distintivos necesarios para dar publicidad a las mercaderías dadas en concesión.
5. Pagar al concesionario una retribución, ya sea una comisión o un porcentaje de las ganancias obtenidas en la venta de las mercaderías.
6. No podrá ceder el contrato salvo pacto en contrario.

Obligaciones del concesionario

1. No podrá ejercer ni por sí ni por terceros actos propios de la concesión por fuera de los límites territoriales dentro de los cuales pactó con el concedente que realizaría la explotación.
2. Explotar únicamente las mercaderías y repuestos comprados al concedente con la responsabilidad de procurarse una cantidad mínima necesaria de dichos elementos para satisfacer al público consumidor.
3. Explotar las mercaderías recibidas en concesión poniendo a disposición

los locales, instalaciones y demás equipos que resulten necesarios para el correcto desenvolvimiento de la actividad, prestando el servicio de mantenimiento y garantía de las mercaderías en caso de haberlo conve-nido. “La concesionaria es la única responsable de la reparación de per-juicios, ya que en la compraventa actúa en interés y en nombre propio, siendo el fabricante un tercero ajeno al contrato, que no resulta alcanza-do por sus efectos”.¹

4. Pagar los gastos que demande la explotación de las mercaderías recibi-das en concesión, salvo los que deriven de la preentrega o de una garan-tía gratuita que el concedente otorgue a la clientela.
5. Utilizar las marcas, enseñas y demás elementos distintivos del concedente de acuerdo a las pautas publicitarias que este fije y a su sistema de ventas.
6. Llevar la contabilidad de conformidad con lo estipulado por el conce-dente.
7. No podrá ceder el contrato ni designar subconcesionarios, agentes o in-termediarios de venta, salvo pacto en contrario.

Plazo

El contrato de concesión deberá celebrarse por un plazo mínimo de cuatro años y aunque se pacte un plazo menor o indeterminado, se entenderá conve-nido por cuatro años, salvo que el concedente haya proveído al concesionario el uso de las instalaciones principales para la explotación. En ese caso, podrá pactarse un plazo mínimo de dos años.

Operado el plazo de vencimiento del contrato, pero continuado el vínculo entre las partes en relación a la concesión, el plazo se transformará en indeterminado.

Resolución del contrato

Preaviso

En los casos de contratos por tiempo indeterminado, la rescisión estará some-tida a las reglas del contrato de agencia en lo que respecta al plazo de preaviso. Finalizado el período de preaviso, el concedente tiene derecho a adquirir nue-

vamente los productos y repuestos que permanezcan en poder del concesionario a precios ordinarios de venta.

Otras causales

Se aplican a la resolución del contrato de concesión las mismas reglas que al contrato de agencia.

Franquicia

Generalidades

En el Libro III, Título IV, Capítulo 19, del artículo 1512 al 1524, se regula al contrato de franquicia comercial como aquel contrato en virtud del cual el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciante. Este le otorgará al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos y asistencia técnica continua a cambio de una contraprestación.

Franquiciante y franquiciado son partes independientes del contrato y no existe entre ellas relación de dependencia.

Este contrato genera notables ventajas para ambas partes: por un lado, el franquiciante ve su negocio expandido a lo largo de varias zonas geográficas, evitando ser él quien se ocupe de distribuir sus productos en distintos mercados sin tener que asumir los riesgos, ya que el establecimiento comercial de explotación no le pertenece. Por su parte, el franquiciado comienza a operar en el mercado con una inversión no tan significativa pero colocada en un negocio que ya es exitoso y tiene clientela propia. Son ejemplos de franquicias en la actualidad: supermercados Día, cadena de helados Grido, venta de sándwiches Subway, entre muchas otras.

Para comprender cómo funciona este contrato, el CCCN en su artículo 1513 especifica los siguientes conceptos:

Obligaciones del franquiciante

- a) Previo a la celebración del contrato, debe proporcionar al franquiciado toda la información financiera relativa a la evolución de unidades similares a la ofrecida en franquicia durante el período de dos años, que hayan operado en el mercado durante un tiempo considerable.
- b) Comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos derivados de la experiencia del franquiciante que sirvan para que el sistema de negocios dado en franquicia genere los efectos esperados, entregándole un manual de operaciones con toda la información útil al desarrollo de la empresa y proveyéndolo de asistencia técnica permanente para mejorar la operatividad.

A estos efectos, se entiende como “sistema de negocios” al conjunto de conocimientos prácticos y experiencia acumulada por el franquiciante que, no patentado y debidamente probado reúne las siguientes características:

- *Secreto*: la información en su conjunto o la configuración de sus componentes no es de fácil acceso.
 - *Sustancial*: la información que contiene hace al resultado del negocio.
 - *Transmisible*: el franquiciado puede desarrollar su negocio de acuerdo a la descripción que de él haga el franquiciante.
- c) Asegurar al franquiciado la provisión de cantidades adecuadas y precios razonables en los casos en los que contractualmente se prevea la provisión de bienes o servicios.
 - d) Otorgar al franquiciado exclusividad en un territorio determinado, salvo que tenga el consentimiento del franquiciado para autorizar otra unidad de franquicia en el mismo lugar.
 - e) Abstenerse de comercializar en el mismo territorio y en forma directa con terceros las mercaderías o servicios dados en franquicia, salvo pacto en contrario.

Obligaciones del franquiciado

- a) Cumplir con las contraprestaciones comprometidas a cambio de la franquicia, debiendo pagar las regalías o *royalties* (una suma fija o un por-

- centaje sobre la facturación o las compras) y aportando al desarrollo de nuevas tecnologías vinculadas a la franquicia según haya sido pactado. Muchas empresas franquiciantes optan por no cobrar regalías para trasladar ese costo a las materias primas.
- b) Desarrollar en forma efectiva la actividad comprendida en la franquicia, cumpliendo las especificaciones del manual de operaciones recibido y las indicaciones dadas por el franquiciante.
 - c) Facilitar al franquiciante las inspecciones que sean necesarias y proporcionarle la información que este le solicite.
 - d) Mantener el prestigio de los derechos intelectuales explotados en función de la franquicia.
 - e) Mantener la confidencialidad de la información reservada que sea parte del conocimiento técnico adquirido a partir del franquiciante. Esta obligación se extenderá más allá de finalizado el contrato.
 - f) Desempeñarse única y exclusivamente en el territorio o local designado por el franquiciante.
 - g) Actuar con lealtad para con el franquiciado, no pudiendo realizar por sí ni por un tercero actividades que impliquen competir con la franquicia. Este impedimento se extiende por el plazo de un año a contar desde la fecha de extinción del contrato por cualquier causa.
 - h) Abstenerse de mudar la ubicación de los locales recibidos en franquicia, dado que el derecho a la clientela corresponde al franquiciante, salvo pacto en contrario.
 - i) No podrá ceder su posición contractual ni los derechos emergentes del contrato de franquicia mientras dure su vigencia, salvo pacto en contrario.

Plazo

El plazo del contrato no puede ser inferior a cuatro años, y aunque se pacte un plazo menor o un plazo indeterminado, se entenderá convenido por cuatro años. La única salvedad a este principio es la celebración del contrato de franquicia con el solo objetivo de participar en una feria, congreso o actividad del estilo que tenga prevista una duración inferior.

Si al vencimiento del plazo la relación contractual que vincula a las partes permanece, el contrato se entenderá prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año. A la segunda renovación, se transformará en contrato por tiempo indeterminado.

Cláusulas nulas

El artículo 1519 del CCCN establece algunas reglas cuyo objetivo es proteger al franquiciado de las cláusulas que el franquiciante podría incorporar al contrato en su contra, fulminándolas con nulidad.

Por ello, no podrán incorporarse cláusulas que impidan al franquiciado:

- a) Cuestionar los derechos que el franquiciante manifiesta tener sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial dados en franquicia.
- b) Adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia en las mismas condiciones de calidad a otros franquiciados dentro del país.
- c) Vincularse con otros franquiciados en un plano distinto al económico.

Responsabilidad

Al no existir relación de dependencia entre las partes, el franquiciante no responde por las obligaciones asumidas por el franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario, y los dependientes de este último, no se encuentran laboral ni jurídicamente vinculados al franquiciante.

Sobre la rentabilidad efectiva del sistema otorgado en franquicia, el franquiciante no será responsable salvo en los casos en que existan defectos de diseño en el sistema que causen daños probados al franquiciado, siempre y cuando dichos desperfectos sean totalmente ajenos a este último.

Contabilidad

En las facturas y demás documentos comerciales que el franquiciado emita en uso del sistema de franquicia deberá consignar claramente su calidad de persona independiente, pero salvaguardando la entidad común de la red franquiciada (nombres y rótulos comunes, mercaderías, etc.).

Resolución del contrato

El contrato de franquicia no podrá ser extinguido con anterioridad a su fecha de vencimiento sin justa causa (para evaluar la causa justa se tendrán en cuenta los supuestos de configuración de incumplimiento del art. 1084 del CCCN).

Supuestos:

- Cualquiera de las partes que desee concluir el contrato cuando opere su fecha de vencimiento, podrá hacerlo sin necesidad de invocar motivos, pero deberá comunicarlo a la otra con una anticipación de un mes por cada año de duración y hasta un máximo de seis meses.
- Para rescindir un contrato que ha sido celebrado por tiempo indeterminado, la franquicia deberá haber tenido vigencia por un plazo mínimo de tres años.
- Los contratos que hayan sido celebrados por un plazo menor a tres años en el marco de la excepción contemplada en el apartado “Plazo”, quedarán extinguidos *ipso iure* a su vencimiento.

Si cualquiera de las partes muere o deviene incapaz, el contrato de franquicia quedará extinguido *ipso facto*.

5. CONTRATOS ASOCIATIVOS (ARTS. 1442 A 1478 CCCN)

Importancia. Ámbito de aplicación. Similitudes y diferencias con la Sociedad. Forma y contenido del contrato asociativo en general. Contratos asociativos en particular. Agrupaciones de colaboración. Uniones transitorias. Consorcios de cooperación

Contratos asociativos

Importancia

La incorporación al CCCN de los contratos asociativos corresponde a una visión más amplia de los contratos en general. Muchos intentos de sistematización de estas figuras jurídicas habían fracasado, hasta que finalmente el Código Civil y Comercial los incorporó, admitiéndose en forma amplia y concreta la concertación de negocios asociativos entre una pluralidad de partes, sin que estas deban constituir una sociedad comercial, a los efectos de facilitar la organización y desarrollo productivo de un emprendimiento o proyecto en particular o de una fase de su actividad.

Con el advenimiento de mejores técnicas productivas, y con la incipiente necesidad de estas tecnologías, el fenómeno económico demandó nuevas formas de cooperación. Se necesitaba un punto intermedio entre el empresario y la sociedad de sociedades. Por ello es que se abrió camino el contrato de colaboración, que en sus albores se inició como tributo al principio de *lex inter partes*, es decir, la posibilidad de que las partes se den sus propias normas.

Estos contratos constituyen una herramienta organizativa estructural de la empresa, apta para satisfacer las finalidades económicas de ciertos grupos y a la vez evitar una proliferación innecesaria de sociedades. La “comunidad de fin” aparece como la causa primordial de estos negocios. Las partes contratan para perfeccionar su propia actividad, pero lo hacen sin perder su individualidad.

Las especies dentro del género de estos contratos asociativos son:

- negocio en participación
- agrupaciones en colaboración
- uniones transitorias
- consorcios de cooperación

Antes de abordarlas de manera particular, el CCCN dedica una primera sección de seis artículos (1442 a 1447) a las disposiciones generales aplicables a todos los vínculos asociativos, estableciendo reglas muy importantes para resolver ciertas discusiones doctrinales.

Ámbito de aplicación

El artículo 1442 comienza explicando que sus disposiciones se aplicarán a todo contrato de colaboración celebrado entre personas físicas o jurídicas o la combinación de ambas, y que implique cierta organización entre ellas o participación de unas en otras, o simplemente una comunidad de fines, siempre y cuando ese fin no tenga que ver con una gestión común, caso en el cual la figura jurídica a elegir deberá ser la sociedad. En el mismo artículo se expresa que en virtud de estos contratos no se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. En este final, hay una clara intención del legislador de evitar discusiones doctrinarias acerca de si estas “relaciones de organización” tienen o no personería jurídica.

Entre los fundamentos del anteproyecto del CCCN, encontramos una cita que engloba estas ideas:

En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es

más evidente aún cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse.

Desde distintas disciplinas científicas se han intentado analizar las principales características de los contratos de colaboración empresaria. La más acertada es la de Guillermo Balzarotti, que caracteriza estos contratos del siguiente modo:

- *carácter específico de cada contrato individual*: como consecuencia directa y necesaria de su condición instrumental, estos contratos están destinados a encarar un proyecto individual definido en el espacio y en el tiempo;
- *necesidad de una contribución*: indefectiblemente, los partícipes deben efectuar una contribución a la aventura común, que podrá traducirse en tecnología, derechos, habilidades, tiempo, ingenio, recursos financieros o naturales y un largo etcétera;
- *voluntad de no constituir una sociedad*: los partícipes en un contrato de colaboración empresaria –por definición– no tienen interés en ser socios. Al contrario, muchas veces se trata de vinculaciones surgidas en virtud de contratos celebrados por o entre competidores, manteniéndose la propiedad de los partícipes sobre los bienes aportados y las consecuencias de dicha relación dominial;
- *creación de una comunidad activa de intereses*: implica una relación de confianza o fiduciaria entre los partícipes, resultando significativo lo que cada parte es y también lo que habrá de aportar a la aventura común;
- *búsqueda de un resultado*: los vínculos establecidos por las partes habrán de subordinarse a la obtención de un beneficio apreciable en dinero, susceptible de ser distribuido como retribución de la participación en el aporte;
- *recíproca voluntad para representar y obligar cada uno a los otros, y viceversa*;
- *control y dirección del proyecto compartida por todos los copartícipes*.

Similitudes y diferencias con la Sociedad

Originalmente, estos institutos se encontraban regulados por la Ley de Sociedades Comerciales N° 19550, denominándose “Contratos de Colaboración Empresaria”. Hoy han sido incorporados al CCCN, precisamente porque son contratos y no sociedades.

Rafael Manóvil sostiene que al trasladarse los contratos asociativos al cuerpo normativo del código, y al establecerse las precisiones necesarias para distinguirlos del modelo societario, estos tendrán fuerza contractual propia sin la necesidad de llevar a cabo la publicidad registral; ello, considerando que el CCCN prevé que algunos de estos contratos deben ser inscriptos en el Registro Público, aunque no legisla sobre los registros.

La Ley de Sociedades define a la sociedad en su artículo 1 del siguiente modo:

Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...

Partiendo de este concepto, resulta bastante complejo diferenciar la sociedad comercial de un contrato asociativo, dado que en ambos existe comunidad de fines y las partes actúan en un plano de coordinación, compartiendo un interés. Asimismo, hay una relación exteriorizada, compuesta por pluralidad de personas, que tiene origen negocial y aportes que constituyen un patrimonio distinto del de quienes la componen.

Particularmente, en el caso de la sociedad, es la existencia de un patrimonio separado lo que le permite contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente y a través del cual los socios podrán pretender que se generen utilidades y se distribuyan las pérdidas. Por el contrario, en el caso de los contratos asociativos, no existe un patrimonio propiamente dicho, pero sí un “fondo de gastos operativos” que las partes contratantes utilizan para afrontar los gastos en los que se incurra por la celebración del contrato y en el transcurso de su ejecución.

Hay otra diferencia sustancial que tiene que ver con la colaboración que caracteriza a la sociedad basada en la gestión conjunta y en la integración total. En contraposición, cuando hablamos de contratos asociativos estamos en presencia de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad ni creación de una persona jurídica nueva.

Es la gestión individual la que se potencia a través de estos contratos y son sus partícipes los que se benefician de las relaciones que se generen en el desarrollo de ese contrato. Aquí, las partes tienen una finalidad común a la que fueron llevadas mediante intereses o causas disímiles.

En fin, la complejidad en la diferenciación de ambos está dada por esa desorbitación funcional o estructural que hace parecer al contrato asociativo como un “ente” diferente al de los partícipes, absorbiendo incluso parte de su actividad. Fue esta confusión lo que el CCCN ha venido a zanjar.

Hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad.

Forma y contenido del contrato asociativo en general

- *Libertad de formas*: el artículo 1444 del CCCN establece el informalismo como principio general, diciendo que estos contratos no están sujetos a requisitos de forma, sin perjuicio de que según el tipo de contrato que las partes decidan celebrar, deberán adaptarlo a las solemnidades que la norma ha impuesto para cada uno.

No obstante, respetando aquel piso mínimo, los contratantes tienen no solo la libertad para elegir cuál de ellos les conviene celebrar, sino tam-

bién para configurar estos contratos con otros contenidos, de acuerdo a lo normado por el artículo 1446.

- *¿Quiénes pueden contratar?:* el artículo 1442 expresa claramente que se encuentran habilitados legalmente para celebrar este tipo de contratos todas las personas humanas o jurídicas o una combinación de ambas, lo que viene a completar lo prescripto por la Ley General de Sociedades, en cuyo artículo 30 se encuentra la autorización expresa a las sociedades anónimas y en comandita por acciones para ser parte de cualquier contrato asociativo.

En relación a la cantidad de personas necesarias para celebrar este tipo de contratos, la norma ha dejado en claro en su artículo 1443 que estamos en presencia de un contrato plurilateral de organización y cuando sean más de dos las personas que contratan, la nulidad del contrato respecto de una de las partes no producirá la nulidad entre las demás.

En el mismo sentido, el incumplimiento de una no dará lugar al incumplimiento de las otras, salvo que la prestación de la parte incumplidora o respecto a la cual el contrato es nulo, sea condición *sine qua non* al cumplimiento del objeto del contrato.

- *Inscripción:* acerca de la inscripción en el Registro Público que se exige de algunos de estos contratos para darles oponibilidad frente a terceros, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes con su sola celebración (art. 1447), aun en el caso de que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar.
- *Obligaciones impositivas:* es menester aclarar que si bien el informalismo es aceptado en el artículo 1444, en la realidad resulta imposible que un contrato asociativo carezca de una base documental y de rendición de cuentas.

La puesta en práctica de estas figuras jurídicas impone hoy, frente a disposiciones impositivas, que se formalicen ciertas declaraciones que les permitan a los empresarios “blanquear” la actividad ejecutada a través de estos contratos. Uno de esos requerimientos es, por ejemplo, la obtención de un CUIT para llevar a cabo operaciones que generen obligaciones fiscales; con lo cual, estos contratos no son sujetos de derecho positivo pero sí de derecho fiscal.

En este sentido, la Resolución General AFIP N° 3573/2013¹ estipula en sus considerandos que las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y otros contratos asociativos no societarios son sujetos pasivos del impuesto al valor agregado y de los derechos que gravan las operaciones de importación y exportación cuando actúan en carácter de importadores y/o exportadores.

Por ello, entre otros fundamentos, esta resolución establece los regímenes de registración de estos contratos y de estados de situación o contables y de información sobre las operaciones internacionales que las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y demás contratos asociativos no societarios realicen con sujetos del exterior. Uno de los fundamentos que determinó el dictado de esta norma reglamentaria es que estos contratos, al no ser sujetos obligados del Impuesto a las Ganancias, no estaban obligados a informar electrónicamente sus estados contables ni cuando se tratara de una operación internacional, lo cual dificultaba el control del fisco al no contar con la suficiente información de las operaciones internacionales que estas agrupaciones realizaban. Esto permite asimismo

la desarticulación de maniobras de planificación fiscal nociva como el traslado de quebrantos impositivos, los préstamos ficticios y la generación de gastos inexistentes y permite contar permanente con listado de quienes actúan como operadores económicos tanto dentro como fuera del país.

Por ello, la AFIP estableció un régimen de registración de contratos y estados de situación o contables, y de información sobre las operaciones internacionales que las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y demás contratos asociativos no societarios realicen con sujetos del exterior. Asimismo, las partes contratantes deben suministrar a la AFIP copia del contrato constitutivo del ente y de las modificaciones que haya sufrido, junto con

1. Resolución General AFIP N° 3573/2013. Publicada en el B.O. 19/12/2013. Recuperada de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?sessionid=F1FAE8ACBD0A-D8586AC38CE8357E24FC?id=224121>

la documentación que acredite la disolución de los contratos constitutivos. Además, dichos contratos deben estar inscriptos en los organismos con competencia en materia registral cuando las normas lo exijan.

- *Registros contables*: en la parte especial dedicada a estos contratos en el CCCN, se deja asentada la obligación que tienen los participantes de algunos de ellos de llevar adelante la contabilidad mediante libros comerciales de conformidad con lo previsto en el artículo 320² del mismo cuerpo normativo, aun cuando el legislador no haya incluido a estos entes en particular dentro de la nómina de sujetos obligados.

No obstante y de acuerdo a la normativa de AFIP citada precedentemente, los contratantes por medio de sus representantes, según sea el caso, deberán presentar los estados de situación o contables e informes profesionales respectivos correspondientes a los ejercicios intermedios, anuales, finales y/o disolución.

- *Representación*: se debe designar necesariamente un representante del contrato para que lleve adelante los negocios en nombre de la organización común. Esta figura puede ser una persona física o jurídica. Dependiendo ello y del número de representantes del tipo contractual elegido, se deberá cumplir con las disposiciones sobre representación que se hayan estipulado expresamente en el instrumento contractual; de lo contrario, las partes representadas del contrato no quedarán obligadas por las operaciones celebradas por el representante y no devendrán deudoras ni acreedoras respecto de ningún tercero. Claramente, será aplicable a este vínculo la teoría del mandato.

El régimen de responsabilidad se pauta para cada caso en particular.

2. 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. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección [...]”

Contratos asociativos en particular

Negocio en participación

El artículo 1448 del CCCN define estos contratos a través de su objeto: “la realización de una o varias operaciones determinadas cuyo cumplimiento tendrá lugar mediante un partícipe que aporta capital y un gestor que busca financiamiento para potenciar su actividad comercial”.

Este contrato supone una fórmula de colaboración entre empresarios mediante la cual una persona –el partícipe– realiza una aportación al negocio de otro empresario –el gestor– a cambio de participar en los resultados, prósperos o adversos de la actividad, y permaneciendo en el ámbito interno ajeno a la contratación con los terceros. El gestor tiene el cargo de rendir cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida en el contrato.

Nos imaginamos una cooperativa de trabajo nacida en la frustración de un juicio concursal de la empleadora de los ahora integrantes de la misma, carentes de capital operativo para negocios de envergadura pero con gran capacidad operativa –por ejemplo en la construcción–, que con un buen plan de negocios puedan atraer aportantes para construir edificios, generando diversas cuentas de operaciones como se prevea aplicar los fondos a todos o a un edificio en particular.

Partes

Las partes contratantes son la nota característica de este tipo de contrato, pudiendo ser el gestor y el partícipe personas físicas o jurídicas, o la combinación de ambos:

- *Gestor*: es quien detenta la capacidad operativa para desarrollar un proyecto determinado, pero no la económica para ejecutarlo. Por ello, va en búsqueda de la financiación de un partícipe. Por medio de la ejecución del negocio, mejora sus posibilidades de ganancia. Es quien asume las obligaciones frente a los terceros, los que tienen derechos solamente con

respecto a él. Esto quiere decir que ante terceros, el gestor será reputado único dueño del negocio. Es su obligación brindarle información al partícipe y permitirle acceder a la documentación relacionada con el negocio y rendirle cuentas, ya que actúa como una especie de administrador de bienes ajenos.

Responsabilidad: el gestor realiza las operaciones comerciales, materia del contrato, en su propio nombre, bajo su responsabilidad y crédito personal, en forma ilimitada. En los casos en los que actúa más de un gestor, la responsabilidad será solidaria, es decir, de todos ellos (conf. art. 1449 CCCN).

- *Partícipe:* arriesga su aporte en dinero a las resultas del negocio específico con la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión. No actúa frente a terceros, por lo que en este contrato no se exterioriza la apariencia de dos partes, solo del gestor. Por ello, el partícipe carece de acción contra los terceros del gestor y estos tampoco tienen acción contra él, pues desconocen la existencia del partícipe. Entonces, los terceros solamente tendrán acción contra el administrador o gestor.

Este actor, en su carácter de inversor, tiene derecho a que el gestor le brinde información y acceso a la documentación relacionada con el negocio. Asimismo, tiene derecho a exigir una rendición de cuentas de la gestión del modo en que se haya pactado en el contrato. En el caso de que no exista pacto, puede exigir esta información en forma anual y al concluir la negociación.

Responsabilidad: las pérdidas del negocio que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte, por lo que su responsabilidad es limitada al capital aportado.

Los partícipes confían en la capacidad operativa del gestor, a cuyo patrimonio se incorporan las “aportaciones comunes”, y por tanto estos responden respecto de los terceros que se vinculen con su patrimonio. El partícipe corre el riesgo de hasta perder su aporte y goza del derecho de la rendición de cuentas del negocio y de obtener la utilidad pactada. A su vez, la sociedad gestora tendrá derecho, una vez liquidado el negocio, a obtener una ganancia y no meramente una retribución por sus servicios.

De acuerdo con la doctrina nacional y extranjera, puede ocurrir que el partícipe inactivo revele voluntariamente su calidad o autorice que se conozca su participación, caso en el que se deducirá una responsabilidad solidaria con el gestor.

Forma

El artículo 1448 deja en claro la libertad de formas, por lo que entendemos que puede ser celebrado por escrito o de forma verbal, determinando las partes su contenido y demás menesteres.

Asimismo, la norma afirma que este contrato no requiere de inscripción en el Registro Público, ya que el contrato es de naturaleza secreta y reservada, por lo que no necesita publicidad; no es que la asociación sea secreta, sino que está reservada a los partícipes en el sentido de que no exterioriza a terceros no contratantes. Este es también el fundamento de que no se imponga a estos entes el requisito de la denominación; pues este contrato, no trasciende a terceros.

Contabilidad

Es claro que la celebración de estos contratos debe reflejarse en la contabilidad del gestor, y en cuanto a los partícipes, los beneficios obtenidos del contrato se integran a su patrimonio y deben ser expresados en sus respectivos balances y declaraciones impositivas. No hay deudas propias de la cuenta en participación, sino deudas propias del gestor. Si todo ello se realiza de forma transparente, esta modalidad no generará especiales problemas impositivos o contables.

Extinción

Aun cuando el código no regula expresamente las causales de la extinción, podríamos establecer las siguientes de acuerdo a los principios que rigen para la parte general de los contratos:

1. Rescisión bilateral o plurilateral, es decir, por acuerdo de todas las partes contratantes.

2. Rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que se haya estipulado esta facultad.
3. Vencimiento del plazo de duración.
4. Cumplimiento del objeto negocial a cuyo fin se firmó el contrato.
5. La muerte, incapacidad o concurso del socio gestor, de no existir pacto de continuar el contrato con sus herederos. Si se trata de concurso, el contrato celebrado quedará extinguido.

Agrupaciones en colaboración

El artículo 1453 del CCCN, por su parte, define el agrupamiento en colaboración del siguiente modo: “Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades”.

El contrato de agrupaciones en colaboración resulta el marco jurídico apto para la existencia de una organización común y permanente que se crea por la voluntad de dos o más empresarios, con el objeto de facilitar y mejorar el desarrollo de determinadas fases de su actividad empresarial en su propio beneficio y/o para incrementar su utilidad. Es un excelente medio con bajos costos de creación y mantenimiento para lograr un objetivo en una instancia en la que existen barreras financieras o de acceso a la tecnología, lo que traba la producción.

Este contrato es una clara herramienta para mejorar la funcionalidad de varias sociedades, sin alterar su operatoria individual, particularmente en pequeñas y medianas empresas, donde el acceso a ciertos bienes no solo es costoso sino que además, implica la posibilidad de ser compartido. Un laboratorio, un centro de cómputos, maquinaria agrícola, camiones hormigoneros son ejemplos de bienes compartibles a través de este contrato.

Ausencia de finalidad lucrativa

En línea con lo antedicho sobre las generalidades de estos contratos, no se genera en este caso un sujeto de derecho, un patrimonio diferenciado o utilidades; pero sobre todo, no se altera la funcionalidad individual de los partícipes agrupados, manteniendo cada uno de ellos su operatividad separadamente de la del negocio.

Al no sustituirse la actividad comercial de los contratantes, no puede incrementarse un patrimonio inexistente. Por ello es que la ley es clara cuando dice facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial *de sus miembros*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1454, la agrupación *per se* no puede perseguir fines de lucro, por lo que las ventajas económicas que genere la actividad de las partes a través de este contrato, deben recaer directamente en el patrimonio de cada una de las partes agrupadas; pues este contrato constituye una herramienta para la actividad individual de los participantes.

Es así como los métodos contractuales han podido proveer una adecuada posibilidad de cooperación entre las partes, sin alterar la identidad jurídica y económica de aquella. Pero ello no sucede sin una particularidad muy importante: las partes no pueden lucrar directamente con las gestiones hechas por la agrupación. Ello simplemente debe redundar como una ventaja indirecta de las partes y no del ente.

La expresión final del artículo también es definitoria: “La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros”. Esto quiere decir que no hay delegación ni de dirección ni de representación orgánica.³

En el caso de que se tratara de un contrato de agrupación en colaboración con el objetivo de poner en marcha un laboratorio para que cada una de las partes saque provecho del mismo en forma individual (el laboratorio en sí, no busca generar ganancias para las partes, pero claramente la actividad ejecutada en

3. Se repite la norma contenida en el artículo 368 de la Ley de Sociedades.

él por las partes, generará ventajas económicas para cada una de ellas), no se podría atender a terceros con la finalidad de obtener una remuneración; sin embargo, los participantes podrían ceder a terceros la explotación del laboratorio a su propio riesgo.

Partes

El legislador optó por no mencionar a los legitimados en forma particular, por lo que entendemos que su intención fue ampliar las posibilidades y que todas las personas físicas y jurídicas puedan celebrar este tipo de contrato. Antes, la chance se hallaba limitada solamente a sociedades y empresarios individuales. Esta modificación guarda relación con la incorporación de los contratos de colaboración al código, porque al ser contratos, rige el principio de libertad contractual y, en principio, cualquier persona puede ser parte de ellos. Obviamente, una persona física celebraría un contrato de estas características solo en el caso de que pudiera beneficiarse de los resultados de la agrupación, para lo que será necesario que despliegue una actividad económica a nombre y por cuenta propia.

Las personas jurídicas de carácter público, también pueden celebrar este contrato siempre que el objetivo sea el fin común de manera mediata.⁴

Por su parte, dentro de las personas jurídicas privadas, sin duda alguna pueden hacerlo las sociedades comerciales, las asociaciones civiles y fundaciones, e incluso las cooperativas. Con respecto a estas últimas, caracterizadas por ser entidades sin fines de lucro, debe considerarse que el beneficio perseguido al contratar en forma asociativa sea compatible con el objetivo buscado al conformar la unión, es decir, “la naturaleza de una entidad civil no le impide su participación en emprendimientos en sí lucrativos, cuyo resultado se vuelva al cumplimiento de su objeto, en tanto tales emprendimientos no resulten incompatibles con el objeto de la entidad”. En este sentido, no constituye

4. “En este aspecto, resulta decisivo recordar en mi concepto, que nada obsta a que las entidades públicas se desenvuelvan dentro del campo del derecho privado y precisamente esto es lo que han hecho las aquí involucradas, al pactar ciertas normas para el desenvolvimiento de su actividad puramente comercial. bancaria en la especie”. CSJN (23/ 11/1995). “Banco de Entre Ríos y otros v/ Banco de la Provincia del Chaco SEM s/contrato administrativo”.

impedimento la condición de “no empresario” de este tipo de instituciones –aunque su calidad empresarial se encuentre en boga–.

Con respecto a las cooperativas, naturalmente constituyen asociaciones de personas creadas para hacer frente a necesidades comunes sociales, culturales, pero también económicas, y la Ley especial que las regula, N° 20337, las legitima a contratar en este sentido a través de su artículo 84: “Las cooperativas pueden convenir la realización de una o más operaciones en común”.

Derechos y obligaciones de las partes

Es importante aclarar en cuanto a los derechos y obligaciones de cada integrante, que la autonomía de la voluntad juega aquí un rol definitorio, dado que la flexibilidad conferida por la ley a este contrato hace que toda enumeración de derechos y obligaciones por parte de los integrantes sea meramente enunciativa. Las partes tendrán una única limitación clara: todas las obligaciones contraídas deberán responder al objeto del contrato, al beneficio buscado al momento de vincularse a través de esta agrupación en colaboración. Sin perjuicio de ello, cualquier participante podrá ser excluido del contrato por decisión unánime, cuando contravenga habitualmente sus obligaciones o perturbe el funcionamiento de la agrupación.

Caracteres

Como ya se mencionó, se trata de un contrato nominado, cuyo régimen legal se hallaba en la Ley de Sociedades y actualmente en el CCCN. Al perfeccionarse con el consentimiento de las partes, es consensual y asimismo es plurilateral y asociativo, porque en él confluyen los intereses de varias partes que poseen un fin común.

El *animus cooperandi* es un elemento esencial del contrato, ya que no deben existir intereses ni prestaciones contrapuestas, porque la finalidad de todos los integrantes del contrato apunta a la misma dirección, aunque la repercusión sea individual para cada uno de ellos.

Forma

Este contrato es de carácter formal y la ley impone que sea realizado mediante *instrumento público o privado con firma certificada notarialmente*⁵ (conf. art. 1455 CCCN) e inscribirse en el Registro Público correspondiente remitiendo copia al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. Asimismo, debe dotarse al contrato de una denominación, pudiendo esta ser un nombre de fantasía más la palabra “agrupación”.

Se imponen la inscripción registral y la denominación para asegurar la oponibilidad a terceros, que también puede lograrse por el conocimiento que toman aquellos con quienes se relacionan los participantes a través del nombre del contrato.

Va de suyo que el conocimiento de la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia se halla ligado a los supuestos eventuales en los que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persiga la realización de prácticas restrictivas de la competencia, bajo pena de extinción del contrato por decisión firme de la autoridad competente. Esto quedará más claro en el título que sigue.

Objeto. Causa

Lorenzetti asocia el objeto y la causa de estos contratos; pues el objetivo de constituir una agrupación en colaboración es desarrollar una actividad económica que permita al empresario o sociedad participante conseguir un beneficio propio a través de la unión con la otra parte. Será suficiente con que

5. En el instrumento privado con firma certificada, el escribano solo da fe de que la firma fue puesta en su presencia por la persona que firmó, sin reparar en el contenido. En cambio, en los instrumentos públicos notariales –ya que también hay judiciales y administrativos– que conforme a la ley deben ser hechos por escritura pública, el escribano da fe de todo lo que sucedió en su presencia y que puede percibir por sus sentidos, por ejemplo en una compraventa, que se entregó el bien a cambio del precio; en un acta de constatación, que vio una pared con humedad, etc. La dación de fe implica que no caerá por simple prueba en contrario, sino que es tomado como verdadero y solo puede ser redargüido de falsedad. El instrumento público notarial goza de autenticidad externa –emana de un escribano en ejercicio de su competencia legal, territorial y material– y autenticidad interna –tiene fe pública–.

la actividad a desarrollar tenga un contenido económico, sin importar que el objeto del contrato sea congruente con el de las empresas (individuales o sociedades). No obstante, la celebración del mismo no debe constituir un acto jurídico notoriamente extraño al objeto social de los entes contratantes, bajo pena de nulidad.

Cualquier agrupación destinada a alcanzar una economía de escala respecto de ciertos componentes o elementos del proceso productivo a dicho fin, será lícita.

La actividad en sí misma, consiste en facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. Es importante aclarar que las fases deben ser porciones de la actividad empresarial, de lo contrario, se estaría atentando contra la libre competencia. Es decir, las partes pueden contratar para abaratar o mejorar determinada “fase” de la producción, para mejorar las posibilidades de colocar el producto en el mercado, o para exportar; pero no para colaborar en la totalidad del proceso productivo.

Contenido del contrato

La acabada estructuración del contrato a través del artículo 1455, con el mínimo de contenido fijado en la norma, asegura la funcionalidad del contrato y que los representantes voluntarios no asuman actividades de los partícipes. El contrato debe contener:

- a) Objeto de la agrupación: la identificación en el contrato del objeto de la agrupación es fundamental, constituye la causa final de este negocio de organización y permite identificar que el mismo no genera ni un sujeto ni un patrimonio independientes, ni sustituye la actividad individual de las partes contratantes.
- b) Duración: no podrá exceder los diez años, con lo cual si se estableciera contractualmente un plazo superior, este quedará reducido automáticamente a diez años. Lo mismo ocurrirá en caso de que se omita la consignación del plazo. Podrá prorrogarse por diez años más, siempre que las partes contratantes no posean acreedores embargantes.
- c) Denominación del contrato, datos de registro, matriculación e indivi-

dualización de cada uno de los participantes. En cuanto a la autenticidad de las firmas e identidad de los firmantes, de ser celebrado por instrumento privado el contrato, las firmas deberán certificarse por escribano público.

- d) Domicilio especial constituido.
- e) Obligaciones, contribuciones y modos de financiar las actividades comunes. Ampliaremos este apartado más adelante.
- f) Participación de cada contratante en las actividades comunes y en sus resultados.
- g) Los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización, administrar el fondo cooperativo, representación, control de la actividad. Ampliaremos este apartado más adelante.
- h) Casos de separación y exclusión de las partes.
- i) Requisitos de admisión de nuevos participantes, las sanciones por incumplimiento de obligaciones.
- j) Normas para la confección de estados de situación.

Fondo común operativo

El fondo común operativo de la agrupación es una especie de patrimonio tenido en condominio destinado a la consecución del objeto de la agrupación. Se encuentra constituido por las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran. Durante la ejecución del contrato, los bienes deben mantenerse indivisos, lo que significa que su propiedad no se le transfiere a una persona en particular, sino que convencionalmente se pacta una indivisibilidad sobre ese fondo al cual todos han contribuido.

Nótese que dentro de los contenidos mínimos del contrato, el CCCN consigna “obligaciones, contribuciones y modos de financiar las actividades comunes”, por lo que del mismo debe surgir en qué proporción se harán las contribuciones.

Este contrato, repetimos, no produce un ente jurídico con personalidad ni patrimonio propio –como centros de imputación diferenciada–, es decir que no es posible su escisión respecto de las partes. Sin embargo, las partes contratantes podrán tener un fondo común operativo integrado por las contribuciones

de los participantes, cuyos bienes deberán mantenerse indivisos durante el plazo de duración del contrato, no pudiendo los acreedores particulares de los participantes hacer valer sus derechos sobre los bienes de este fondo.

Administración y representación

Otro de los contenidos mínimos del contrato es la descripción de

los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El contrato debe prever la designación de un administrador y representante, que no podrá ser una persona jurídica, pero sí estar a cargo de dos personas humanas o más (conf. art. 1457 del CCCN). Esto quiere decir que existe la opción de que administrador y representante se concentren en la misma persona física, o en distintas personas.

El representante y administrador no necesariamente debe designarse al momento de redactar el texto contractual, pero sí debe preverse el mecanismo a través del cual quedarán elegidos *a posteriori*.

Con respecto a la actividad gubernamental del contrato, pueden distinguirse dos facetas:

- a) Toma de decisiones tendientes al cumplimiento del objeto de la agrupación: para ello será fundamental la aprobación por mayoría absoluta de los integrantes (conf. art. 1456), salvo que en el contrato se hubiera estipulado una mayoría diferente al mismo efecto. Podrán impugnarse las resoluciones en los casos en que violen disposiciones legales o contractuales.
- b) Toma de decisiones vinculadas a la modificación del contrato: en estos casos será requisito la aprobación por unanimidad. Debemos considerar que la naturaleza jurídica de la agrupación en colaboración es la contractual, con lo cual, toda modificación pretendida debe subsanarse

mediante la ejecución de otro acto jurídico y, para ello, es necesario el consentimiento todas las partes.

Obviamente, la agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad individual de sus miembros (conf. art. 1454 del CCCN), pero en lo que atañe al contrato, las partes pueden solicitar su extinción.

Responsabilidad

En relación con las obligaciones de las partes, se entiende que deberán cumplir las del contrato y respetar las reglas establecidas para la operatividad del mismo, es decir, la forma en que se usarán las cosas o servicios comunes.

Por su parte, el artículo 1459 del CCCN establece que los participantes responden frente a terceros en forma ilimitada y solidaria respecto de las obligaciones que en nombre de la agrupación asuman sus representantes, haciéndole saber esto al tercero al tiempo de obligarse. La forma de responder por todas las obligaciones es a través del fondo común operativo.

Estados contables

En el texto contractual, las partes deben pautar las normas para la confección de estados de situación, que reflejarán la forma en la que ha sido utilizado el fondo común operativo. A estos efectos, los administradores deben llevar –con las formalidades establecidas en el Código– los libros habilitados a nombre de la agrupación que requieran la naturaleza e importancia de la actividad que se está llevando adelante a través del contrato. Dichos libros, deberán ser individualizados por el Registro Público, foliados y rubricados en forma correcta y servirán como prueba en juicio de la existencia del contrato.

Estos estados de situación deberán ser sometidos a decisión de los participantes dentro de los noventa días contados a partir del cierre de cada ejercicio anual y dentro de los mismos se incluirán los beneficios o pérdidas o los ingresos y gastos de los participantes que provengan del ejercicio de su actividad.

Extinción

El contrato de agrupación puede extinguirse:

- a) Por decisión de los participantes, supuesto en el cual se requerirá, salvo pacto en contrario, la aprobación por unanimidad instrumentada mediante un acto jurídico posterior, demoleedor del primero.
- b) Expiración del plazo constituido. Esta causal operará de pleno derecho llegado el día del vencimiento, salvo acuerdo en contrario.
- c) Reducción a uno de sus miembros, pues no podría continuar siendo un contrato, considerando que podemos hablar de la existencia de este instituto solo cuando existe un acuerdo de voluntades. De lo contrario, no hay relación causal, no hay fin común, condición inexpugnable para que un contrato tenga lugar.
- d) Muerte, incapacidad, disolución o quiebra de un participante, salvo que en el contrato se haya previsto que operado alguno de estos supuestos, la agrupación continuará o que la decisión de proseguir se apruebe por unanimidad. Esto en línea con la libertad de las partes para determinar sus derechos y obligaciones.
- e) Decisión firme de autoridad competente por perseguir prácticas restrictivas de la competencia. La conducta de los contratantes deberá haber sido violatoria de la Ley de Defensa de la Competencia.
- f) Por cláusula contractual; es decir, que si la resolución del contrato se encontraba supeditada, por ejemplo, al cumplimiento de una condición resolutoria, operado el supuesto previsto, el contrato caerá.

Uniones transitorias

Hoy, el artículo 1463 define a estos contratos tomando algunos elementos de la definición que daba la Ley de Sociedades Comerciales y modificando otros:

Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos,

dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

El contrato de unión transitoria resulta el marco jurídico apto para ejecutar una obra en particular. No hay una asociación de duración ilimitada o extendida en el tiempo a modo de cooperación indefinida. En este caso, el contrato durará lo que dure la ejecución del proyecto.

Partes

Del mismo modo que ocurre en los contratos de agrupaciones en colaboración, el actual legislador optó en este caso por no mencionar a los legitimados en forma particular, por lo que entendemos que su intención fue ampliar las posibilidades y que todas las personas físicas y jurídicas puedan celebrar este tipo de contrato. Ello se torna aún más evidente con el solo hecho de prestar atención al antiguo nombre de estos contratos: “uniones transitorias de empresas”, que no dejaba lugar a la duda solo podían celebrarse entre empresas. Hoy simplemente son uniones transitorias.

Para una mayor precisión, sobre los sujetos que pueden contratar nos remitimos a lo detallado en la sección de agrupaciones en colaboración, teniendo en cuenta que al ser un contrato que está destinado a facilitar o desarrollar actividades empresariales de sus miembros o a perfeccionar o incrementar el resultado de las mismas, podría sonar extraño que las partes contratantes no realicen actividades de índole empresarial. No obstante,

incluso las asociaciones y fundaciones podrían ser parte de una UT. Si bien las mismas no pueden perseguir el lucro como fin principal, pueden realizar actividades lucrativas, siempre y cuando la utilidad económica sea reinvertida o utilizada para la consecución del objeto, y no repartida entre los miembros. Ni el proyecto de reforma ni el Código Civil establecen restricción alguna para que las mismas puedan formar parte de un contrato de colaboración”.

Forma y contenido del contrato

El contrato se debe otorgar por instrumento público o privado con firma certificada por escribano público y, asimismo, deberá ser inscripto en el Registro Público para ser oponible a terceros.

El contrato debe contener mínimamente:

- a) El objeto, con determinación concreta de las actividades y los medios para su realización.
- b) La duración, que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto.
- c) La denominación, que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros, seguida de la expresión “unión transitoria”.
- d) El nombre, razón social o denominación, el domicilio y, si los tiene, los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación o individualización que corresponde a cada uno de los miembros. Esto último resulta controvertido dado que no tiene en cuenta el desfase temporal que existe entre la redacción del contrato y su posterior registración. No cabe duda alguna que el instrumento, debe ser inscripto en el Registro Público, pero en esta instancia es imposible que los contratantes posean el número de registro, si se supone que su redacción ocurre primero.
- e) En el caso de que las partes contratantes sean personas jurídicas, deberá incorporarse al contrato, un resumen de la resolución del órgano social que aprueba la celebración de la unión transitoria, su fecha y número de acta; ello, porque todos los socios o la mayoría –dependiendo del tipo societario y lo que estatutariamente se prevé para cada uno– deben estar de acuerdo en conformar la unión transitoria que implica, entre diversas alteraciones, modificaciones patrimoniales.
- f) La constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros.
- g) Las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso.
- h) El nombre y el domicilio del representante, que puede ser persona humana o jurídica.

- i) El método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados.
- j) Los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato.
- k) Los requisitos de admisión de nuevos miembros.
- l) Las sanciones por incumplimiento de obligaciones.
- m) Las normas para la elaboración de los estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas en los artículos 320 y siguientes, los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común.
- n) Agregamos un inciso a los contenidos en el artículo; el contrato debe contener la forma en la que se tomarán las decisiones ya que de lo contrario, se deberán adoptar siempre por unanimidad.

Responsabilidad de los miembros

De acuerdo al artículo 1467 del CCCN, la responsabilidad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria no es solidaria, ni tampoco las responsabilidades contraídas frente a terceros. Ello, sin perjuicio de lo que las partes pudieron haber pactado en contrario en el texto contractual.

Representante

Tal como se mencionó y de conformidad con lo prescrito por el artículo 1465, todos y cada uno de los miembros deberán designar un único representante al que invertirán de las facultades necesarias para que ejerza los derechos y contraiga las obligaciones implicadas en el desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. El representante tendrá los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros.

La designación del representante debe ser inscripta en el Registro Público del mismo modo que el contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1466 del CCCN.

Remoción del representante

El CCCN reafirma que el poder otorgado al representante a los efectos de la unión transitoria, solo podrá ser revocado sin justa causa con el voto unánime de los contratantes, como el resto de las decisiones que se tomen en la unión. En contraposición y rompiendo la regla genérica del artículo 1468, cuando exista justa causa, podrá ser removido con el acuerdo de la mayoría absoluta de los contratantes.

Extinción

El código no prevé específicamente las causales de extinción de este contrato, por lo que nos remitimos a lo ya expresado en el caso de los negocios en participación. No obstante, acerca de la causal de muerte, incapacidad o quiebra de una de las partes en los contratos plurilaterales, la norma sí expresa que en dichos casos no se producirá la extinción del contrato de unión transitoria, por lo que la responsabilidad de los miembros restantes permanecerá si acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros, es decir, si manifiestan voluntad de continuar con el negocio. De lo contrario, el contrato se extinguirá naturalmente por acuerdo de partes.

Consortios de cooperación

Este tipo de contrato se encontraba regulado por la Ley especial N° 26005, abrogada por el actual CCCN, cuyo artículo 1 expresaba que

todas las personas físicas o jurídicas domiciliadas en la República Argentina, podrían constituir en virtud de este contrato, una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su constitución, con el fin de mejorar sus resultados.

De acuerdo con lo que señala Etcheverry este instituto ha surgido para permitir que empresas pequeñas y medianas puedan exportar, permitiendo a varias pymes agruparse y asumir conjuntamente los costos, pero sin asociarse.

El actual artículo 1470 define estos consorcios tomando algunos elementos del artículo mencionado, pero eliminando la posibilidad de que estos contratos se celebren con un fin incierto.

En efecto, dentro de los requisitos mínimos que debe cumplir el texto del contrato, se ha incluido la descripción del objeto, cuando antes podían las partes consorciarse abiertos a las necesidades futuras, como forma de apoyar la organización empresaria, simplemente prepararse para el negocio que podría llegar a venir: “compartir para competir”.

Estructuralmente, son similares a los agrupamientos de colaboración, puesto que permiten la organización para facilitar internamente la propia actividad de cada partícipe, y también su expansión externa (para compras, ventas, exportación, etc., de manera conjunta).

Etcheverry dice que, a modo de ejemplo, debemos pensar en una exportación donde varias empresas de la industria textil fabrican distintas prendas (una pantalones, la otra faldas, etc.) y encaran una exportación conjunta, logrando un resultado al que en forma individual no hubiesen llegado nunca.

Partes

Las partes se denominan en este contrato “participantes” y son los protagonistas de la relación jurídica nacida en el contrato, quienes realizarán las inversiones y soportarán las pérdidas arrojadas por los proyectos del consorcio, de conformidad con lo que se haya pautado en el contrato.

Asimismo, son quienes deben tomar las decisiones para el cumplimiento del objeto a través de los medios y en las formas que lo hayan estipulado al contratar, con la facultad en cabeza de cualquiera de ellos de poder convocar a reunión a los efectos de tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto, del mismo modo que puede hacerlo el representante.

Forma y contenido del contrato

El artículo 1473 deja en claro que el contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada por escribano público, y posteriormente deberá inscribirse en el Registro Público.

El contrato debe contener:

- a) El nombre y datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y, la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio.
- b) El objeto del consorcio.
- c) El plazo de duración del contrato.
- d) La denominación, que se forma con un nombre de fantasía y la leyenda “Consortio de cooperación”.
- e) La constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros.
- f) La constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso.
- g) Las obligaciones y derechos que pactan los integrantes.
- h) La participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados.
- i) La proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre, es decir, en nombre del consorcio. Es de fundamental importancia estipular este régimen en el contrato, ya que en caso de no consignarse la forma en la que responderá cada miembro, todos ellos serán solidariamente responsables (conf. art. 1477).

En contraposición con la soportación de pérdidas, el artículo 1472 también explica que los resultados que genera la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación deberán distribuirse entre sus miembros en partes iguales, salvo que en el contrato se fije una proporción distinta.

- j) Las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. Debe preverse la obligatoriedad de celebrar reunión para tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto cuando así lo solicita cualquiera de los participantes por sí o por representante. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato de constitución disponga otra forma de cómputo;
- k) La determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En este punto, deberán los miembros describir la forma en la que se designará un nuevo representante en caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato del primero. Si nada se estipula en este sentido, será necesaria la aprobación por mayoría absoluta de sus miembros. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder. Volveremos al tema de la representación más adelante.
- l) Las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo, ya que en caso de no estipular estas mayorías, se requerirá la unanimidad para la adopción de cualquier decisión.
- m) Las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad.
- n) Las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes.
- o) Las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio.
- p) Una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio.
- q) La constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.

Fondo común operativo

Dentro de los requisitos que debe reunir el contrato en virtud del cual los miembros se consorcian, notamos que varios incisos se encuentran estrechamente vinculados y son hasta repetitivos, realizando consideraciones acerca del fondo común operativo, su monto, la participación de cada miembro en el mismo, la forma en la que podrá actualizarse o aumentarse pero debiendo permanecer indiviso durante el plazo de duración del consorcio. La indivisión indicada es similar a la prevista para el contrato de agrupaciones en colaboración, por lo que los representantes no podrán con estos fondos adquirir bienes a nombre del “contrato”; solo podrán adquirirlos para los partícipes, con afectación a este condominio funcional, que permanecerá indiviso. Esto es fundamental para apreciar los efectos fiscales de la operatoria de los consorcios, no siendo este tipo de contrato sujeto de imposiciones, pero trasladándose estas a los consorciados.

Administración y representación

El CCCN no regula sobre administradores en este contrato, sino sobre representantes de los participantes, al igual que en las uniones transitorias y en las agrupaciones en colaboración.

Etcheverry ha sostenido que este individuo representa al consorcio y en su accionar solo defiende los intereses del mismo.

Con respecto a la administración, la ley explica que si los participantes nada han pautado acerca del régimen de toma de decisiones, las resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de las partes.

Por último, debemos recalcar que la norma indica que “el consorcio de cooperación no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros”, refiriéndose a la actividad que lleva a cabo por medio de sus representantes, ya que no tiene vida como ente distinto de las personas que lo conforman.

Obligaciones del representante

Del articulado legal, surgen cuatro obligaciones fundamentales en cabeza del representante:

- a) Llevar la contabilidad: el representante debe llevar los libros de contabilidad y confeccionar los estados de situación patrimonial del consorcio.
- b) Deber de informar: debe mantener al tanto a los miembros del consorcio sobre la existencia de causales de extinción previstas en el contrato o en la ley y tomar las medidas y recaudos urgentes que correspondan.
- c) Responsabilidad: los representantes no pueden adquirir bienes para el consorcio, ya que únicamente tendrán lugar los negocios que impliquen un beneficio directo de los partícipes. Asimismo, en cualquier actuación que realice en nombre del consorcio, deberá exteriorizar el carácter de consorcio, siendo responsable de los daños y perjuicios que la omisión de esta conducta le pudiera ocasionar.
- d) Convocar a reunión: cuando quiera tratar un tema relacionado con el cumplimiento del objeto del consorcio, el CCCN le otorga la facultad de convocar a reunión de participantes.

Terminación del mandato

Reiteramos que en aquellas circunstancias que provoquen la terminación del mandato otorgado por el consorcio a el o los representantes, ya sea renuncia, incapacidad o revocación de mandato, o cuando se pretenda la sustitución del mismo, el nuevo representante será designado de acuerdo a lo que se haya estipulado en el contrato. Si por el contrario, nada se dijo al respecto, la mayoría absoluta de los miembros deberá aprobar la decisión sobre su reemplazo.

Responsabilidad de los participantes

El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. En el caso de que no se pacte nada en el contrato, todos los miembros serán solidariamente responsables.

Asimismo, el contrato debe prever la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre.

Contabilidad

De conformidad con el artículo 1477, el contrato debe establecer las reglas sobre confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas, que reflejen adecuadamente todas las operaciones llevadas a cabo en el ejercicio mediante el empleo de técnicas contables adecuadas. Los movimientos deben consignarse en libros contables llevados con las formalidades establecidas en las leyes (ver arts. 320 y siguientes del CCCN que refieren a la forma en la que debe llevarse la contabilidad) ya mencionadas en la descripción del resto de los contratos de colaboración. Se debe llevar un libro de actas en el cual se deben labrar las correspondientes a todas las reuniones que se realizan y a las resoluciones que se adoptan.

Extinción

El artículo 1478 delimita las causales en las que el contrato de consorcio de cooperación quedará extinguido y ellas son:

- a) El agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo; pues si no hay objeto, no hay contrato, siendo aquel uno de los elementos necesarios y condición de la existencia.
- b) La expiración del plazo establecido. Las partes contratantes pueden pausar en el texto contractual supuestos de prórroga automática o de operación *ipso iure* del vencimiento del contrato.
- c) La decisión unánime de sus miembros.
- d) La reducción a uno del número de miembros.
- e) Si el contrato es plurilateral, la muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente por algún motivo.

6. CONTRATO DE SEGURO (LEY N° 17418)

Nociones generales. Tipos de seguro. El reaseguro. Partes del contrato de seguro. Elementos del contrato. Cargas y obligaciones del asegurado antes, durante y después de producido el siniestro. Obligaciones de la aseguradora

Contrato de seguro

Nociones generales

La actividad aseguradora y el derecho del seguro se encuentran regulados en la Ley N° 17418, complementada por las leyes N° 20091, 22400, 24222 y 24241.

La finalidad del contrato de seguro es trasladar un riesgo a un tercero para que sus eventuales consecuencias sean asumidas por este, mediante el pago de una prima o cotización y siempre que exista un interés asegurable.

El artículo 1 de la Ley N° 17418 establece que “habrá contrato de seguro cuando el asegurador se obligue mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”; asimismo el artículo 2 define el objeto al mencionar que “el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley”.

Del concepto, podemos concluir que se trata de aquel contrato con características aleatorias, en el que una empresa aseguradora se compromete a cubrir un riesgo que puede afectar el interés asegurable pactado y, como contraprestación, el asegurado o tomador se obliga a pagar una prima. En caso de que ocurra el riesgo previsto, el asegurador deberá resarcir el daño o cumplir con la prestación que hubieran establecido en el contrato.

La mayoría de los seguros son voluntarios y solo algunos son obligatorios, es decir, su celebración es impuesta por la ley. Como ejemplo de los seguros obligatorios, podemos mencionar al seguro de responsabilidad civil por el uso de un automotor, Ley N° 24449.

Tipos de seguro

Existe una gran variedad de seguros, entre otros, podemos mencionar los que cubren el robo de cosas, el de vida, el de responsabilidad civil (conocido vulgarmente como seguro contra terceros), incluso el seguro médico, que usualmente se contrata como servicio de medicina prepaga. Estos pueden, a su vez, clasificarse utilizando distintos criterios y según su objeto o contenido se dividen en:

1. Seguros de daños o intereses patrimoniales: su finalidad es reparar la pérdida sufrida en el patrimonio del asegurado a causa del siniestro.

Estos seguros se subdividen en:

- a) Seguro de incendio: asume la cobertura de cosas que puedan afectarse por la acción del fuego.
- b) Seguro de agricultura: incluye cualquier tipo de riesgo que pueda dañar la explotación agrícola en determinada etapa o momento.
- c) Seguro de animales: se relaciona con la mortalidad de animales de cría para la producción.
- d) Seguro de responsabilidad civil (seguro contra terceros), es el contrato mediante el cual el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado por los reclamos de terceros en razón de la responsabilidad pactada.
- e) Seguro de transporte: es de objeto múltiple y ampara diferentes intereses asegurables del tomador (daños a los vehículos, a los empleados, responsabilidad del transportador hacia el pasajero y los daños a terceros).

2. Seguros de personas: la aseguradora se compromete al pago de un capital o de una renta cuando suceda un hecho que afecte la existencia o salud del asegurado, pues en este caso el interés asegurable es la persona humana. Los seguros que pertenecen a esta clase son: seguro sobre la

vida, seguro de accidentes personales, seguros colectivos, de riesgos de trabajo y enfermedades profesionales, de retiro y renta vitalicia.

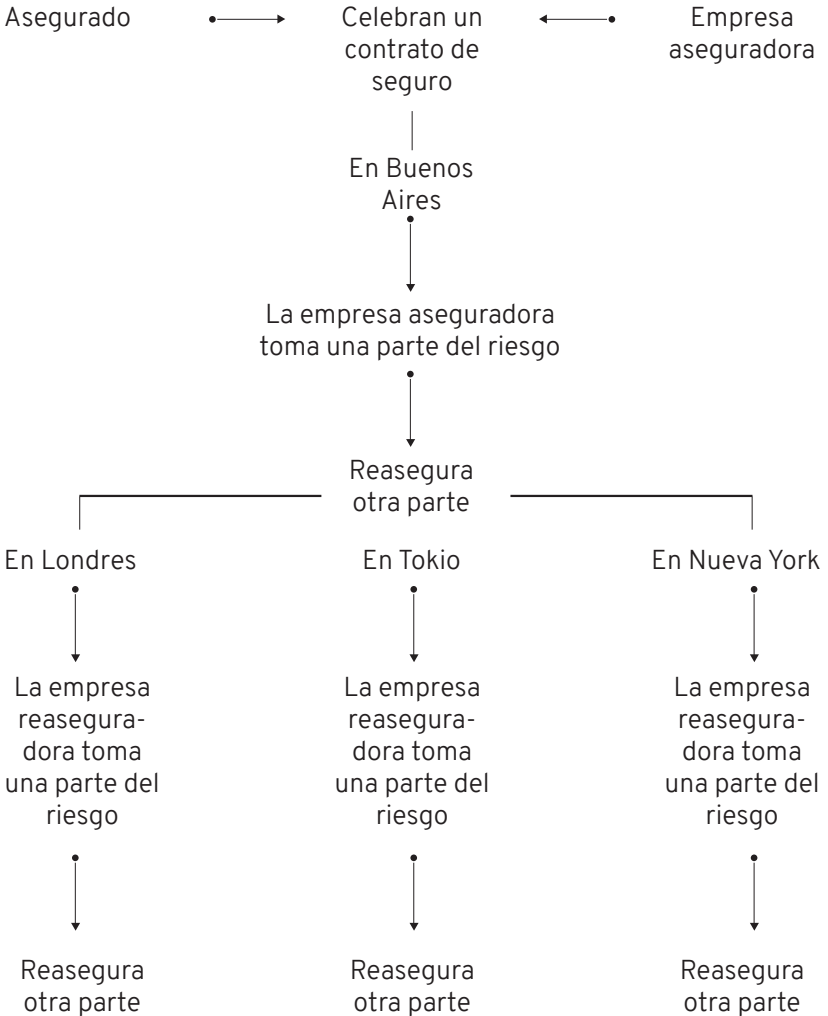
El tema en estudio abarca lo que se denomina la “actividad aseguradora”; que usualmente comprende los siguientes aspectos:

- a) Actividad del agente o productor de seguros. Este es considerado un agente auxiliar de comercio y su función consiste en brindar asesoramiento a los posibles clientes, generando también negocios de seguros para que las empresas del ramo celebren los respectivos contratos. Su desempeño está regulado por la Ley N° 22400.
- b) Actividad de la empresa aseguradora. Esta actividad consiste en la celebración de distintos tipos de contratos de seguros y en el cumplimiento de todas las obligaciones que están a su cargo. Normalmente, la contraprestación que debe cumplir la empresa aseguradora es el pago de los respectivos siniestros, sin perjuicio de que también pueda consistir en la defensa en juicio del asegurado, como sucede en el seguro de responsabilidad civil, o suministrar ciertos servicios adicionales, como traslados, asesoramiento legal, en caso de accidentes, o vehículos, en caso de pérdida del móvil asegurado, etc.

El reaseguro

Se trata de un seguro del seguro a los efectos de dispersar el riesgo. El contrato de reaseguro se regula junto al de seguro (arts. 159 a 162, Ley N° 17418). Esta figura en estudio opera de la siguiente manera: la aseguradora contrata con otras empresas de reaseguro para dispersar el riesgo y fraccionar la consiguiente obligación de pago del siniestro, en caso de producirse. Las empresas aseguradoras –que frente al asegurado son las únicas responsables– toman una parte de los contratos de seguro y reaseguran el resto del contrato entre varias empresas de reaseguro, generalmente situadas en distintas capitales del mundo, las cuales a su vez pueden volver a reasegurar en otras varias empresas, y así sucesivamente. Esto implica que el siniestro no es soportado por una sola aseguradora, sino por numerosas empresas, que deben pagar una parte.

Cuadro 1: Proyección del contrato de seguro y reaseguro. El cuadro grafica un ejemplo de cómo se dispersa el riesgo asumido y al producirse el siniestro cada reaseguradora deberá pagar una mínima parte.



Partes del contrato de seguro

1. **Compañía de Seguros:** es la empresa que asume un riesgo y está organizada jurídicamente para ello. La Ley N° 20091 regula las entidades de seguros y su control y, procura especialmente, que las aseguradoras sean entidades autorizadas, constituidas bajo determinados tipos societarios. El control se motiva en la necesidad de resguardar la confianza pública de la institución por la función social que cumplen los seguros y la protección del público, justificado en el desequilibrio técnico y económico que existe entre las partes contratantes.

El control estatal lo realiza la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), que también tiene atribuciones de carácter administrativo (autoriza a las entidades aseguradoras a funcionar para que los contratos que celebren sean válidos –art. 61, de Ley N° 20091–, controla los términos de las pólizas, etc.).

Las compañías de seguro comercializan sus productos a través de los productores o agentes de seguro y los agentes institorios o representantes. La actividad de estos intermediarios está regulada por la Ley N° 22400 (ver punto 4 del capítulo IV).

2. **Asegurado:** el asegurado puede ser cualquier persona física o jurídica con capacidad legal para contratar y que tenga un interés asegurable lícito.

Tomador: Es la persona física o jurídica que celebra el contrato con la aseguradora, pudiendo hacerlo por cuenta propia o ajena, y es quien cobra la indemnización o premio contratado, si ocurre el evento previsto. Lo más corriente es que el tomador del seguro sea a la vez el asegurado, pero puede también contratar el seguro por cuenta de un tercero. En el caso de que sea por cuenta propia, se adquiere simultáneamente la calidad de tomador y asegurado y, si fuera por cuenta ajena, el tomador contrata el seguro en interés y por cuenta de un tercero que es el asegurado.

Beneficiario: puede ocurrir que el beneficiario del seguro no sea el asegurado sino una persona distinta, como sucede en el seguro de vida. En estos casos, no es parte del contrato de seguro, pero tiene derecho a la prestación.

Elementos del contrato

- 1) Objeto: el objeto del contrato es aquello que se asegura y que se tiende a identificar con el interés asegurable.
- 2) Interés asegurable: el interés asegurable es la relación de hecho o de derecho que une a la persona con un bien susceptible de valoración pecuniaria. Por ejemplo, el propietario de un inmueble o de un automotor tiene un interés asegurable sobre dicho bien, pues si sufre un daño él se perjudica. Se lo describe como la relación económica lícita entre una persona y una cosa o bien determinado. Es la finalidad o la causa que impulsa al asegurado a celebrar el contrato de seguro.
- 3) Riesgo: el riesgo es la eventualidad prevista en el contrato que da nacimiento a la obligación del asegurador de resarcir un daño o cumplir con la prestación pactada. El riesgo debe ser posible, contemplado en el contrato, incierto, pues no se sabe si ocurrirá (*alea*). Para que el contrato sea válido, el riesgo debe existir en el momento de su perfeccionamiento y durante su vigencia.

En caso de que el riesgo varíe, disminuya o se agrave, deberá modificarse también la ecuación matemática sobre la prima y la suma asegurada, pues la aseguradora justamente calcula sobre la base del riesgo la extensión de su garantía (arts. 33, 34 y 35, Ley N° 17418). La Ley de Seguros establece un procedimiento especial para el caso de agravación del riesgo (arts. 37 y 45, Ley N° 17418).

- 4) Prima: es el precio o cotización del seguro y su pago lo asume el asegurado o tomador como contraprestación de las obligaciones que asume la aseguradora. Su valor se calcula sobre la base de las probabilidades, teniendo en cuenta la frecuencia de los siniestros, ya que es proporcional al riesgo asegurado. La ley establece que la prima es invariable e indivisible. Se pacta una sola prestación por el valor total, que puede ser abonada en cuotas o en un solo acto. Si bien se debe desde la celebración del contrato, no es exigible hasta la entrega de la póliza, salvo que la compañía de seguros hubiese emitido un certificado o instrumento provisional de cobertura (art. 30, Ley N° 17418). Debe abonarse el día de su vencimiento y en el domicilio del asegurador (art. 29, Ley N° 17418). La falta de pago a térmi-

no de la prima acarrea la mora automática, con la consecuente suspensión de la cobertura, es decir, la aseguradora no será responsable del siniestro ocurrido antes del pago. Si el asegurado o tomador pagan después de producida la mora, se produce la rehabilitación de la cobertura. El pago de la prima es una de las obligaciones principales del asegurado.

- 5) Póliza: es el instrumento del contrato y su medio de prueba por excelencia. El contrato se perfecciona aun cuando la póliza no esté emitida. Como, en general, se la emite con posterioridad a la celebración del contrato, provisionalmente se entrega un recibo o un certificado de cobertura, documentos que prueban la existencia del contrato (art. 11, Ley N° 17418). La póliza deberá ser fácilmente legible y con una redacción clara, en idioma nacional, sin cláusulas oscuras o confusas, con premisas fácilmente comprensibles y con caracteres ostensibles.

La Superintendencia de Seguros de la Nación debe garantizar que las cláusulas del contrato sean equitativas y conforme a la ley. Resulta aplicable a la interpretación y alcance de las cláusulas, las normas sobre los contratos en general y, en especial, los de adhesión y de consumo, además de la Ley de Defensa del Consumidor.

La póliza debe contener nombre y domicilio de las partes, el interés o la persona asegurada; los riesgos cubiertos; el momento desde el cual estos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada y las condiciones generales del contrato. En la póliza pueden incluirse condiciones particulares. La Ley de Seguros no establece un plazo máximo o mínimo de duración del contrato, por lo que predomina la voluntad de las partes. En el caso de que no hayan establecido nada expresamente, se presume que el período del seguro es de un año, salvo que por la naturaleza del riesgo se calcule un tiempo distinto (art. 17, Ley N° 17418). El contrato podrá renovarse o prorrogarse, expresa o tácitamente (art. 19, N° 17418).

- 6) Reticencia: genéricamente, reticencia es ocultar o callar algo que debiera o pudiera decirse. Jurídicamente, es un vicio que produce la nulidad del contrato de seguro y que la ley define como

Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador

hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato (art. 5, parte I, Ley N° 17418).

Cargas y obligaciones del asegurado

Según Stiglitz, las cargas pueden ser definidas como aquellas normas de conducta, de fuente legal o contractual, de realización facultativa, en interés propio, cuya inobservancia provoca una sanción económica y no puede ser ejecutada de manera forzada o exigir a un tercero su cumplimiento. Las cargas contienen los presupuestos condicionantes para la conservación del derecho del asegurado a obtener del asegurador la ejecución de su obligación principal, es decir, contiene una conducta para conservar el derecho. El asegurado es libre de cumplir o no con la carga, pero si no lo hace, pierde el derecho a exigir a la compañía de seguros. La inobservancia de la carga provoca la caducidad o pérdida de un derecho ya existente. Por el contrario, la obligación es un mandato jurídico y puede ser ejecutada judicialmente.

Las obligaciones y cargas surgen de la ley o se pactan en el contrato. Su cantidad se vincula con el riesgo asumido por la aseguradora.

Pueden distinguirse las obligaciones y cargas de información, que son las que se refieren a circunstancias que es importante que el asegurado aprecie (por ejemplo, la producción del siniestro, los daños sufridos, etc.), y de conducta, aquellas que se traducen en un hacer del tomador o del asegurado (por ejemplo, prohibición de variar el estado de riesgo).

La principal obligación del asegurado es pagar la prima (art. 27, Ley N° 17418). Se trata de una obligación y de una carga, pues por un lado puede ser ejecutada judicialmente pero también es una carga porque la falta de pago suspende la cobertura.

Las cargas pueden, a su vez, distinguirse según la época en que deben cumplirse:

Antes de producido el siniestro

Se derivan para el asegurado dos cargas:

- a) Declarar de manera sincera y con exactitud el riesgo, sin incurrir en declaraciones falsas ni reticencia (art. 5 y ss., Ley N° 17418).

- b) Mantener el estado de riesgo (no agravarlo) e informar al asegurador toda alteración del estado de riesgo. No debe provocar el siniestro, sino que debe prevenirlo (arts. 37 y ss., Ley N° 17418).

Es una carga permanente y su violación autoriza la liberación del asegurador o a un aumento de la prima.

Si dependen de un acto del tomador, la declaración debe ser previa a la agravación (art. 38, Ley N° 17418). Si depende de un hecho extraño al tomador, lo deberá informar en cuanto lo conozca. La ley no fija plazo.

Durante el siniestro

- a) Salvamento: la ley le impone una carga de conducta que consiste en que el asegurado provea lo necesario para, en la medida de sus posibilidades, evitar o disminuir el daño y observar todas las instrucciones que la aseguradora pudo haber indicado en la póliza. Ej.: matafuegos, inspección periódica del vehículo, puertas y ventanas con herrajes y cerraduras en perfecto estado. Frente al incumplimiento de esta carga, la aseguradora está autorizada a reducir la indemnización (violación dolosa o por culpa grave, art. 72, Ley N° 17418).
- b) No abandonar los bienes dañados (art. 74, Ley N° 17418).

Después de producido el siniestro

- a) Denunciar el siniestro dentro de los tres días de haberlo conocido, salvo caso fortuito o fuerza mayor. La denuncia del siniestro debe ser completa y adecuada a las circunstancias del caso y debe ser recibida por el asegurador o por una persona dotada con las facultades suficientes, no se puede dirigir al mero agente intermediario (salvo mandato aparente). El objeto de la denuncia es poner al asegurador en condiciones de poder controlar las circunstancias en las que se produjo el siniestro (art. 46, Ley N° 17418). Es una declaración de conocimiento y no de voluntad. El plazo para informar es de tres días y solo se puede modificar a favor del asegurado. No se computa el día en que incurrió el siniestro. El asegurado o tomador

que hubiera omitido realizar la denuncia del siniestro dentro del término legal deberá demostrar, si correspondiera, que no pudo hacerlo por caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa del asegurado. Si el asegurador considera que la denuncia es tardía, debe hacerlo al acusar recibo, si no lo hace, reconoce haber tomado conocimiento en tiempo hábil.

- b) Informar los daños sufridos. El asegurador debe ser informado cuanto antes de los daños, para hacer posible su liquidación inmediata. El asegurador podrá realizar las indagaciones e investigaciones que considere necesarias (art. 46, Ley N° 17418). La violación de esta carga libera a la aseguradora si es maliciosa, con exageración fraudulenta de los daños o con pruebas falsas para acreditarlos (art. 48, Ley N° 17418).
- c) No alterar el estado de las cosas dañadas. Esta carga se extiende desde la producción del siniestro hasta la liquidación del daño. Su finalidad es impedir que el asegurado haga desaparecer los rastros de las causas del siniestro y los restos que permitan establecer el importe o la importancia de los daños (art. 77, Ley N° 17418).

Obligaciones de la aseguradora

- 1) Emitir y entregar la póliza al asegurado (art. 11)
- 2) Pronunciamiento sobre el derecho. Recibida la denuncia del siniestro y la información y prueba necesaria para verificar los daños, la aseguradora debe pronunciarse respecto del derecho del asegurado dentro del plazo de treinta días y la omisión de hacerlo importa aceptación (arts. 46 y 56, Ley N° 17418).
- 3) Obligación de indemnizar el daño asegurado una vez producido el siniestro. Es la principal obligación a cargo de la aseguradora. La liquidación del siniestro debe realizarse dentro de los términos legales (art. 49, Ley N° 17418). El alcance de la indemnización se fija en función de la clase de seguro, la medida del daño sufrido y el monto pactado en el contrato.
- 4) Reembolsar al asegurado o tomador los gastos realizados por este para evitar o disminuir los daños.

7. CONTRATO DE PRENDA

Noción. Clases de prenda: la prenda común (arts. 2219 a 2237, CCCN), prenda con registro (Decreto-Ley N° 15348/46), prenda agraria (Ley N° 9644)

Contrato de prenda

Noción

El contrato de prenda es aquel por medio del cual un deudor entrega al acreedor una cosa mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y le otorga, ante su incumplimiento, un privilegio o preferencia a cobrarse de la cosa prendada. Recae sobre objetos ajenos, cosas muebles no registrales o créditos que el deudor, sea o no el titular o propietario de la cosa, entrega al acreedor o a la persona que este designe como **garantía** del cumplimiento de una obligación principal.

Clases de prenda

1. *Prenda común con desplazamiento* de la cosa prendada a manos del acreedor. El desplazamiento es un rasgo característico de la prenda e implica que la cosa pasa de la tenencia del deudor o del tercero constituyente de la garantía a la del acreedor. En consecuencia, el acreedor adquiere sobre el bien afectado la mera tenencia, pero no se concibe como un bien propio, sino que en el carácter en que recibe la cosa importa el reconocimiento del dominio del deudor o el tercero.
2. *Prenda con registro sin desplazamiento* de la cosa prendada, que permanece en poder del deudor y el contrato se inscribe en un registro.

3. *Prenda agraria*: se constituye como garantía especial de préstamos en dinero cuando los objetos sobre los que recae son cosas destinadas a la explotación rural.

1. La prenda común

La regulación del derecho real de prenda común o con desplazamiento y entrega de la cosa afectada se encuentra en los artículos 2219 a 2237 del CCCN –Ley N° 26994–.

La prenda se define como el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes (art. 2219 del CCCN –Ley N° 26994–).

Notas tipificantes de la prenda común:

- i Es accesoria de una obligación.
- ii Objeto. Su objeto recae sobre bienes muebles que pueden desplazarse por sí mismos o mediante una fuerza externa y que no son registrables, o sobre créditos documentados (en instrumentos públicos o privados).
- iii Legitimación. La naturaleza de la cosa prendada es la que determina quiénes son los legitimados para constituirla. Si fuera un bien mueble registrable, los titulares del dominio o condominio sobre este y, para el caso de un crédito, su titular o acreedor. Si se constituyera la prenda sobre una cosa ajena que el acreedor cree que pertenece al constituyente y la restituye a su dueño, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor o, si no lo hace, pedir el cumplimiento de la obligación principal, aun cuando no hubiera vencido su plazo (art. 2224, CCCN –Ley N° 26994–).
- iv Pueden garantizarse deudas ajenas, es decir, puede ocurrir que el sujeto que constituye el gravamen no sea el deudor de la obligación principal.
- v Instrumentación. La prenda es un contrato formal no solemne y por eso, entre las partes, el negocio se perfecciona con el acuerdo de voluntades. Para ser oponible a terceros y poder probar su celebración, la prenda debe ser convenida por escrito, en un documento público o privado con fecha cierta (art. 2222, CCCN –Ley N° 26994–). El instrumento debe contener,

- obligatoriamente: a) la determinación de la obligación que se garantiza; b) la descripción de los objetos gravados, según su naturaleza, y c) la indicación del monto máximo por el cual se responde con dicho objeto.
- vi Posesión. La cosa o el instrumento que documenta el crédito debe ser entregada al acreedor o a la persona que él designe, para que nazca su derecho (art. 222, CCCN –Ley N° 26994–).
 - vii Frutos de la cosa. Los frutos que genere la cosa prendada los percibe el acreedor y debe imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital, salvo pacto en contrario (art. 2225, CCCN–Ley N° 26994–). El acreedor no puede usar la cosa sin el consentimiento del deudor, salvo que esto sea necesario para su conservación (art. 2226, CCCN–Ley N° 26994–).
 - viii Gastos. El deudor debe reembolsar al acreedor los gastos que hubiera insumido la conservación de la cosa prendada.

2. Prenda con registro

Puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial (art. 2220, CCCN –Ley N° 26994–).

El código brinda una regulación mínima sobre esta figura que complementa el régimen del Decreto Ley N° 15348/1946, ratificado por Ley N° 12962, que contiene un esquema normativo completo de la prenda en sus dos variantes, fija y flotante. La prenda flotante es aquella en la que no hay una relación directa e inmediata entre la cosa asiento de la prenda y el crédito y, por eso, pueden ser reemplazadas. A su vez, la Ley N° 20094 regula la prenda naval (arts. 499 y ss., Ley N° 12962) y el Decreto N° 6582/1958 la prenda de automotores (art. 19).

En la prenda con registro, a diferencia de la prenda común, no se priva al constituyente del uso de los bienes afectados a la garantía, que muchas veces son mercaderías, frutos, máquinas y bienes con los que desarrolla su actividad mercantil; y el

acreedor cuenta con un conjunto de derechos y privilegios que le permiten mantener el valor de su garantía. De modo que en la prenda con registro se reemplaza la efectiva entrega del bien por la inscripción de la garantía en favor del acreedor.

Tanto en la prenda común como en la prenda con registro, rige el *principio de especialidad* (art. 1, Decreto Ley N° 15348/46) que dispone la imposibilidad de constituir una prenda “genérica” sobre la totalidad de los bienes del deudor, ya que deben individualizarse los bienes prendados con la mayor especificidad posible en cuanto a la cantidad, calidad, peso, número, análisis, marcas de fábrica, patentes y controles a los que estén sujetos.

Así, por tratarse de derechos reales que reciben publicidad registral, es menester que se individualice: a) su causa por escrito; b) los sujetos, por medio de datos que impidan cualquier confusión, y c) su objeto desde el origen, salvo el caso de la prenda flotante, en el que se admite que la garantía recaiga sobre cosas que pueden ser sustituidas por otras, cuya individualización recién se hará efectiva en el momento de ejercitar el derecho.

La inscripción de los contratos prendarios “se hará en el Registro de Prenda, el que funcionará en las oficinas nacionales, provinciales o municipales que determine el Poder Ejecutivo y con arreglo a la reglamentación que él mismo fijará” (art. 17, Decreto Ley N° 15.348/1946).

La prenda sobre automotores se inscribe en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (Decreto-Ley N° 6582/58) y tiene un sistema de inscripción constitutivo de la transmisión del dominio de estos vehículos. De modo que los automotores constituyen una categoría especial de cosas muebles: las cosas muebles registrables.

3. Prenda agraria

En el año 1914 se promulgó la Ley N° 9644 de Prenda Agraria, que es una garantía especial de préstamo en dinero que se constituye sobre:

- a) Las máquinas en general, aperos e instrumentos de labranza.
- b) Los animales de cualquier especie y sus productos, como las cosas muebles afectadas a la explotación rural.
- c) Los frutos de cualquier naturaleza correspondientes al año agrícola en que el contrato se realice, sean pendientes, sean en pie o después de separados de la planta, así como las maderas, los productos de la minería y los de la industria nacional (art. 2, Ley N° 9644).

8. TARJETA DE CRÉDITO (LEY N° 25065)

Concepto. Sujetos intervinientes.
Derechos y obligaciones de las
partes. Autoridad de aplicación

Tarjeta de crédito

Concepto

El sistema de tarjeta de crédito se caracteriza como un conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales, en el que se desenvuelven diversas relaciones internas que se coordinan entre sí y que están reguladas por la Ley N° 25065, las normas de contratos del Código Civil y Comercial de la Nación –Ley N° 26994– y la Ley de Defensa del Consumidor –Ley N° 24240–.

Es el negocio jurídico en el que una parte “emisora” acuerda con otra parte “titular de la tarjeta de crédito”, que esta le conceda un crédito a su favor a través de la emisión de una tarjeta de crédito a su nombre, para que por medio de ella obtenga del “comerciante o institución adherido” –comercios, clubes, entidades, etc.– una serie de prestaciones. El pago es efectuado, en primer término, por la emisora con quien el comercio adherido tiene una relación contractual.

Se trata de acuerdos individuales que tienen como finalidad posibilitar al usuario la adquisición de bienes o servicios o adelantos de dinero, diferir el pago de tales adquisiciones o adelantos a la fecha pactada o financiarlos conforme lo pactado y abonar a los comercios en los términos convenidos los consumos realizados por el usuario (art. 1, Ley N° 25065). A su vez, mediante

este contrato el proveedor puede ampliar la facturación y clientela. La entidad financiera, al coordinar el sistema, percibe una renta cuya carga se distribuye con la administradora de la tarjeta de crédito.

Es una combinación de financiamiento y modalidad de pago, que tiene una función económica relevante pero no reemplaza al dinero, por lo que no puede ser caracterizada como un medio de pago. El usuario de la tarjeta de crédito y el comerciante adherido pagan un canon y una comisión a la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

De esa caracterización se desprenden los tres contratos individuales básicos que se presentan en este sistema: entre la entidad emisora y el usuario titular de la tarjeta, entre la entidad emisora y el comercio adherido y el acordado entre el comercio adherido y el usuario titular de la tarjeta.

Sujetos intervinientes

1. Para funcionar, este sistema requiere de una multiplicidad de usuarios y de comercios adheridos; de lo contrario, sería impracticable toda la operatoria jurídico comercial. Las partes necesarias que componen esta relación contractual triangular (art. 2, Ley N° 25065) son las siguientes:
 - a) Emisor o entidad emisora: es la entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito o hace efectivo el pago.
 - b) Titular: es aquel que está habilitado para hacer uso de la tarjeta y que se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por quienes haya autorizado.
 - c) Proveedor o comercio adherido: es quien proporciona los bienes o presta los servicios al usuario, aceptando percibir su pago mediante el sistema de tarjeta de crédito.
2. Puede también mencionarse a otros sujetos que, aunque no son necesarios para que el sistema funcione, suelen intervenir en él:
 - a) Usuarios adicionales, beneficiarios de extensiones, autorizados o adherentes: quienes a petición del titular de la tarjeta de crédito se benefician con la extensión del plástico a su nombre.
 - b) Las entidades bancarias y financieras: cuando el sistema no es

cerrado, los roles de emisor y pagador pueden ser asumidos por distintas personas. La mayoría de las administradoras delegaron en entidades bancarias o financieras la emisión de las tarjetas, la confección y envío de las liquidaciones a los usuarios y el pago de las comisiones a los comercios. Aunque continúan teniendo una función de control y responsabilidad final de toda la operatoria que ellas crean y administran permanentemente.

Derechos y obligaciones de las partes

Los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en este complejo sistema difieren según el sujeto interviniente y el vínculo contractual. Entre las principales pueden mencionarse:

1. Titular usuario:

- a) Abonar los importes de los bienes o servicios requeridos al comercio o proveedor mediante la tarjeta de crédito. El titular usuario es responsable frente a la entidad emisora por el pago de los consumos que realizó con su tarjeta y/o con las adicionales extendidas, más los cargos administrativos y operativos y los intereses, si correspondieren. Dicho pago debe realizarlo a partir del cierre de cada período y, luego de haber recibido la liquidación, tiene derecho a abonar un “pago mínimo” que fija la emisora y financiar el saldo restante. La entidad remite al titular un resumen de los gastos que correspondieran al período previsto (art. 22, Ley N° 25065) y, de no hacerlo, por virtud del deber de cooperación, el titular deberá requerirlo.
- b) Respetar los topes o límites de compra previamente fijados por la emisora.
- c) Denunciar inmediatamente cualquier pérdida o sustracción producida a la tarjeta.
- d) Cuestionar el resumen de cuenta en caso de disconformidad (procedimiento previsto en los arts. 26 y ss. de la Ley N° 25065).

2. Comerciante o proveedor adherente:

- a) Aceptar la tarjeta presentada por el usuario y prestarle el servicio requerido.
- b) Examinar si la tarjeta ha caducado o aparece mencionada en un listado de tarjetas bloqueadas (art. 37, Ley N° 25065).
- c) Verificar la identidad del portador del plástico y cotejar si se corresponde la firma que luce en la tarjeta con la que se plasma en el comprobante o cupón.
- d) Solicitar permiso cuando se fueran a celebrar operaciones que superen ciertos límites máximos.
- e) Presentar los comprobantes (cupones) al emisor dentro del término establecido.
- f) Pagar la comisión al emisor (art. 15, Ley N° 25065).
- g) No efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta (art. 37, Ley N° 25065).
- h) Entregar a la emisora, dentro del plazo estipulado, la liquidación de operaciones producidas en el período correspondiente, acompañando los cupones firmados por los usuarios.
- i) Pagar a la emisora la comisión que ella le cobra por pertenecer al sistema, la cual se estipula sobre el total de las ventas concluidas durante el período prefijado (art. 15, Ley N° 25065).

3) Entidad bancaria:

- a) Celebrar el contrato respetando el contenido imperativo señalado por la ley (arts. 6 y 7, Ley N° 25065).
- b) Entregar al usuario la tarjeta de crédito personalizada (art. 5, Ley N° 25065).
- c) Enviar mensualmente, dentro del plazo pactado, el resumen de cuenta o liquidación de los gastos y consumos efectuados por el usuario al domicilio convenido, con una anticipación mínima de cinco días anteriores al vencimiento de su obligación de pago (arts. 23 y 25, Ley N° 25065).
- d) Respetar el tope porcentual fijado por la ley con respecto a los intereses compensatorios y punitivos en caso de financiamiento y

- exhibir al público las tasas de financiación que aplica (arts. 16 y 18, Ley N° 25065).
- e) Contar con un sistema de recepción telefónica de denuncias que opere las 24 hs. del día a fin de que los titulares puedan comunicar las sustracciones o extravíos de tarjetas (art. 51, Ley N° 25065) y obtengan informe del saldo de la cuenta y del pago mínimo que podrán realizar (art. 25, Ley N° 25065).
 - f) Informar cualquier cambio que se produzca en la prestación del servicio en forma adecuada y con la antelación suficiente, satisfaciendo la obligación de informar impuesta por la Ley de Defensa del Consumidor (art. 4, Ley N° 24240).
 - g) Abonar la liquidación de operaciones y consumos presentada por el comercio adherido, todo ello dentro del plazo y de acuerdo a la forma convenida con cada proveedor.
 - h) Informar al comercio adherido acerca de todas las cancelaciones de tarjetas de crédito y, en general, cumplir con los deberes de información establecidos en los arts. 32 y 33 de la Ley N° 25065.

Autoridad de aplicación (art. 50, Ley N° 25065 –T. O. Ley N° 26361–)

El Banco Central de la República Argentina fiscaliza en todas las cuestiones relativas a aspectos financieros y la Subsecretaría de Comercio Interior dicta normas de control, vigilancia y juzgamiento. Cada provincia actuará como autoridad local de aplicación, ejerciendo control, vigilancia y juzgamiento.

9. EL DERECHO COMERCIAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS

El comercio electrónico.
Aspectos característicos.
Perfeccionamiento del contrato.
Banca en el hogar (*home
banking*)

El derecho comercial y las nuevas tecnologías informáticas

El comercio electrónico

Las telecomunicaciones modificaron el desarrollo del comercio y esto aumentó con la masificación de internet y del comercio electrónico. Entre otros beneficios de esta modalidad de comercialización pueden destacarse la disminución de los costos, el aumento de la venta de mercaderías y servicios, la inserción comercial en más mercados de distintos países, el descongestionamiento de clientes y la desaparición del soporte papel.

Esta modalidad de contratación genera dificultades, en primer término, por la falta de conocimiento técnico de los consumidores o usuarios. Además, no existe consenso respecto al derecho aplicable o las normas que rigen, por eso, los Estados como las organizaciones internacionales y entes promotores del comercio virtual abogan por establecer principios jurídicos y pautas claras que permitan el desarrollo de este ámbito (por ejemplo, con relación a la prueba de los contratos y a la legislación y jurisdicción aplicable a los conflictos que pudieran generarse, a la seguridad del sistema).

En el comercio electrónico las personas se comunican por manifestaciones codificadas que son ingresadas a un ordenador y luego enviadas a otros usua-

rios que están conectados a través de una red informática. A fin de poder comprender el funcionamiento de las tecnologías informáticas en el comercio, deben realizarse algunas precisiones conceptuales:

- 1) A cada computadora que se conecta a internet se le asigna una dirección numérica conocida como dirección o número IP (*Internet Protocol Address* or *Number*). El sistema de Nombres de Dominio (*Domain Name System*, DNS) es un conjunto de protocolos y servidores que permite a los usuarios utilizar nombres compuestos por números y letras.
- 2) El nombre de dominio (*domain name*) es la dirección de un sitio web fácil de identificar y de recordar –Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)–. El nombre de dominio es una dirección de un sitio o página web compuesto por una serie de caracteres alfanuméricos, cuyo objetivo primordial es facilitar al usuario el uso de la red para poder recordarla con facilidad.
- 3) En nuestro país, NIC Argentina, bajo la jurisdicción de la Dirección Nacional de Registro de Dominios de Internet, tiene la responsabilidad de administrar el dominio de nivel superior “.ar”, además del registro de nombres de dominio de internet de las personas físicas y jurídicas.

Aspectos característicos

1. Libertad de formas: cabe mencionar que la gran mayoría de las transacciones que se concretan electrónicamente (compraventas y locaciones de servicio) carecen de toda instrumentación. Por eso, contar con una regulación legal que no imponga formalidades innecesarias es muy relevante, teniendo en consideración la rapidez, inmediatez y facilidad de procesamiento de información, junto con la posibilidad de llegar a millones de consumidores de una manera sencilla. En el mercado virtual las operaciones se plasman en “documentos digitales”.

2. Declaración de la voluntad: en las operaciones electrónicas, los contratantes se interrelacionan por manifestaciones recíprocas procesadas por sus respectivas computadoras conectadas en red, que permiten la emisión y aceptación de ofertas a través de procedimientos informáticos. De ese modo, se forma

el consentimiento que, como se expuso en la formación de consentimiento, constituye un elemento esencial de los contratos.

El principal problema del comercio virtual (tanto en Argentina como en los Estados que ya cuentan con legislación específica sobre el tema) es la seguridad (falta de seguridad, demoras o falta de envío, inalterabilidad de los contenidos de las ofertas, contraofertas y aceptaciones, falta de certeza acerca de la identidad de los contratantes, etc.).

Para poder brindar una mayor seguridad, se desarrollaron dos técnicas: la encriptación de documentos y la firma digital.

La encriptación de documentos impide que los datos que se envían por internet sean interceptados antes de llegar al destinatario final. Mediante la criptografía, se transforma la información del usuario para que “viaje” por la red en un mensaje cifrado, que puede ser descifrado por la persona que tenga las claves correspondientes para descifrarlo (ejemplo, los números de la tarjeta de crédito).

En relación a la declaración de voluntad de los contratantes y en la certeza sobre su identidad, en nuestro país se incorporó el concepto de “firma digital” mediante la Ley de Firma Digital N° 25506, del año 2001, que equipara en su artículo 3 el valor de la firma electrónica al de la firma manuscrita. En esa misma línea, el artículo 288 del CCCN establece que en los instrumentos generados por medios electrónicos, queda satisfecho el requisito de la firma de una persona si utiliza la firma digital, que asegure indubitablemente su autoría e integridad.

Perfeccionamiento del contrato

Las operaciones que al día de hoy se realizan en internet son mayormente contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, como es el caso de la compraventa y de prestación de servicios (de posventa, de información en línea, turísticos, de intermediación entre consumidores, etc.). Estos contratos, según sea el caso, serán calificados como contratos “entre presentes” o “entre ausentes”, dependiendo del tiempo que se demoren en la aceptación o rechazo de la oferta.

Por ejemplo, la compra de un pasaje aéreo puede ser considerada una convención entre presentes, si la manifestación de la aceptación o el rechazo *on line* de la aerolínea o el agente turístico es inmediatamente conocido por el oferente.

Conflictos que se generan: entre los numerosos inconvenientes que se pueden presentar como consecuencia de la contratación electrónica, se pueden señalar la falta de precisiones técnicas relativas a la prueba de los contratos electrónicos, la jurisdicción y la ley aplicable en internet.

Banca en el hogar (*home banking*)

Las operaciones electrónicas mayormente difundidas son las contrataciones bancarias, ya que tanto el desarrollo de la electrónica como el de las comunicaciones, ha permitido construir distintos tipos de redes y para ellos diferentes protocolos; y desde luego, el desarrollo de la informática, como tal, pues los programas o aplicativos han obtenido niveles que contribuyen a ese desarrollo.

La posibilidad de prestar los servicios bancarios a través de nuevos canales rompe el paradigma tradicional: la prestación es menos personal y directa, pero requiere menos edificios y lugares de atención; no deben respetarse días y horarios, no hay feriados ni distancias geográficas. La banca electrónica no reemplaza la contratación bancaria ni cambia la forma de perfeccionamiento del negocio, sino que permite que la voluntad se exprese de manera distinta y a mayor velocidad.

La denominada “banca electrónica” es cada día más utilizada por los clientes adheridos en sus distintas modalidades: cajero automático, *home banking*, banca telefónica. El banco ofrece operaciones por medio de su página web, desde el *e-commerce* al *e-banking*.

Unidad VII

El mercado y la defensa del consumidor

1. CONTRATOS DE CONSUMO

Tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 a 1122). Relación de consumo. Modalidades especiales de contratación. Cláusulas abusivas

Contratos de consumo

Tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 a 1122)

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) incorpora en el Libro III, Título III, entre los artículos 1092 y 1122, la regulación del contrato de consumo que hasta entonces se encontraba reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en la Ley especial de Defensa del Consumidor N° 24240 (LDC), todavía vigente.

Dentro del diálogo de fuentes que propone el nuevo Código Civil y Comercial, el lector e intérprete de las normas tiene ahora la posibilidad de recurrir a la ley general para dilucidar aquello que la ley especial no prevé, debiendo entenderse ambas normas como complementarias y no como que hay un sistema subsumido dentro de otro.

En esta línea, el CCCN establece un piso mínimo de tutela –núcleo duro del sistema– a partir del cual pueden pactarse condiciones más favorables siempre que sea de conformidad con el principio *indubio pro consumidor*.

Entre los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN se establecía

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

Esto último, tomando en consideración el dinamismo característico de las relaciones de consumo que requiere muchas veces de modificación, y ello es más sencillo si de una ley especial se trata.

Es importante destacar la ubicación estratégica que se le ha dado al contrato de consumo dentro del CCCN, en la Parte General de los contratos, significando ello que las prerrogativas pensadas para proteger a los consumidores serán aplicables a las restantes figuras contractuales en tanto una de las partes sea un consumidor; pues, en un contrato bancario, el usuario además de cliente es consumidor; en un contrato de compraventa, el comprador es simultáneamente consumidor.

Pautas interpretativas

En sus artículos 1094 y 1095, el Código da una serie de pautas interpretativas estipuladas en defensa del acceso al consumo sustentable y del principio *indubio pro consumidor*, a saber:

- a) en caso de duda acerca de la interpretación o aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo, se estará siempre a la que sea más favorable al consumidor;
- b) en caso de duda sobre los alcances de ciertas obligaciones del consumidor, se adoptará la interpretación que le sea menos gravosa.

Relación de consumo

El código aborda la temática a partir del artículo 1092, yendo de lo general a lo particular, comenzando por definir a la relación de consumo como el

vínculo que tiene lugar entre el proveedor y el consumidor. El contrato de consumo es una especie dentro de este género.

Siguiendo, ya el artículo 1093 explica que habrá contrato de consumo cuando un consumidor o usuario final adquiera o reciba para su propio uso y goce o de su grupo familiar o social, los bienes o servicios prestados por una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente, ya sea pública o privada.

De esta definición que hemos reformulado, podemos extraer algunas características:

Ámbito de aplicación: están alcanzadas por estas normas protectorias todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

Partes

1. *Consumidor*: se encuentra definido en el artículo 1092 en consonancia con el artículo 1 de la ley especial, considerándolo como la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La misma norma agrega que queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Este último es el caso de quien se dirige al banco a realizar un trámite, se sienta en una silla para esperar su turno y esta se rompe por defecto de fábrica provocando que el cliente se quiebre la cadera. Este último no fue quien compró la silla, ni ha participado del contrato en virtud del cual fue adquirida, simplemente se le aplica el carácter de consumidor por extensión; pues es el banco quien ha comprado el mobiliario y, si bien el damnificado es cliente del banco, no lo es respecto de la silla.

2. *Proveedor*: si bien su definición se deriva de la anterior, podemos recurrir al artículo 2 de la ley especial que aborda a este concepto con precisión:

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No quedan dudas de que el proveedor es quien ofrece los productos que el consumidor requiere, debiendo cumplir con los deberes de:

- a) Trato digno, debiendo el proveedor garantizar al consumidor y usuario condiciones dignas de atención y evitar colocarlo en situaciones vergonzantes. Este deber es una conjunción del artículo 1097 del CCCN y del artículo 8 bis de la LDC.
- b) Trato equitativo y no discriminatorio, no pudiendo hacer diferencias basadas en criterios que contraríen el orden constitucional de igualdad, sobre todo en relación a la nacionalidad de los consumidores.
- c) Respetar la libertad de contratar del consumidor, no pudiendo subordinar la provisión de un producto o servicio a la adquisición simultánea de otro, ni llevar a cabo ninguna práctica que restrinja al consumidor a la hora de realizar su elección.

Condiciones de la oferta

El artículo 1100 incorpora al núcleo duro de protecciones mínimas una obligación que se halla en cabeza del proveedor que al ofrecer un producto en el mercado tiene el deber de brindar información gratuita: cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y en qué condiciones, ya que las precisiones formuladas en la publicidad, obligan al oferente.

Este deber se corresponde por lo regulado en la Ley de Lealtad Comercial N° 22802 y con el artículo 4 de la LDC.

Dentro del deber de información, puede agregarse el prescripto en el artículo 1101 de no publicitar sus productos con indicaciones falsas, que induzcan al error al consumidor (por ejemplo: un paquete de galletitas cuyo contenido

real dista notablemente de lo mostrado en el envase) o sea perjudicial para su salud, pudiendo en estos casos solicitar por vía judicial la cesación de la publicidad ilícita y la publicación de anuncios rectificatorios. Esta regulación en materia de publicidad abusiva, es una novedad que no se encontraba legislada por el régimen especial.

Modalidades especiales de contratación

El CCCN trae una nueva regulación en lo que refiere a contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos comerciales, adaptada a las nuevas modalidades de contratación instrumentadas por medios tecnológicos.

Todos aquellos contratos que sean celebrados a través de medios de comunicación, sin la presencia física del consumidor y el proveedor, serán considerados celebrados a distancia.

Los deberes del proveedor pueden agruparse del siguiente modo:

• *Deber de información:*

- *Modo de utilización y riesgos:* cuando las partes se valgan de estos medios para celebrar un contrato, el artículo 1107 señala el deber del proveedor de explicarle al consumidor su modo de utilización y los riesgos que acarrea la celebración del contrato por dicho medio electrónico.
- *Derecho de Revocación:* asimismo, el proveedor debe informar en caracteres destacados el derecho irrenunciable del consumidor – reconocido en el artículo 1110 CCCN– de revocar su aceptación en un contrato de estas características dentro de los diez días contados a partir de su fecha de celebración o a partir de la fecha de entrega del bien, si esta fuese posterior. El ejercicio de este derecho deberá efectuarse por medio de comunicación fehaciente y no importará gastos en cabeza del consumidor.

Límites al derecho de revocación: este derecho de revocación, posee ciertas limitaciones enumeradas en el artículo 1116 entre las cuales se encuentran: a) los productos que hayan sido confeccionados por el proveedor de acuerdo a las directivas impartidas por el consumidor, es decir, cuando haya sido diseñado

especialmente para él; b) las grabaciones sonoras o de video o programas de computación que puedan haber sido descargados en forma inmediata para su uso permanente por el consumidor, por instalación en su sistema; c) el suministro diario de prensa, publicaciones y revistas.

- **Deber de mantenimiento de oferta:** cuando sea por medios electrónicos, el oferente deberá consignar en su oferta la vigencia de la misma ya que, de lo contrario, mientras permanezca accesible al destinatario, obligará al proveedor.
- **Jurisdicción:** la jurisdicción aplicable a los conflictos que pudieran emerger de un contrato celebrado a distancia será la que corresponda al domicilio en el que se haya recibido o debió recibirse el bien o prestarse el servicio objeto del contrato.

Cláusulas abusivas

Si bien la LCD ya fijaba una serie de criterios para determinar qué cláusulas eran abusivas en los contratos de consumo, el código instala, del mismo modo que para el caso de los contratos de adhesión, un régimen legal específico para el control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, resultando aplicables las normas estipuladas para los contratos de adhesión, existan o no cláusulas predispuestas.

Aquí, debe precisarse que no todos los contratos de consumo se celebran por adhesión, ya que puede existir un margen de negociación en el primero con respecto al segundo. Además, no todos los contratos de adhesión son de consumo, ya que muchas veces los contratos por formulario tipo cumplen la función de agilizar transacciones comerciales entre empresas, en las que se pacta la distribución de los productos de una de ellas por parte de la otra y no su consumo.

Entre los artículos 1127 y 1122 se instauran diferentes prerrogativas en este sentido:

1. Las cláusulas contractuales pueden ser declaradas abusivas aun cuando el consumidor haya participado de su redacción y las haya aprobado

expresamente. Esto supone entender al consumidor como la parte débil del contrato, por lo que sería injusto que se le aplique una cláusula por el solo hecho de haberla consentido cuando la realidad es que las más de las veces desconoce los pormenores técnicos del producto adquirido o servicio contratado como para hacer un juicio de valor al respecto.

2. Es abusiva la cláusula que, aunque haya sido negociada entre proveedor y consumidor, tienda a desequilibrar los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, ya sea a través de la limitación de la responsabilidad del proveedor o de renuncia del consumidor a sus derechos, como sería el caso del encargado de un estacionamiento que le comunica al proveedor que no puede asegurarle que mantendrá al bien en condiciones de seguridad.
3. Habrá situación jurídica abusiva cuando el proveedor desarrolle un entramado contractual de pluralidad de vínculos jurídicos y económicos a cuyo resultado el consumidor hubiera llegado celebrando diferentes actos jurídicos. Esto podrá detectarse cuando el consumidor se encuentre restringido en sus derechos, o en situación de cautividad.

Límites

No podrán declararse como abusivas las cláusulas que se refieran a la relación entre el precio y su contraprestación, siempre y cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas de forma clara e indubitable.

Tampoco serán consideradas abusivas las cláusulas que estén basadas en tratados internacionales o normas legales imperativas, dado que la jerarquía de estos en el sistema jurídico no permite que sean dejadas de lado por la autonomía de la voluntad.

Control judicial

Para finalizar, el artículo 1122 establece que el hecho de que el contrato haya sido aprobado por la autoridad administrativa, no obsta su control judicial, cuyo criterio para sancionar a las cláusulas abusivas es tenerlas por no convenidas en algunos casos, o declararlas nulas, en otros.

El mismo artículo faculta al juez a declarar la nulidad parcial del contrato, por lo que podemos recurrir al artículo 389 del código para diferenciar la nulidad total –aquella que se extiende a todo el acto– de la nulidad parcial –aquella que afecta a una o varias de sus disposiciones– dejando en claro en este último caso que, si son separables, la nulidad de una disposición no afectará la validez de las demás, pero en caso en que el acto (contrato) no pueda subsistir sin esa cláusula porque se ve comprometida su finalidad, el juez deberá integrar el acto de acuerdo a su naturaleza e intereses perseguidos por las partes. De lo contrario, deberá declarar la nulidad total.

2. DEFENSA DEL CONSUMIDOR (LEY N° 24240)

Consumidor y usuario.
Proveedor. Relación de
consumo. Integración normativa.
Información al consumidor
y protección de su salud.
Condiciones de la oferta y venta.
Cosas muebles no consumibles.
Prestación de servicios.
Usuarios de servicios públicos
domiciliarios. Venta domiciliaria
y por correspondencia. Crédito
para el consumo. De los
términos abusivos y cláusulas
ineficaces. Responsabilidad por
daños. Autoridad de aplicación.
Procedimiento y sanciones. De
las acciones. De las asociaciones
de consumidores

Defensa del consumidor (Ley N° 24240)

Consumidor y usuario. Proveedor. Relación de Consumo. Integración normativa

Mediante la reforma constitucional de 1994 se incorporó en el artículo 42 de la Carta Magna la defensa de los derechos del consumidor y del usuario, que para ese entonces contaban ya con la protección que les brindaba la recientemente sancionada Ley N° 24240 y su Decreto reglamentario N° 1798/94.

Dicha ley y las demás normas vigentes que reglamentan el derecho del consumidor, constituyen un capítulo necesario para regular los contratos mercantiles en los cuales la parte que contrata con la empresa o comerciante en forma directa o indirecta es un consumidor o usuario final.

¿Pero por qué es necesaria esta protección? Porque la producción en masa ha conducido a los sujetos a celebrar multiplicidad de contratos desde una posición de debilidad estructural e informativa y ante un proveedor especializado en la materia que ejerce su posición dominante y puede imponer el contrato en términos perjudiciales o no convenientes para el usuario. Se trata de proteger a la “parte débil” frente al natural desequilibrio que se verifica entre el consumidor y el proveedor quien, en la mayoría de los casos, predispone las cláusulas contractuales.

Este plexo legal está dirigido a imponer al oferente de bienes o servicios la observancia de determinadas reglas cada vez que una persona se interesa por esa oferta y adquiere un bien o contrata un servicio para consumo o uso personal; reglas que se aplican solo si media una relación de consumo. Es decir, si el vínculo se conforma entre un oferente incluido en la enumeración establecida en el artículo 2 de la ley y un adquirente que encuadre en los presupuestos del artículo 1.

Los primeros tres artículos de la ley traen los conceptos de consumidor, proveedor y relación de consumo:

1. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

El consumidor final es quien adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia para su posterior enajenación, pues los emplea para sí mismo y para su grupo familiar o social, pero no los introduce en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado.

Pueden ser personas físicas o jurídicas. Lo relevante es que no utilicen el producto para aplicarlo a una cadena de producción, sino que sea para consumo final; aunque esas circunstancias no son siempre de sencilla determinación.

2. El proveedor está definido en el artículo 2 y es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios.

Los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello (por ejemplo, abogados, médicos,

arquitectos) quedan excluidos de la aplicación de la Ley N° 24240 y, por lo tanto, no son considerados proveedores. En cambio, estarán obligados por la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

3. El artículo 3 de la ley define la “relación de consumo” como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Integración normativa: el Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la regulación de la parte general de los contratos de consumo con poco abordaje de reglas específicas. Ello es así porque:

- a) existe una enorme dinámica en las relaciones de consumo que aconsejan acudir a una necesaria e insustituible legislación especial –de más fácil modificación–;
- b) hay regulaciones sectoriales (contratos financieros, bancarios, medicina privada, etc.) que constituyen una suerte de descodificación del propio sub-sistema.

Entonces, se incluyeron principios generales que funcionen como una “protección mínima” a fin de que a) nada impida mejorar esas condiciones por vía de ley; b) ninguna norma atente o conculque esa base o piso fijado por el CCCN, que constituye el “núcleo duro del sistema”; c) haya coherencia en el sistema (v. gr., respecto de la prescripción, la caducidad, la responsabilidad civil) que se complemente con la legislación especial y tenga un lenguaje común; d) se establezca un diálogo de fuentes a los fines de la interpretación que tiene como centro el CCCN.

El sistema se integra a través de una escala de graduación compuesta del siguiente modo:

1. Los derechos fundamentales de la Constitución Nacional (estables)
2. Los principios y reglas generales del código (estables)
3. La legislación especial (flexible y adaptable)

Las disposiciones previstas en la Ley N° 24240 se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22802 de Lealtad Comercial, o las que en el futuro las reemplacen.

Además, al proveedor le corresponde el cumplimiento de la normativa particular que le sea aplicable por la actividad que realiza.

En caso de dudas sobre la aplicabilidad de las disposiciones legales, deberá seguirse la línea hermenéutica más favorable para el consumidor.

Información al consumidor y protección de su salud

El Capítulo II de la ley se refiere a la información que debe ser suministrada al consumidor y a la protección de su salud. Este capítulo contiene tres artículos:

- El artículo 4 se refiere a la necesidad de una información veraz y adecuada.
- Los artículos 5 y 6 regulan aspectos relativos a la protección de la salud e integridad física de los usuarios.

El derecho a la debida información y su correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho protectorio del consumidor y usuario, tal como lo consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional. Asimismo, el citado artículo 4 ha sido prácticamente replicado en el artículo 1100 del CCCN –Ley N° 26994–.

Es que sin la información adecuada el consumidor tendría una tutela relativa. Por eso, estas disposiciones inciden en la interpretación de normas legales y permiten cuestionar por inconstitucionalidad toda regulación y decisiones administrativas o judiciales que afecten este derecho.

La ley 24240 se aplica cuando las actividades productivas o mercantiles tengan por finalidad colocar en el mercado bienes o servicios destinados a consumidores o usuarios potenciales. De modo que el artículo 4 rige desde el momento en que se adquiere el bien o el servicio y también a partir del momento en que este bien o servicio se inserta en el mercado y, especialmente, mientras se entablan las tratativas contractuales previas. Incluso la obligación subsiste aun después de celebrado y cumplido el contrato, si dicha información resulta necesaria y no fue suministrada con anterioridad.

Carácter y objeto de la información:

- La información es obligatoria.
- Su objetivo es que el consumidor sepa realmente que va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etc. Ello para poder tomar una decisión razonada y fundada con el conocimiento previo del producto y servicio.
- Puede brindarse de forma verbal o por escrito, aunque muchas veces tiene

que ser necesariamente por escrito, con copia al usuario o consumidor de todo lo que haya firmado. Debe ser legible y en idioma nacional (art. 10).

- El incumplimiento de esta obligación de información permitirá plantear la nulidad del contrato y aplicar las sanciones previstas por la ley.

- Debe ser gratuita.

La ley hace una enumeración de los datos que debe satisfacer esta información: cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente, y versar sobre las características esenciales del bien o servicio (aunque esa enumeración no es taxativa). Se persigue así que no le queden dudas al usuario respecto de las características “esenciales” del producto: es decir, lo sustancial o principal.

El derecho de información que se les otorga a los consumidores atiende a la desigualdad de conocimiento que tienen frente a los proveedores sobre los productos y servicios que estos últimos comercializan.

Los proveedores conocen o “deben conocer” las características y particularidades de los bienes y servicios que colocan en el mercado. Los consumidores, por lo común, desconocen aspectos y carecen de información propia y hasta de tiempo para poder juzgar por adelantado. Y en muchas ocasiones tampoco conocen los riesgos que su uso puede importar o las medidas preventivas que deben adoptar para evitar cualquier peligro.

En definitiva, el fin que persigue la ley mediante la imposición de esta obligación informativa es el de permitir y facilitar que el consentimiento que presta el consumidor haya sido formado clara y reflexivamente. Se trata de equiparar el desequilibrio que media a la hora de contratar, ya que no puede soslayarse que la posición jurídica del proveedor sea claramente privilegiada –por su conocimiento sobre la materia objeto del contrato– con respecto al usuario o consumidor.

Ese equilibrio se logra obligando a los sujetos que enumera el artículo 4 a que, con anterioridad a la conclusión del contrato, informen al consumidor de las características esenciales del producto o servicio.

La responsabilidad del proveedor nacerá ante la falta de una debida información, si de esto resulta un daño al consumidor o usuario, o un quiebre de las razonables expectativas que tenía este sobre tal cosa o prestación.

También podrá configurarse una responsabilidad *precontractual* si hubo una

ocultación o información incorrecta en la etapa previa a la celebración del acuerdo: se puede desistir del bien o servicio y de esto puede resultar algún daño económico e incluso moral (por ejemplo: compro una automóvil para disfrutar con mi familia y descubro, antes de inscribirlo en el registro, que tiene un pedido de secuestro que me impediría circular).

Condiciones de la oferta y venta

El Capítulo III de la LDC, entre sus artículos 7 y 10, regula las condiciones en que debe ser realizada la oferta y la venta.

El artículo 7 dispone que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. Y su falta de concreción será considerada negativa o restricción de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley.

El artículo 8 establece los efectos de la publicidad. Así, determina que la oferta obliga al oferente y las precisiones anunciadas se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

No puede dejar de referirse en este sentido que el CCCN también aborda esta temática en sus artículos 1101 a 1103: a) determina la publicidad prohibida, b) otorga a los legitimados una acción judicial para disponer su cese y c) recoge lo previsto en el citado artículo 8 en cuanto a que la publicidad obliga a su oferente y se tiene por incluida en el contrato.

Además, la Ley N° 26361 incorporó el artículo 8 bis que hace referencia al trato digno y las cláusulas abusivas, por lo que los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios y, por ende, no podrán desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias ni ejercer sobre los consumidores extranjeiros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre

los bienes y servicios que comercialice (salvo excepciones autorizadas por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas; tal como sucede con los pasajes aéreos, por ejemplo).

En los reclamos extrajudiciales de deudas, los proveedores deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que pudiera conducir al consumidor a pensar que se trata de un reclamo judicial.

Es preciso resaltar que este es el único artículo de la ley que, ante su incumplimiento, prevé específicamente la aplicación de la multa punitiva regulada en el artículo 52 de la LDC.

El artículo 9, ciertamente vinculado con el derecho a la información, establece que si se ofrecen cosas deficientes usadas o reconstituidas, deberá informarse tal circunstancia a los potenciales consumidores en forma precisa y notoria.

El artículo 10 determina el contenido del documento de venta (descripción y especificación del bien; datos del vendedor y del fabricante, distribuidor o importador; datos de la garantía; plazos y condiciones de la entrega; precio y condiciones de pago; costos adicionales con precisión del costo final que debe pagar el consumidor). Debe ser redactado en castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, etc. Y ha de serle otorgada una copia al consumidor. El artículo 10 bis, incorporado por la Ley N° 24787, brinda una serie de opciones que tiene el consumidor en caso de incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor. Puede:

- a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
- b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan. El artículo 10 ter, incorporado por la Ley N° 26361, prevé que cuando se contrató por teléfono o en forma electrónica o similar, la vinculación podrá ser rescindida a elección del consumidor mediante el mismo medio utilizado en la contratación y el proveedor debe otorgarle dentro del plazo de 72 horas el comprobante de la respectiva baja.

Cosas muebles no consumibles

El Capítulo IV se refiere a la obligación de garantía que asume el proveedor frente a las cosas muebles no consumibles.

Cuando se comercializan cosas muebles no consumibles, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque no hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato.

Las cosas muebles no consumibles ya no están definidas en el artículo 2325 del Código Civil –al que hace referencia el artículo 11 de la LDC, cuya redacción bien podría haberse modificado con la Ley N° 26994–, sino en el artículo 227: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”, y 231 del CCCN: “Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo”.

El artículo 11 determina que el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de la garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole. Dicha garantía operará aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato y cuando afectan la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento.

El plazo legal para ejercer la garantía será de tres (3) meses para el caso de cosas muebles usadas y de seis (6) meses en los demás casos, aunque las partes podrán convenir un plazo mayor. Y estarán a cargo del proveedor los traslados y fletes realizados para efectivizar la obligación de garantía.

En el artículo 12, la ley establece que los fabricantes, importadores y vendedores de estas cosas deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos.

Además la ley prevé la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la cadena de producción y comercialización (productores, importadores, distribuidores y vendedores) por el otorgamiento y efectivo cumplimiento de la garantía legal correspondiente.

Al consumidor le deben ser entregados, en su oportunidad, dos documentos diversos: a) al tiempo de la compra, el certificado de garantía, que deberá

cumplir con los requisitos previstos en el artículo 14 de la ley, y b) en caso de haberse realizado una reparación, se emitirá un certificado en los términos previstos en el artículo 15. El plazo durante el cual la cosa estuvo afectada a la prestación de la garantía debe computarse como prolongación del plazo de garantía, tal como manda el artículo 16.

Ante la reparación no satisfactoria el consumidor puede:

- a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En ese supuesto el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la cosa nueva.
- b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentra a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales.
- c) Obtener una quita proporcional del precio.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieran corresponder.

Subsiste de todos modos la garantía legal por vicios redhibitorios legislada en el CCCN a partir del artículo 1051.

Prestación de servicios

El Capítulo VI de la LDC regula las condiciones en las que deben ser prestados los servicios. El artículo 19 dispone que la prestación del servicio –de cualquier naturaleza– debe respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

Si el objeto del contrato es la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza, etc., el prestador deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- Emplear materiales o productos nuevos o adecuados para la cosa de que se trate.
- Realizar un presupuesto con los datos que precisa el artículo 21.
- Comunicar al consumidor, antes de su realización, lo que no esté incluido en el presupuesto.

- Corregir todas las deficiencias o defectos o reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor, si dentro de los treinta (30) días de la fecha en que concluyó el servicio hay diferencias o defectos en el trabajo realizado.
- Brindar garantía escrita en los términos del artículo 24.

Usuarios de servicios públicos domiciliarios

El Capítulo VI de la ley, denominado “Usuarios de servicios públicos domiciliarios”, se refiere a la regulación de los servicios que de forma mínima se necesitan actualmente en la vida moderna: energía eléctrica, gas, agua potable, etc. Su prestación debe ser asegurada a los ciudadanos por el Estado –aunque puedan ser gestionados a través de privados–.

Las disposiciones previstas entre los artículos 25 y 31 exigen:

- a) La emisión de una constancia escrita de las condiciones de prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, además de mantener la información disponible en las oficinas de atención al público. Se debe hacer saber al consumidor que puede reclamar en los términos de esta ley, más allá de la posibilidad que le asiste para hacerlo ante la autoridad de contralor respectiva de cada servicio público (ENRE, por ejemplo, en el caso de la energía o electricidad).
- b) La reciprocidad en el trato: las empresas deberán aplicar para los reintegros o devoluciones a los usuarios los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora.
- c) En relación a los reclamos, que estos se registren de modo de poder ser individualizados, que el consumidor pueda practicarlos por cualquier medio disponible, que se le extienda una constancia de su realización, que se satisfagan los plazos perentorios y que se le brinde atención personalizada.
- d) El proveedor provea información a los usuarios sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y artefactos que sean.
- e) La posibilidad de que la autoridad de contralor intervenga en la verificación del buen funcionamiento de los instrumentos de medición de los

servicios prestados, la legal autorización de los instrumentos y unidades de medición y la obligación de que la factura sea entregada por lo menos diez (10) días antes de su vencimiento.

- f) En caso de interrupción o alteración en la prestación del servicio, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Dispone que efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura.
- g) La expresión en la factura de la existencia o no de deudas pendientes –su falta de precisión permite considerar la inexistencia de atraso–.
- h) Un procedimiento por diferencias en la facturación, conforme el artículo 31.

Venta domiciliaria y por correspondencia

La venta domiciliaria es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la LDF.

Esta regulación no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado (artículo 32 de la LDC).

La venta por correspondencia y otras es aquella en que la propuesta se efectúa

por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio (artículo 33 de la LDC).

En el artículo 34 se prevé la revocación de la aceptación dentro de los diez (10) días corridos desde la entrega del bien o celebración del contrato –facultad que debe ser informada debidamente por el proveedor, además de que en su cabeza se coloca el pago del costo de la devolución–.

Asimismo, está prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito o que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Ni está obligado el consumidor a conservar la cosa o restituirla (artículo 35 del LDC).

En consonancia con la regulación de la Ley N° 24240, el sistema se integra, a su vez, con las disposiciones que sobre la materia trae el CCCN en la regulación de las “modalidades especiales” en sus artículos 1104 a 1116.

Crédito para el consumo

Reguladas en el Capítulo VIII de la ley, a partir del artículo 36 se establece que en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:

- a) la descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;
- b) el precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;
- c) el importe a desembolsar inicialmente –de existir– y el monto financiado;
- d) la tasa de interés efectiva anual;
- e) el total de los intereses a pagar o el costo financiero total;
- f) el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
- g) la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
- h) los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés, efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a su efectiva obtención. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado.

El BCRA adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a las que se refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Serán competentes para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de este, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

La norma precisa toda la información que debe ser brindada al consumidor en caso de que la compra sea financiada o se conceda un crédito para su realización, bajo pena de nulidad, y además fija la competencia ante el tribunal del domicilio real del consumidor.

De los términos abusivos y cláusulas ineficaces

La regulación prevista en este Capítulo IX es muy importante por su aplicación práctica. En el artículo 37 se establece que se tendrán por *no convenientes*:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Quizás el principio más importante que recepta este artículo es el llamado *in dubio pro consumidor*.

Esta norma general dispone que, en caso de duda, la interpretación de un contrato deberá hacerse en el sentido más favorable para el consumidor. En la misma línea, cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación del consumidor, se considerará la que sea menos gravosa.

Además, determina que en caso de violación del deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración con transgresión, también, del deber de información, el consumidor podrá demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas.

El artículo 38 regula los límites a los contratos de adhesión y establece que la autoridad de aplicación vigilará que no contengan cláusulas como las previstas en el artículo anterior y podrá solicitarles a las demás autoridades de control, que correspondieran por el tipo de contratación, que modifiquen las cláusulas de ese estilo en los contratos tipo.

Además el sistema se integra con el piso fijado en el CCCN respecto de las cláusulas abusivas a partir del artículo 1118 y hasta el 1122.

Responsabilidad por daños

El artículo 40 de la Ley N° 24240 establece la responsabilidad solidaria de todos los que intervengan en la cadena de comercialización, cuando se produce un daño al consumidor que resulte del vicio de la cosa o de la prestación del servicio. Impone que responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente del reproche quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

El artículo 40 bis, según el nuevo texto dispuesto en la Ley N° 26994, permite la reparación por vía administrativa del denominado daño directo. La propia norma define el daño directo como “todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”.

Es decir que los organismos de aplicación tendrán la facultad de fijar indemnizaciones por este concepto a través del acto administrativo correspondiente; pero para ello, dichos organismos deberán cumplir con los siguientes recaudos: a) que la norma de creación de esa oficina les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares, así como la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) que estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas y c) que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Por último, esta disposición legal indica que no será posible la aplicación del daño directo a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

Autoridad de aplicación

La entonces Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción es la autoridad nacional de aplicación de esta ley (artículo 41 de la LDC). Actualmente, dicho organismo es la Subsecretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción.

Sus facultades y atribuciones –sin perjuicio de aquellas que tienen las autoridades locales en coincidente sentido y con actuación concurrente– están detalladas en el artículo 43. Pueden:

- a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes.
- b) Mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores y usuarios.
- c) Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios.
- d) Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley.
- e) Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas con relación a la materia de esta ley.
- f) Disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

La autoridad de aplicación nacional podrá delegar, de acuerdo con la reglamentación que se dicte en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias, las facultades mencionadas en los incisos c), d) y f) de este artículo.

Procedimiento y sanciones

Entre los artículos 45 y 51 de la LDC se establece el procedimiento administrativo de sanción por incumplimiento de esta normativa sobre defensa del consumidor.

La autoridad de aplicación iniciará de oficio actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a la ley o a sus reglamentaciones, o intervendrá a partir de la denuncia de quien invoque un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

Verificada la existencia de alguna infracción, quienes la hayan cometido podrán ser pasibles de las siguientes sanciones: apercibimiento; multa de quinientos pesos (\$ 500) a quinientos mil pesos (\$ 500.000), hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción; decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; clausura del estableci-

miento o suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de los proveedores que posibilitan contratar con el Estado; la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Las acciones y sanciones emergentes de la Ley N° 24240 prescriben en el término de tres (3) años y su cómputo se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas o judiciales.

De las acciones

El artículo 52 de la ley establece que el consumidor o usuario podrá iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Podrán iniciar también las acciones las asociaciones que representan a los consumidores, en su carácter de personas jurídicas, y también la autoridad de aplicación de la ley nacional o local y el Ministerio Público.

Con la reforma de la Ley N° 26361 se incorporó en la legislación argentina la facultad de punir el inadecuado comportamiento del proveedor de acuerdo con el artículo 52 bis. Es lo que se denomina daño punitivo y consiste en una multa civil a favor del consumidor, que podrá aplicar el juez al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales. La multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso y es independiente de otras indemnizaciones que correspondan.

Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan.

Esta incorporación es muy valiosa si se tiene en cuenta que el costo económico de la sanción puede influir en los proveedores para que en adelante no procedan como lo hicieron y así prevenir futuros daños.

A continuación, la normativa establece ciertas pautas del proceso entre las que se deben destacar su gratuidad y la obligación del proveedor de colaborar con el esclarecimiento del litigio mediante el aporte de los elementos de juicio que tuviera en su poder (artículo 53 de la LDC), la posibilidad de promover acciones de incidencia colectiva y mínimas reglas sobre la cuestión (artículo 54 de la LDC), cuya consecuencia principal es que la sentencia hará cosa

juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en iguales condiciones –con excepción de los que expresamente pidan su exclusión–, y la publicación de las sentencias dictadas sobre la materia más la conformación de un registro con esos antecedentes (artículo 54 bis de la LDC).

De las asociaciones de consumidores

Las asociaciones están reguladas a partir del artículo 55 de la LDC. Esta norma les concede legitimación para defender los intereses de los consumidores o usuarios así como la gratuidad del proceso.

Tienen que hallarse autorizadas para funcionar con tal finalidad, conforme la descripción de objetivos inserta en el artículo 56 de la LDC:

- a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal que hayan sido dictadas para proteger al consumidor.
- b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores.
- c) Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos.
- d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo.
- e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados.
- f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés.
- g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por

los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación.

h) Promover la educación del consumidor.

i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Asimismo el artículo 57 de la LDC determina los requisitos que deben satisfacer para obtener el reconocimiento como asociación de consumidores –además de los generales–:

a) No podrán participar en actividades políticas partidarias;

b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;

c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;

d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

Por último, en el artículo 58 de la LDC se autoriza a las asociaciones a promover reclamos a pedido de los consumidores y luego realizar una gestión “estrictamente conciliatoria y extrajudicial” para acercar la posición de las partes.

3. SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO (LEY N° 26993)

Sistema de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC). Auditoría en las Relaciones de Consumo. Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo

Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo (Ley N° 26993)

Sistema de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC)

El 17 de septiembre de 2014 fue sancionada la Ley N° 26993, denominada “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”, que tiene por objetivo otorgarle al consumidor damnificado un resarcimiento rápido y eficaz. Esto se alcanza mediante la reconfiguración que hace la ley de la instancia administrativa, para que en ella logren resolverse la mayor cantidad posible de conflictos de consumo menores. Antes de esta ley, existía una instancia de conciliación no obligatoria ante la Secretaría de Comercio, derivando luego en una instancia contencioso administrativa que tardaba muchos años en resolverse. La ley establece un sistema de conciliación obligatoria ante el COPREC, de carácter gratuito, en donde en aquellos casos en los que el consumidor haya realizado el reclamo ante la empresa sin quedar satisfecha su pretensión, tendrá la posibilidad de acceder a una audiencia en la que, ante la presencia de un conciliador y del proveedor o un representante, se procurará obtener una solución al conflicto verificado en los términos de la Ley N° 24240. La autoridad de aplicación de la ley es la Secretaría de Comercio.

Procedimiento

El sistema conciliatorio se establece como una instancia previa y obligatoria a la apertura de la auditoría o de la vía judicial en todos los reclamos que no excedan la suma de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos vitales y móviles. El procedimiento tendrá un plazo máximo de duración de treinta (30) días, prorrogable por quince (15) días más.

1. Inicio del reclamo: conforme establece la ley, la petición se hará a través de un formulario o por vía informática y su presentación tendrá los efectos de una demanda, interrumpirá la prescripción de las acciones judiciales, administrativas y las del régimen sancionatorio de la Ley N° 24240. El damnificado, una vez que haya recibido por correo electrónico la constancia de admisión de su reclamo, seleccionará fecha de audiencia y aguardará su confirmación.
2. Selección del conciliador: el conciliador podrá ser elegido por sorteo de un listado elaborado por la autoridad de aplicación, por acuerdo de partes o por propuesta del consumidor.

Una vez que confirme su disponibilidad para llevar a cabo la audiencia en el día y horario seleccionado por el consumidor –pudiendo ser reprogramada–, la Secretaría de Comercio notificará a las partes involucradas (consumidor damnificado vs. proveedor o prestador del servicio al que se reclama) por correo electrónico con los datos del conciliador y el domicilio en que tendrá lugar la audiencia.

3. Audiencia: el trámite previsto es muy simple y el damnificado no requiere patrocinio letrado para asistir a la audiencia, estipulándose de cualquier modo la posibilidad de que acceda a asesoramiento jurídico gratuito en caso de necesitarlo. Las notificaciones serán electrónicas a través del correo electrónico registrado y la comparecencia a la audiencia deberá ser personal. En caso de incomparecencia del proveedor o de algún representante con facultades para ofrecer una solución al consumidor, se prevé la aplicación de una multa equivalente a un salario mínimo vital y móvil que podrá ser ejecutada ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. De esa multa, un tercio será destinado a

compensar al consumidor reclamante. El consumidor que no concurra a la audiencia, deberá iniciar el trámite nuevamente.

4. Finalización:

- Acuerdo: en caso de que en la audiencia se arribe a un acuerdo, aquel deberá ser homologado por la autoridad de aplicación y podrá ser ejecutado para su cumplimiento por la citada Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. El acuerdo incluirá los honorarios del conciliador.
- Falta de acuerdo: si el proveedor y el consumidor no logran llegar a una conciliación, el consumidor o usuario tendrá dos opciones:
 - a) Si el monto del reclamo no excede los quince (15) salarios mínimos vitales y móviles, podrá continuar el trámite en sede administrativa, ante un auditor en Relaciones de Consumo (arts. 22 a 40 de la Ley N° 26993).
 - b) Iniciar una demanda ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo (arts. 41 a 57 de la Ley N° 26993).

Auditoría en las Relaciones de Consumo

El sistema de Auditoría en las Relaciones de Consumo, previsto entre los artículos 22 a 40, tendrá competencia para atender las causas referidas a la responsabilidad por daños (art. 40 y 40 bis de la Ley N° 24240), para revisar las causales de justificación de incomparecencia al COPREC, así como para aplicar las multas impuestas por la autoridad de aplicación o para casos en que no hubo acuerdos en la instancia conciliatoria.

El procedimiento ante el auditor comenzará con la interposición del reclamo fundado, con el acta que dé cuenta de haber cumplimentado con anterioridad el trámite ante el COPREC. Se podrá ofrecer prueba y acompañar la documental necesaria. Deberán describirse los hechos que motivan el reclamo y consignarse el monto estimado de resarcimiento que se pretende, que no podrá exceder los quince (15) salarios mínimos vitales y móviles. El patrocinio letrado es opcional y la ley prevé un servicio de patrocinio gratuito para el consumidor.

El trámite previsto es oral, la cuestión será resuelta en una audiencia y la resolución que dicte el auditor deberá ser fundada. El auditor podrá resolver en la misma audiencia o emitir su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días desde su celebración o de producida la prueba pendiente.

La resolución podrá ser recurrida a través de un recurso directo en el que conocerá la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. Dicha apelación deberá fundarse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución, ante el mismo auditor y tendrá efecto suspensivo, salvo que se acredite perjuicio irreparable. Una vez interpuesto, el auditor deberá elevarlo dentro de los cinco (5) días a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo.

Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo

Finalmente, entre los artículos 41 a 57 de la ley, se prevé la creación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. Allí se dispone la creación de ocho (8) Juzgados de Primera Instancia, tres (3) Fiscalías, tres (3) Defensorías y una Cámara Nacional de Apelaciones integrada por dos (2) Salas, una (1) Fiscalía y una (1) Defensoría.

La competencia de la Justicia estará referida a las relaciones de consumo regidas por la Ley N° 24240, tiene una limitación en cuanto al monto del reclamo, el que no podrá superar los cincuenta y cinco (55) salarios mínimos vitales y móviles, y por ahora está prevista solamente para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque invita a las demás provincias a que se adhieran al sistema previsto en la ley.

Prevé un procedimiento gratuito y cuya duración no podrá exceder los sesenta (60) días. No se admiten excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni el trámite de la recusación sin causa, ni la reconvención, ni absolución de posiciones y alegatos. Las partes podrán ofrecer solo tres (3) testigos por parte y los plazos generales durante el proceso serán de tres (3) días, salvo para contestar demanda o traslado del memorial, que será de cinco (5) días.

La resolución deberá ser dictada por el juez en la audiencia y podrá diferir los fundamentos de la resolución en el plazo de cinco (5) días desde la celebración de la misma.

Solamente son apelables las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias y la sentencia definitiva.

El juez podrá aplicar multas en los términos del artículo 52 bis de la Ley N° 24240, sin limitación del monto impuesto por el artículo 42.

Al día de la fecha, estos Tribunales aún no han sido creados debido a que la Legislatura porteña interpuso una acción de amparo contra la aplicación de esta nueva ley por considerar que la creación de una nueva justicia para las relaciones de consumo afecta su autonomía y porque la decisión de aplicar las normas procedimentales que esta ley impone pertenece al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por el mismo motivo, el COPREC funciona actualmente solo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que si un consumidor que pertenece a otra jurisdicción desea acogerse a este sencillo sistema de resolución de conflictos, deberá constituir domicilio en CABA, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 5 de la ley, que dice: “La competencia del COPREC se determinará por el lugar de consumo o uso, por el de celebración del contrato, por el del proveedor o prestador o por el domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario”.

4. DEFENSA DE LA COMPETENCIA (LEY N° 25156)

Noción. Acuerdos y prácticas abusivas. El abuso de posición dominante. Control de concentraciones empresarias. Autoridad de aplicación. Sanciones. Apelación

Defensa de la competencia (Ley N° 25156)

Noción

La defensa de la competencia es una garantía que fue incorporada en 1994 en la Constitución Argentina en el artículo 42. Allí se establece que “las autoridades proveerán [...] la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”. En agosto de 1999 fue sancionada la Ley N° 25156 que regula la defensa de la competencia.

El objetivo implícito de la legislación argentina vigente puede deducirse de los contenidos de sus artículos 1 y 7. Se persigue asegurar el buen funcionamiento de los mercados evitando que, tanto los comportamientos anticompetitivos de los agentes económicos como las concentraciones económicas, puedan perjudicar el “interés económico general”.

En distintos pronunciamientos, la autoridad de aplicación de la ley ha ido delineando qué se entiende por interés económico general.

La mayoría de los autores entiende que la defensa de los consumidores y usuarios integra esa noción de interés económico general.

La ley prohíbe y establece sanciones para los actos o conductas, con o sin fines de lucro, de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas, que tengan por objeto limitar,

restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado.

Trata dicha ley sobre acuerdos y prácticas prohibidas, posición dominante, concentraciones y fusiones, y las sanciones que puede aplicar la autoridad de aplicación de la ley.

Acuerdos y prácticas abusivas

En el artículo 2 de la Ley N° 25156 se establece qué conductas constituyen prácticas restrictivas de la competencia. Se refiere a las que consistan en la fijación o manipulación en forma directa o indirecta de los precios de venta o compra de bienes que se ofrezcan en el mercado; el intercambio de información con el objeto de influir en los precios; las conductas que tiendan a evitar o impedir que ingresen nuevos actores en el mercado, o a excluir agentes del mismo, etc. Se trata de una enumeración no taxativa de actos u omisiones que puedan perjudicar el acceso a los mercados y que tiendan a restringir la competencia, situación que operará no solo en perjuicio de los actores que intervengan en el mercado, sino también de los consumidores o usuarios que accedan a esos bienes o servicios.

El abuso de posición dominante

La ley también define cuando una o más personas gozan de posición dominante en un mercado para la producción de un tipo de producto o servicio. En el artículo 4 establece que se da esa situación cuando “es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial”. También dispone que habrá posición dominante cuando esa persona, por el nivel de participación que tiene, está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado y de ese modo puede perjudicarlo.

No se prohíbe en sí la posición dominante sino que lo que se procura evitar es el abuso de tal situación con menoscabo de la real competencia. Para ello, el artículo 5 establece en qué circunstancias habrá de considerarse que existe tal posición dominante y, por lo tanto, podrán tomarse las medidas que prevé la ley para evitarlo.

Control de concentraciones empresarias

En el artículo 7 de la citada ley se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia en perjuicio del interés económico general.

De acuerdo a lo que regula el artículo 6, se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de los siguientes actos:

- a) la fusión entre empresas;
- b) la transferencia de fondos de comercio;
- c) la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derechos a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;
- d) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

Estos actos indicados en el artículo 6, cuando la suma del volumen del negocio total en conjunto de empresas afectadas supere la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000), deberán ser publicitados y se regula un sistema de aprobación ante la autoridad de aplicación de la ley, previsto en los artículos 8 a 16.

Es dable destacar, en concordancia con esta ley, las previsiones establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre abuso de posición dominante (art.11 del CCCN).

Autoridad de aplicación

La Ley N° 25156 establecía en el artículo 17 que la autoridad de aplicación sea un Tribunal de Defensa de la Competencia, que iba a funcionar como un organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía. Dicho organismo nunca fue puesto en funcionamiento, pese a que la ley se aplicó de todas

maneras a través de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la Secretaría de Comercio de la Nación.

El 19 de septiembre de 2014 se sancionó la Ley N° 26993 que establece que el Poder Ejecutivo nacional determinará la autoridad de aplicación de la ley y en el artículo 18 regula cuáles son sus funciones.

Dicha autoridad de aplicación será asistida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, creada por la Ley N° 22262, cuyas funciones están reguladas en el artículo 20 de la Ley N° 25156. Entre ellas, se pueden destacar la de realizar los estudios e investigaciones que le ordene la autoridad de aplicación, emitir opiniones consultivas en materia de competencia y libre concurrencia al mercado, dictaminar previamente a la aplicación de las sanciones que prevé la ley, realizar las pericias necesarias sobre libros, documentos y demás elementos conducentes para una investigación, etc.

Sanciones

Las sanciones que puede aplicar la autoridad de aplicación están previstas a partir de artículo 46 de la ley. Las mismas consisten en ordenar el cese de los actos o conductas que alteren la libre concurrencia al mercado o a la competencia, la aplicación de multas que van desde los diez mil pesos (\$ 10.000) a los ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), ordenar las medidas necesarias para neutralizar las conductas que puedan generar una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de la ley. Prevé también que las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la ley podrán ejercer las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados conforme a las normas de derecho común.

Apelación

Las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación son susceptibles de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o las Cámaras de Apelaciones competentes, previo depósito de la multa impuesta y presentación del comprobante del depósito con el escrito del recurso (art. 53).

5. LEALTAD COMERCIAL (LEY N° 22802)

Noción. Principales prescripciones. Autoridad de aplicación: función, sanciones y recursos

Lealtad comercial (Ley N° 22802)

Noción

La Ley N° 22802 sobre lealtad comercial reúne las normas vigentes relativas a la identificación de mercaderías, frutos, productos y publicidad de bienes muebles, inmuebles y servicios. Junto con la Ley N° 24240, es una de las leyes que se dictaron para garantizar la protección de los consumidores y usuarios prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Principales prescripciones

Entre las principales prescripciones se destaca que

- a) Los frutos y los productos que se comercialicen en el país deberán llevar impresas, en forma y lugar visibles sobre sus envases, etiquetas o envoltorios, las siguientes inscripciones: su denominación, el nombre del país donde fueron producidos o fabricados, su calidad, pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido. Dichas inscripciones deberán ser escritas en idioma nacional, con excepción de los vocablos extranjeros de uso común, de las marcas registradas y de otros signos que, aunque no estén registrados como marcas, sean utilizados como tales y tengan aptitud marcaria.

- b) Si los productos fueron fabricados en el país, deberán llevar la indicación “Industria Argentina” o “Producción Argentina”. Los productos serán considerados fabricados en el país cuando se elaboren o manufacturen en el mismo, aunque se hayan empleado materias primas o elementos extranjeros en cualquier proporción.
- c) Prohíbe consignar en la presentación de los productos, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o calidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción.
- d) No se podrá utilizar denominación de origen nacional o extranjera para identificar un fruto o producto cuando este no provenga de la zona respectiva, excepto cuando hubiera sido registrada como marca con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. A tal efecto, entienda por denominación de origen a la denominación geográfica de un país, de una región o de un lugar determinado que sirve para consignar un producto originario de ellos y cuyas cualidades características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico (por ejemplo: frutos de la Patagonia).
- e) Prohíbe la publicidad que pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.
- f) Establece que en todos aquellos casos en los que surgieran del monto total a pagar diferencias menores a cinco (5) centavos y fuera imposible la devolución del vuelto correspondiente, la diferencia será siempre a favor del consumidor; y que en todo establecimiento en donde se efectúen cobros por bienes o servicios será obligatoria la exhibición de lo dispuesto en la norma que lo regula (art. 9 bis sustituido por el art. 1 de la Ley N° 26179).
- g) Prohíbe el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servi-

cios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar; así como la promoción u organización de concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o la contratación de un servicio. Tampoco permite la entrega de dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos o el que estos tengan para quien los recupere.

Autoridad de aplicación: función, sanciones y recursos

Establece que la Secretaría de Comercio será la autoridad de aplicación de la ley y que tendrá facultades para delegar sus atribuciones en organismos de su dependencia de jerarquía no inferior a Dirección General. Las funciones y facultades de la autoridad de aplicación están reguladas en los artículos 12 a 16. Su misión será básicamente brindar los lineamientos básicos para que la ley pueda ser aplicada y la verificación de las infracciones a la legislación vigente.

Para el que infrinja las disposiciones de la ley, de las normas reglamentarias y de las resoluciones que en consecuencia se dicten, la autoridad de aplicación podrá imponer sanciones que van desde multas de quinientos (\$ 500) a cinco millones de pesos (\$ 5.000.000), la suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado, la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare, hasta la clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta (30) días. Dispone la ley que en caso de reincidencia, así como en el de concurso de infracciones, o desobediencia a una orden de cese, la sanción a aplicarse se agravará duplicándose los límites mínimo y máximo.

Las resoluciones condenatorias podrán impugnarse por vía de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante las Cámaras de Apelaciones competentes. El recurso deberá imponerse

dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada la resolución, previo depósito del monto de la multa impuesta, a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentación del comprobante de depósito con el escrito del recurso. El importe de las multas ingresará al presupuesto general de la Nación en concepto de rentas generales o al de los gobiernos locales, según sea la autoridad que hubiera prevenido.

6. LEY DE ABASTECIMIENTO (LEY N° 20680)

Ámbito de aplicación y objetivos.
Sanciones aplicables

Ley de abastecimiento (Ley N° 20680)

Ámbito de aplicación y objetivos

La Ley N° 20680, denominada “de abastecimiento”, es una ley que regula las normas que rigen respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios que satisfagan directa o indirectamente necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población.

Se trata de una norma que permite al Estado realizar controles sobre los precios de los bienes y servicios. Permite al gobierno desde fijar precios máximos hasta intervenir establecimientos durante un lapso no mayor a 180 días, aunque pueden establecerse prórrogas.

A través de la ley se busca garantizar el abastecimiento de ciertos bienes a precios considerados razonables, para ello otorga al Estado la posibilidad de aplicar sanciones y delega facultades de regulación del derecho de propiedad privada y libertad económica al Poder Ejecutivo.

Puntos sobresalientes de la ley

Los puntos más salientes de la ley ya vigente –y los que más temor despiertan en los inversores– son:

1. El Estado podrá intervenir en cualquier compraventa, permuta y locación –cualquiera fuera su naturaleza– que tenga relación con la producción, construcción, comercialización, sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, logística, esparcimiento, y en todo aquello que el Gobierno entienda que esté orientado al bienestar general de la población.
2. El Poder Ejecutivo podrá establecer –en cualquier etapa del proceso económico– márgenes de utilidad, precios de referencia, precios mínimos y máximos.
3. Los gobernadores de todas las provincias y el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires podrán fijar precios máximos en sus territorios.
4. Serán pasibles de multas de hasta diez millones (10.000.000) de pesos, clausuras de hasta noventa (90) días e inhabilitación de hasta cinco (5) años para ejercer el comercio, quienes –según el Gobierno–:
 - a) Elevaren injustificadamente los precios u obtuvieren una ganancia abusiva
 - b) Acaparen materias primas o productos
 - c) Intermediaren innecesariamente en la distribución y comercialización
 - d) Redujeren la producción habitual o no la incrementaren habiendo sido intimados por el Gobierno a hacerlo.
5. Los funcionarios del Gobierno no necesitarán autorización judicial para ingresar a cualquier establecimiento con la fuerza pública durante horas hábiles y días de funcionamiento.
6. Por orden del Poder Ejecutivo podrán secuestrarse libros y cualquier elemento relativo a la administración del negocio y no devolverlo por treinta (30) días.
7. También el Estado podrá vender las mercaderías secuestradas (sin juicio de expropiación) cuando el funcionario público entienda que el mercado se encuentra desabastecido.
8. En caso de que el Gobierno lo considere necesario, podrá vender y distribuir (sin importar quién sea el propietario) lo confiscado por la fuerza pública. Esta facultad durará lo que el Poder Ejecutivo considere necesario.

Sanciones aplicables

La Ley N° 26680 fue modificada en el año 2014 por la Ley N° 26991 que amplió el ámbito de aplicación y tipificó diversas conductas pasibles de sanciones.

La ley prevé las siguientes sanciones aplicables:

- multas;
- clausura del establecimiento;
- pérdida de concesiones, privilegios, régimen impositivos o crediticios especiales de los que gozare;
- comiso de mercadería;
- inhabilitación para el uso o renovación de créditos que otorguen las entidades financieras;
- inhabilitación de hasta 5 (cinco) años para ejercer el comercio y la función pública;
- suspensión de hasta 5 (cinco) años en los registros de proveedores del Estado.

Unidad VIII

Títulos valores

1. TÍTULOS DE CRÉDITO

Origen y evolución.
Antecedentes legislativos en nuestro país. Definición y caracteres. Transmisión y circulación. Titularidad y legitimación. Clasificaciones. Comprobantes y títulos de legitimación. Ejecución

Títulos de crédito

Origen y evolución

Como todas las instituciones del derecho mercantil, los títulos de crédito son el producto de la actividad comercial. Se dice que los títulos de crédito, junto con las sociedades y el sistema de contabilidad, han sido las creaciones más importantes del derecho comercial.

Con el nacimiento de las ferias en la Edad Media, que eran reuniones periódicas de mercaderes de distintas localidades destinadas al intercambio, surgen dificultades cambiarias: la diversidad de monedas complicaba las transacciones en razón de que las de una ciudad no tenían curso en otra. Además, dado el peso y volumen de la moneda acuñada, su transporte no estaba exento de dificultades: el traslado era difícil, arriesgado y costoso.

Ello es solucionado en un primer momento mediante la figura del cambista, que recibía en una localidad una determinada cantidad de monedas del lugar y asumía el compromiso de abonar en otra ciudad un monto equivalente en dinero de la otra comarca. Simultáneamente a la celebración del acto, el cambista entregaba al *tradens*¹ una carta dirigida a su agente, que residía en el

1 En el acto de tradición, comúnmente conocido como “entrega de la cosa”, el *tradens*

lugar del pago, para que en su representación cumpliera la prestación pactada. Al principio, en el texto de la carta se hacía mención a quien iba a recibir el pago: figuraba el nombre del *tradens*; posteriormente se incorporó la mención a la orden, que permitió que el cobro fuera efectuado por la persona que designara el *tradens*. Así nació la letra de cambio como documento privado que contenía una promesa de pago hecha por una persona que aparecía como el único obligado de la relación. Primero se utilizó la letra de cambio –especialmente como medio de pago a distancia, a fin de evitar el traslado de dinero–; y después aparecieron otros instrumentos como el pagaré y el cheque.

En síntesis, la primitiva letra de cambio consistía en un escrito por el cual se ordenaba pagar una suma de dinero sobre distinta plaza y en otra especie de moneda. En un primer momento, dicha misiva no era transferible, salvo las formalidades del derecho civil para la cesión de créditos: escritura y notificación al deudor. En una segunda etapa, con la cláusula a la orden, ideada para facilitar la negociación del documento, nace el endoso, fórmula fácil que solo requería que el transmitente asentara su firma con alguna anotación, eliminando al notario y al banquero para su transferencia.

Antecedentes legislativos en nuestro país

Cuando Carlos III, el 30 de enero de 1794, dictó la Real Cédula de Erección del Consulado de Comercio de Buenos Aires, confirió al Tribunal del Consulado la administración de la justicia comercial, estableciendo, además, el orden de prelación de las normas a aplicar: 1) pragmáticas, reales cédulas, órdenes y reglamentos posteriores; 2) Ordenanzas de Bilbao de 1737; 3) Recopilación de Indias de 1681; 4) Ordenanzas Reales de Castilla de 1492. Es decir que, a fines del siglo XVIII, las Ordenanzas de Bilbao tenían prioridad de aplicación, en materia comercial, en la jurisdicción del Consulado de Buenos Aires y, por ende, en lo referido a nuestro tema, eran las que trataban en su Capítulo XIII, “De las letras de cambio, sus aceptaciones, endosos, protestos y términos, y de las cartas órdenes del comercio”.

entrega la cosa al *accipiens*, con las voluntades respectivas de transferir y adquirir el dominio u otro derecho real.

Nuestro Código de Comercio de 1862 –que adoptó el promulgado para la provincia de Buenos Aires en el año 1859– no traía una sistematización general de los títulos valores; los legisló en particular y siguiendo la Ordenanza cambiaria alemana de 1848.

En el año 1963 se introdujeron modificaciones al código: la norma que los reguló fue el Decreto Ley N° 5965/63, que modificó el régimen jurídico de la letra de cambio y el pagaré contemplado en el Código de Comercio –derogó los arts. 589 a 741–. Se adoptó el proyecto Yadarola, que se redactó teniendo en cuenta, muy especialmente, la ley Uniforme de Ginebra.

Por su característica eminentemente circulatoria e internacional, la letra de cambio motivó desde el siglo XIX múltiples intentos de producir una legislación uniforme, entre los que se destacan las conferencias de La Haya de 1910 y 1912. Luego se logró en la Conferencia de Ginebra de 1930, que aprobó tres convenciones sobre letras de cambio y pagarés a la orden. Ellas son el antecedente más importante de nuestra legislación en la materia y han sido adoptadas por la mayoría de las legislaciones europeas y americanas, con excepción de las que siguen el modelo angloestadounidense. De este modo, nuestro país, que no ha ratificado la Convención de Ginebra de 1930, adoptó no obstante sus disposiciones.

Definición y caracteres

De todas las definiciones dadas a estos títulos, la más clara y precisa, que se convirtió en tradicional, es la del italiano Cesare Vivante quién enunció el siguiente concepto: “Título de crédito es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se menciona”. De la definición extraemos los siguientes caracteres esenciales:

- a) Documentos: es decir, papeles firmados por el emisor que incorporan un derecho de crédito. El creador del título incorpora al documento una declaración de voluntad, incondicionada e irrevocable, de carácter constitutivo, mediante la cual se coloca en una posición de obligado cambiario ante quien resulte portador legítimo del documento.
- b) Necesidad: es necesario poseer el documento para hacer valer el derecho incorporado a él; es la compenetración del derecho en el documento, por

lo cual no es posible concebir el derecho sin el documento, ni el documento separado del derecho. Carácter necesario del título significa entonces que el derecho no se adquiere, transmite y ejercita si no es con la posesión del documento. En carácter de necesidad es la consecuencia directa de la incorporación del derecho en el título, o sea, de la materialización del derecho en el documento, la objetivación del derecho en el título.

- c) **Literalidad:** el derecho de crédito se rige por las constancias que figuran escritas en el documento, de modo que lo que allí se ha consignado representa el límite de los derechos del acreedor y también el límite de las obligaciones del deudor. No es necesario indagar si existen convenciones entre las partes ajenas al título. Hallándose el contenido y modalidades de la obligación cambiaria exclusivamente determinados por el tenor del documento, el acreedor que se vale de la acción cambiaria no puede invocar ninguna circunstancia que no resulte del título, ni el deudor puede oponer límites o modificaciones al contenido de la obligación cartular que no resulten del título mismo. Es entonces la exclusiva relevancia del tenor escrito del título para determinar la existencia, el contenido y las modalidades del derecho.
- d) **Autonomía:** La autonomía es la independencia de la posición de los distintos portadores del título con relación a los portadores anteriores. Mientras que en el derecho común prevalece el principio de que “nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que tiene”, en materia de títulos no rige. A fin de facilitar la circulación se les confiere la particularidad de que el derecho que cada acreedor recibe es diferente, distinto e independiente del de su antecesor. Ello significa que cada adquisición del título y, por ende, del derecho incorporado, aparece desvinculada de las relaciones existentes entre el deudor y los poseedores anteriores. El poseedor del título puede ejercer el derecho incorporado en razón de su derecho al documento, con independencia de las relaciones que ligaron a los anteriores poseedores con el deudor de la prestación en él contenida. El derecho que el título de crédito transmite en su circulación a cada nuevo adquirente es un derecho autónomo, es decir, desvinculado de la situación jurídica que tenía el transmitente; de modo que cada nuevo adquirente del título de crédito recibe un derecho que le

es propio, autónomo, sin vínculo alguno con el derecho que tenía el que se lo transmite y, por ende, libre de cualquier defensa o excepción que el deudor demandado para el pago (sea librador, aceptante, endosante o avalista) podría haber opuesto a un poseedor precedente. El tenedor de buena fe es titular activo de un derecho propio; esta situación lo pone a cubierto de todo riesgo con respecto a la legitimidad del derecho de quien le transmite el título: de tal modo, si este no era portador legítimo, por ejemplo, porque había hurtado el documento, tal situación no influye en la adquisición que aquel haga de buena fe. Sin embargo, la autonomía no era en favor del tercero de mala fe, esto es, quien al adquirir el título conoce el vicio que afecta al derecho de su transmitente. Es entonces la independencia de la posición de los distintos poseedores del título con relación a sus poseedores anteriores.

- e) Circulación: se crean para circular y para ello la ley los ha dotado de un mecanismo sencillo y eficaz: el endoso. Una firma colocada en el dorso del título por quien es el titular y su entrega al adquirente es suficiente para transmitir los derechos emergentes del documento sin ninguna otra formalidad. No es necesario notificar al librador o emisor (deudor cedido), pues por haber creado el título a la orden está autorizando su transmisión por vía de endoso. Se pueden confeccionar directamente al portador y su transmisión se hace con la simple entrega, sin necesidad de firmar el título.
- f) Legalidad: estos títulos son creados por la ley únicamente. No pueden resultar de un convenio o acuerdo de partes. Es la ley la que les da origen y los dota de los caracteres propios.
- g) Formalidad: son documentos formales, que la ley reglamenta expresando qué formalidades extrínsecas deben llevar y qué menciones escritas deben contener.

Transmisión y circulación

Para que la cesión de créditos sea válida es necesario que se efectúe por documento escrito y que se notifique al deudor cedido. El cedente solo garantiza la existencia y legitimidad del crédito, pero no responde respecto de la solvencia

del deudor o de sus fiadores y, a su vez, cada cesión implica la acumulación de excepciones con respecto al acreedor, ya que el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que puede hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión o aunque la hubiese aceptado, pura y simplemente, solo con la excepción de la compensación. En lo atinente a los títulos de crédito, con el endoso desaparecen todos los recaudos exigidos por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) para la transmisión de los derechos. Se eliminan toda intervención del deudor; cada acto de transferencia se cumple mediante el solo consentimiento del *tradens* y del *accipiens*, con efecto de obligar al deudor hacia este último en forma directa como si él hubiese contratado, fenómeno que se repite con cada transferencia, de tal manera que la relación entre cada nuevo acreedor –poseedor del título– y el deudor es siempre directa, como si ellos dos hubiesen contratado. Lo que se persigue en este caso es otorgar al portador del título certeza en la existencia del derecho, seguridad en su realización y rapidez en su circulación.

Los títulos se adquieren *a non dominio*. Como el crédito está materializado o incorporado en el documento, se transforma en un bien objetivo y autónomo, y circula como una cosa. Habiendo suscripto un título, el deudor sabe que los acreedores son intercambiables. No existe razón alguna para no pagar a quien está en posesión del documento, aunque se ignore la causa de la transmisión. Son títulos cuya restitución y anulación son necesarias para extinguir la obligación.

Los títulos de créditos pueden considerarse comprendidos dentro de la regla de circulación de los bienes muebles: “la posesión vale título”. El fundamento de la tutela se encuentra en la seguridad de la circulación cuando proviene de un falso titular. Entonces, se adquiere la propiedad del título cuando: a) un tercero adquiere de buena fe y sin culpa grave la posesión del título; b) la adquisición se produce de acuerdo con las reglas que disciplinan la circulación del título.

Titularidad y legitimación

Propiedad del título de crédito se refiere al derecho externo sobre el mismo, titularidad al derecho incorporado en el documento, y legitimación significa investidura formal del derecho documental. Entonces, la propiedad está

constituida por la adquisición del derecho real de propiedad sobre el título y es condición indispensable y necesaria para la adquisición del derecho contenido en el documento; la legitimación está dada por la posesión del título del modo establecido por la ley de circulación e importa la posibilidad de ejercicio del derecho documental.

El propietario del documento es el titular del derecho incorporado al mismo. Legitimado para el ejercicio de este derecho documental es quien es poseedor del documento de acuerdo con la ley de circulación. En los títulos de crédito es fundamental lo que se denomina la “ley de la circulación”, es decir, la manera en que los títulos de crédito se transfieren según su naturaleza (de acuerdo a si son al portador, a la orden o nominativos). La legitimación es, en consecuencia, la situación en que se halla colocado el tenedor de un título de crédito para exigir el cumplimiento de los derechos que en él se mencionan.

En los títulos al portador, la transmisión se realiza por la sola entrega y, en consecuencia, la legitimación resulta de su posesión. Ello significa que el poseedor de un título de crédito al portador, que lo recibió de quien no tenía derecho alguno sobre él, lo adquiere válidamente. En los títulos a la orden, la legitimación resultará del endoso. En los títulos de crédito nominativos, el legitimado debe figurar como titular en los registros pertinentes.

Por ello, la titularidad presupone la propiedad del documento, propiedad que se adquiere según el régimen de las cosas muebles teniendo en cuenta que tal lo es el título de crédito. La legitimación presupone, a su vez, la posesión del documento, acompañada en cada caso de la buena fe, observadas que sean las normas de circulación según sean al portador, a al orden o nominativo.

Se entiende que la titularidad del derecho y la legitimación se acumulan en la misma persona cuando el portador además de ser propietario del título lo posea legítimamente. En suma, la titularidad del derecho presupone la propiedad del documento según el régimen de las cosas muebles.

Clasificaciones

1. Causales y abstractos: la causa es la relación jurídica fundamental, originaria, subyacente que determina a las partes a que la objetivicen en el documento. Según la causalidad o abstracción de la declaración docu-

mental, esto es, según la referencia o no al negocio que sirve de base, se realiza esta clasificación.

Los causales son aquellos donde las constancias escritas que llevan los títulos permiten determinar su causa, esto es, el contrato base que les dio origen (ej., títulos públicos, acciones de las sociedades comerciales, obligaciones negociables, los certificados de depósito a plazo fijo, los warrants, los certificados de prenda, el certificado de saldo deudor en cuenta corriente). En ellos, la relación causal tiene relevancia jurídica, pues es oponible a todos los portadores, dado que subsiste vinculada al documento durante toda su vida. Para que el documento produzca las consecuencias jurídicas previstas, su causa no debe estar afectada por ningún vicio que la perjudique. Sin embargo, son procesalmente abstractos, en el sentido de que el portador no debe probar la existencia de la causa por la que adquirió el título; y además subsiste la autonomía: el tercer poseedor se sustrae de las excepciones personales oponibles por el deudor a los anteriores poseedores, pero no se sustrae de las excepciones derivadas de la causa.

Los abstractos son aquellos de cuyo texto no se puede inferir la convención originaria, o sea, la causa de su creación (ej., cheques, letras de cambio, pagarés). La abstracción es un concepto jurídico por el cual se prescinde de la causa del título para lograr mayor celeridad y seguridad en la circulación. Consiste en la desvinculación del documento respecto de la relación causal. Cuando el título es abstracto, al portador no se le pueden oponer las defensas emergentes de la causa del documento. La abstracción es distinta de la autonomía; mientras la primera desvincula el documento de la relación causal (ej., el obligado al pago de un pagaré no le puede oponer al tercero portador una excepción de incumplimiento contractual, fundado en que el tomador de la letra no le entregó la mercadería a la que estaba obligado en virtud del contrato de compraventa que diera origen al título valor), la segunda importa la existencia de un derecho originario, desvinculado de la posición jurídica de sus anteriores portadores (ej., el obligado al pago de un pagaré no puede oponer al tercero, portador de buena fe, la excepción de compensación que le podría haber opuesto al que le transmitió la letra).

2. Nominativos, a la orden y al portador: según los requisitos necesarios para su circulación, al portador son aquellos que nacen sin indicar el beneficiario y su transmisión se perfecciona con la simple entrega del título, sin necesidad de acto documental alguno. Permiten el ejercicio del derecho a cualquier portador del mismo, pues el suscriptor se obliga a una prestación a favor de quien resulte portador. No se requiere otro justificativo que la presentación del título. Se caracterizan por la ausencia del nombre de la persona a la cual se emite el título y la presencia de la cláusula al portador.

A la orden son aquellos creados a nombre del beneficiario y transmisibles por endoso (ej., cheque, letra de cambio, pagaré). Se consigna expresamente el nombre de su beneficiario, pero existe la facultad de transferirlo sin intervención alguna del deudor o emisor. Entonces, su titular se individualiza mediante la posesión del documento, unida a una serie ininterrumpida de endosos que lleguen hasta el portador. El endoso, cuando se trata de títulos cambiarios, une la garantía del librador con la del propio endosante y la de los anteriores. El endoso puede ser:

- Nominativo o pleno: consiste en el nombre del endosatario y la firma del endosante. Para esto, la ley no exige fórmulas sacramentales, su efecto es transmitir la propiedad del título *iure et de iure*.
- En blanco: consiste en la sola firma del endosante y contiene una legitimación anónima a favor de cualquier portador; se transmite la propiedad del título, pero la presunción es *iuris tantum*. Si el título contiene un último endoso en blanco puede seguir circulando como título al portador, es decir, por tradición manual.
- En procuración: se redacta con la indicación del endosatario, la expresión “en procuración” o “por mandato” y la firma del endosante. Este endoso permite al endosatario, como su representante, ejercitar todos los derechos del endosante resultantes del título. Así, el título endosado no sale del patrimonio del endosante. El endoso en procuración no transfiere la propiedad del título, solo legitima al portador para ejercitar en nombre propio el derecho de crédito en interés ajeno.
- En garantía: se redacta con la indicación del nombre del endosatario y la indicación “en garantía” o “en prenda”, y la firma del endosatario.

Los nominativos son aquellos que deben nacer obligatoriamente nominados a nombre de una persona determinada y cuya transmisión requiere, además del endoso por dicho beneficiario, su inscripción en los registros del emisor (ej.: warrants, certificados de prenda, las acciones nominativas no endosables de las sociedades). No son endosables y solo pueden ser transferidos mediante cesión de créditos. El contrato de cesión es un contrato formal, por prescripción del artículo 1454 del Código Civil, que debe efectuarse por escrito. A este requisito se agrega la necesidad de que la cesión sea notificada al deudor cedido.

3. Títulos singulares y en serie: el libramiento de títulos singulares tiene origen en una relación determinada y se realiza entre dos sujetos determinados. Cada título tiene su individualidad con respecto a la persona del tomador y beneficiario, el importe y el vencimiento. Pueden mencionarse el cheque, el pagaré, etc.

Los títulos en serie se emiten en múltiples unidades, equivalentes entre sí y con el mismo contenido. Se emiten con relación a una operación única y en general son causales. Podemos mencionar las acciones, los títulos públicos, las obligaciones negociables, etc.

4. Títulos públicos y privados: los títulos públicos son los emitidos por el Estado nacional, los Estados provinciales, las municipalidades y entidades autárquicas, y tienen por finalidad obtener fondos líquidos del público, es decir, captar deuda. Son también denominadas títulos de deuda pública, letras del tesoro o bonos del tesoro, bonos externos, etc. Los títulos privados se rigen por el principio de la libertad de emisión.
5. Títulos propios e impropios: los títulos propios son los que están destinados a la circulación y reúnen inequívocamente las condiciones de necesidad, literalidad y autonomía. En los llamados títulos impropios al portador, sirven de prueba a determinadas relaciones, que sin revestir el carácter de los títulos de crédito propios, permiten su cesión, aun sin las formalidades de la cesión, es decir, sin la notificación del deudor cedido. La simple entrega sirve para la legitimación.

Comprobantes y títulos de legitimación

Los comprobantes y títulos de legitimación son aquellos que se caracterizan por la presencia de elementos exteriores, y aun de algún elemento sustancial, propio de los títulos de crédito propiamente dichos, pero que se diferencian de los títulos de crédito por la ausencia de elementos que son esenciales de aquellos. Así, en cuanto a las similitudes, se destaca que como adoptan las formas exteriores de los títulos de crédito, el deudor puede efectuar la prestación con eficacia liberatoria respecto del que le presente el documento, y queda liberado si paga sin dolo o culpa grave, aunque el exhibidor del documento no sea el efectivo titular del derecho.

Pero se diferencian porque les faltan los siguientes caracteres: a) incorporación: el comprobante y título de legitimación no tiene función dispositiva, o sea, no es un documento necesario; b) literalidad: son documentos probatorios y pueden hacerse valer las relaciones extradocumentales; c) autonomía: están dirigidos a una persona determinada y no están destinados a circular. Por ello, casi siempre enuncian una relación contractual existente entre el deudor y una persona determinada que ejercerá el derecho.

Entonces, los títulos denominados de legitimación –que siendo al portador, tienen el carácter de instrumento *ad probationem*–, no están destinados a la circulación y sirven solo para la legitimación pasiva, de modo que el deudor de buena fe está habilitado para pagar con efecto liberatorio, pero no está obligado a hacer la prestación sin haber verificado primero si el portador es el titular del derecho mencionado en el título. El deudor podría rechazar la prestación al portador del título, suministrando la prueba de la ilegitimidad de su adquisición. Así sucede, por ejemplo, con las entradas a los espectáculos públicos.

La razón es que estos documentos no son creados como instrumentos de circulación, sino para facilitar la realización del crédito. No son títulos de crédito, tienen un destino fijo que es el del propietario del titular del derecho, y como son innominados y al portador, este derecho lo puede ejercer cualquier persona; pero les falta el destino de circulación, que es lo que sirve para crear el título como consecuencia de la relación fundamental con miras a que ese título comience a circular.

Como consecuencia de ello:

- a los comprobantes y títulos de legitimación no se le aplican las disposiciones propias de los títulos de crédito, sino que se encuentran regidos por las disposiciones y leyes especiales que autorizan su creación;
- los derechos que comprueban pueden ejercerse aun sin la posesión y presentación del documento, y, en caso de pérdida o robo, el acreedor puede demostrar su derecho por cualquier medio de prueba;
- correlativamente, el poseedor del documento que no sea titular del derecho, sucumbe frente al verdadero titular que acredite su carácter de tal por otros medio de prueba;
- el deudor puede rehusar el pago legítimamente y exigir del poseedor pruebas extradocumentales.

Son documentos de legitimación: las pólizas de seguro; el giro postal; la rifa; el billete de lotería; el boleto de transporte; la entrada al teatro o al cine; la ficha del guardarropa; el comprobante de expedición de equipajes.

Ejecución

La facilidad de transferencia hace que sea inherente a estos títulos su rápida ejecución. El cobro de las sumas o valores que estos documentos representan no se concibe por vía ordinaria, sino por la vía del juicio ejecutivo. Esto está vinculado con la prohibición de discutir la causa de la obligación (art. 544-4, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN]), porque ello significaría destruir lo que el título de crédito representa. La causa es la relación jurídico-económica por la cual se crea el título.

En este punto, algunos autores opinan que no puede oponerse la excepción de falta de causa contra los adquirentes terceros de buena fe del título, pero que sí puede oponerse contra el acreedor directo, es decir, entre los contratantes inmediatos, donde sería legítimo invocar la relación existente fuera del tenor literal del documento. De todas formas, ello no puede tener cabida en el juicio ejecutivo.

2. LOS TÍTULOS VALORES EN EL CCCN (ARTS. 1815 A 1881)

Disposiciones generales.

Títulos valores cartulares:

al portador, a la orden,

nominativos endosables,

nominativos no endosables.

Títulos valores no cartulares.

Deterioro, sustracción, pérdida y

destrucción de títulos valores o

de sus registros

Los títulos valores en el CCCN

Disposiciones generales

El Código Civil y Comercial de la Nación sigue en lo fundamental los principios legislativos del proyecto de unificación de 1998. Y se explica en los fundamentos del proyecto, finalmente sancionado como ley, que “El articulado recepta las reglas jurídicas básicas y más aceptadas, con la finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad jurídica”.

Hay cierta discusión en orden a la corrección de aprehender todos los títulos bajo el término “títulos valores”, empleado en el CCCN –que dejó atrás otras numerosas denominaciones, como “circulatorios”, “de crédito”, etc.–, pero, como explica Sicoli, esa expresión deriva del vocablo alemán *wertpapiere* y provee una noción amplia, ya que con la palabra “valor” es posible referirse adecuadamente a distintos títulos que contienen derechos de diferente naturaleza (de contenido dinerario, representativos de mercadería, de participación, etc.).

Su regulación se encuentra ubicada en el Libro III: “Derechos personales”, Título V: “Otras fuentes de obligaciones”, Capítulo 6: “Títulos valores”. La Sección Primera incorpora una parte general (arts. 1815 a 1829) que resulta muy importante, ya que en las normas hasta entonces vigentes no existía ningún

capítulo destinado a desarrollar los caracteres y principios que hacen a los títulos valores, por lo que el código trae mayor claridad y orden al legislar este aspecto de la materia. Tampoco debemos olvidar que si bien títulos valores, títulos de crédito y títulos cambiarios parecen sinónimos, lo cierto es que título valor sería el género principal y sus especies los de crédito y cambiarios. No se derogan ni modifican las leyes especiales en materia de letra de cambio, pagaré (Decreto Ley N° 5965/63) y cheques (Ley N° 24452); como lo señala Héctor Alegría, por ello el artículo 1834 establece que “las normas de esta sección: a) se aplican en subsidio”, con la ventaja de evitar así superposiciones legislativas y servir de base integradora para los sistemas que rigen cada una de las especies.

El artículo 1815 del CCCN establece que “Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo de acuerdo con la regulación del artículo siguiente”. Asimismo, deja establecido en su segundo párrafo que las referencias a bienes y cosas muebles registrables no se aplicarán a los títulos.

Como se ve, no se trata de brindar una definición del concepto sino que se determina que los títulos van a incorporar una obligación incondicional e irrevocable que otorga al portador la prestación de un derecho autónomo. De allí se desprende la esencia de los títulos valores, que puede resumirse en tres cualidades: incondicionalidad, irrevocabilidad y autonomía.

La autonomía equivale a lograr la indemnidad del portador del título (conforme la doctrina norteamericana); así, podemos decir que la autonomía es un recurso técnico para lograr una circulación segura. En materia de títulos valores significa que aquella persona que adquiere un título lo hace de manera originaria y no derivativa –como en el caso de la cesión de créditos– porque, como dice Yadarola, el derecho del portador no proviene del negocio sino de su relación jurídica (real) con el documento. La consecuencia de la autonomía se traduce en que cada adquisición del documento es una adquisición nueva; por eso le son inoponibles a su portador las circunstancias y vicisitudes de los portadores anteriores. El principio de la autonomía está plasmado en el artículo 1816 del CCCN, que reza: “El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo,

y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores...”. Todo ello, claro, salvo mala fe que el citado artículo 1816 define como la adquisición del título a sabiendas del perjuicio que se ocasiona al deudor demandado.

A continuación, el artículo 1817 del CCCN prevé que quedará liberado el deudor que abone la obligación a quien resulte portador del título –en los términos de la ley que regula su circulación–, salvo que a ese tiempo contara con elementos que demostraran la mala fe de quien posee el documento. El titular es definido por el artículo 1819 del CCCN como quien tiene el título y lo adquirió onerosamente de acuerdo con su ley de circulación.

El código trae como una novedad relevante, la libertad para la creación y emisión de títulos valores, en el artículo 1820. Se trata de una potestad que se otorga a cualquier persona –humana o jurídica–, con un amplio espectro de los títulos que pueden crearse –además de los legalmente estipulados–, con la única limitación de que si fueran títulos abstractos solo podrán estar destinados al régimen de oferta pública.

Luego, el artículo 1821 enumera las defensas oponibles al portador del título valor. Se introduce así en el derecho de fondo una regulación que hasta entonces había sido dejada exclusivamente para el ámbito procesal. El CCCN, en el artículo 1822, también indica que los títulos valores pueden ser objeto de medidas cautelares, de secuestro y gravámenes con distinción de algún recaudo de acuerdo con el tipo de título.

Entre los restantes aspectos generales que aborda el código, pueden resumirse los siguientes: a) la colocación de firmas falsas en el título o de personas inexistentes o que no resulten obligadas, no obstará la obligación que pesa sobre los demás suscriptores (art. 1823); b) la ausencia de asentimiento conyugal será inoponible a los terceros portadores de buena fe para el caso de los títulos no endosables o no cartulares (art. 1824); c) tendrán responsabilidad personal quienes suscriban títulos sin representación o si aquella fuera insuficiente o quienes falsifiquen la firma allí inserta (art. 1825); d) la obligación solidaria solo pesará sobre los creadores del título, salvo que dicha solidaridad sea estipulada por la ley o en una cláusula expresa colocada en el título, además de que se encuentra autorizada la fijación de cualquier otra garantía

compatible (art. 1826); e) la creación o transmisión de un título no perjudicará las acciones derivadas del negocio causal o subyacente, salvo novación (art. 1827); f) el portador de un título representativo de mercadería tendrá derecho a su entrega con facultades de posesión y disposición ulterior (art. 1828) y g) las cuotapartes de los fondos comunes de inversión son títulos valores (art. 1829).

Títulos valores cartulares

Los títulos valores cartulares se encuentran regulados en la Sección Segunda del citado Capítulo 6 (arts. 1830-1849, CCCN) y su cualidad principal es su materialidad. Por eso, la regulación precisa en primer término que el título es necesario para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado (art. 1830, CCCN) y luego se refiere a la literalidad del documento, explicitando que el alcance y la modalidad de los derechos y obligaciones se sujetarán exactamente a lo expresado en el título o sus prolongaciones (art. 1831, CCCN). El código también establece que cualquier alteración en el título obligará a los suscriptores posteriores pero no a los anteriores, con la presunción de que la firma fue puesta con anterioridad a los cambios, salvo que se pruebe lo contrario (art. 1832, CCCN). Además, el título podrá ser completado hasta la fecha en la que debe cumplirse la obligación –con la excepción de que hubiera cláusula expresa en contrario– y que ante la omisión de algún recaudo indispensable el título no contará con el efecto legal asignado (art. 1833, CCCN).

Dentro de los títulos valores cartulares, encontramos las siguientes clasificaciones:

- a) Títulos valores al portador: el código precisa que estos títulos son los que no se emitieron a nombre de un sujeto en particular –aunque no tenga cláusula expresa en este sentido– o los que defina otra ley de circulación diferente; siendo suficiente la tradición del título para su transferencia (art. 1837, CCCN).
- b) Títulos valores a la orden: es el documento que se extiende a nombre de una persona determinada y que se transmite por endoso, salvo que se le

haya colocado la cláusula no a la orden y que por ello su transmisión deba concretarse a través de la cesión de créditos (art. 1838, CCCN).

El endoso, realizado en cualquier momento antes de su vencimiento, transmite la propiedad del título al endosatario, quien por este acto unilateral es legitimado para ejercer todos los derechos emergentes del documento, siempre que se verifique la existencia de una serie no interrumpida de endosos formalmente válidos. No hace falta que se individualice al endosatario ya que el endoso puede ser en blanco o con la referencia “al portador”. Cualquier condicionamiento del endoso se tendrá por no escrito y serán nulos los endosos parciales (arts. 1839 a 1842, CCCN).

El endoso puede ser en blanco, en procuración o en garantía.

En el primer supuesto, el portador del título endosado en blanco puede llenar el endoso con su nombre, con el de otra persona o directamente transmitirlo a un tercero sin completar el endoso y sin realizar uno nuevo (art. 1843, CCCN).

Si el título fue endosado en procuración, se atribuye al endosatario el deber de gestionar el cobro del documento y tendrá aptitud para ejercer todos los derechos inherentes al título valor –también judicialmente–. Le serán oponibles todas las defensas que se puedan articular respecto del endosante y solo podrá transmitir el título bajo igual modalidad, sin que la responsabilidad cese por la muerte o incapacidad sobreviniente del endosante (art. 1844, CCCN).

Finalmente, el endoso realizado en garantía –el código se refiere a la cláusula valor en prenda y otra similar– es aquel por medio del cual se respalda el cumplimiento de una obligación con la entrega del título valor sin que el endosante pierda la propiedad del documento. En ese caso, el endosatario también podrá ejercer todos los derechos inherentes al título –aun judicialmente–, pero si a su vez lo endosa, se considerará que lo hizo en procuración. De su lado, el deudor no podrá oponer excepciones fundadas en su relación con el endosante, salvo que se demuestre que el portador lo recibió a sabiendas del perjuicio que causaba (art. 1845, CCCN).

El principio general es que el endosante tienen responsabilidad por la obligación incorporada en el título, a excepción de que mediante cláusula expresa excluya total o parcialmente su responsabilidad (art. 1846, CCCN).

- c) Títulos valores nominativos endosables: son los emitidos a nombre de una persona determinada, endosables, cuya transmisión cobra efecto ante el emisor y los terceros a partir de su inscripción en el registro respectivo. A ese fin debe acreditar su legitimación mediante una serie ininterrumpida de endosos y, frente a la falta de inscripción por el emisor, podrá requerirla judicialmente (art. 1847, CCCN). Se aplican a estos títulos las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.
- d) Títulos valores nominativos no endosables: como el caso anterior, estos títulos están emitidos a nombre de una persona determinada –aunque no se transmiten por endoso– y requieren de su inscripción para que la transmisión produzca sus efectos con relación al emisor y los terceros.

Títulos valores no cartulares

Esta materia está desarrollada en la Sección Tercera del Capítulo 6, “Títulos valores” (arts. 1850-1851, CCCN), y refiere a aquellos títulos cuya característica fundamental es su desmaterialización; de modo que existe una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable que puede circular autónomamente, pero aquella no se incorpora a un documento.

En orden a procurar un marco de seguridad jurídica respecto del estado de estos títulos, la regulación prevé que todas las cuestiones inherentes a ellos (transmisión, constitución de derechos reales, gravámenes, medidas precautorias, etc.) queden anotadas en un registro especial que debe llevar el emisor o, a su nombre, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro. Asimismo, el alcance de los derechos del título deberán emerger del instrumento de creación, que deberá tener fecha cierta. La entidad que lleve el registro deberá brindar comprobantes de los saldos de las cuentas a sus titulares con distintos efectos –por ejemplo, para legitimarlo en

un reclamo judicial, asistir a asambleas vinculadas con los títulos, etc.–; aunque la coexistencia de más de un certificado al mismo tiempo se encuentra parcialmente limitada por la norma.

Finalmente, se autoriza la emisión de certificados globales y se impone que los gastos por la emisión se hallarán a cargo del peticionario.

Deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros

En la Sección Cuarta del Capítulo 6, “Títulos valores”, el CCCN estipula normas generales para los supuestos de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores incorporados a títulos representativos que carezcan de una regulación especial –o sea, que es de aplicación supletoria–.

El juez competente será el de la jurisdicción correspondiente al domicilio del creador de los títulos en serie y el del lugar del pago de los títulos valores individuales. Los gastos deberá afrontarlos el solicitante.

La cancelación del título no obstará los derechos de quien no haya formulado oposición en ese procedimiento. Una vez firme la sentencia de cancelación, el magistrado podrá requerir, por un plazo máximo de dos (2) años, que el solicitante preste caución suficiente para atender los eventuales daños que pudiera provocarle al adquirente del título cancelado (art. 1852, CCCN).

Asimismo, el código prevé que en caso de deterioro del título, siempre y cuando aquel sea identificable con certeza, el tenedor podrá obtener del emisor un duplicado, previa entrega del dañado, con asunción de los gastos por este último (art. 1853, CCCN). Los terceros que hubieran suscripto el título, se hallarán obligados a reproducir su firma, con atestación notarial sobre el orden de correlación. En caso de oposición del signatario, el juez deberá resolver por el procedimiento contradictorio más abreviado (art. 1854, CCCN).

Por último, la regulación establece distintos procedimientos para el trámite de la denuncia del hecho (sustracción, pérdida o destrucción) según se trate de títulos valores en serie (arts. 1855-1870, CCCN), títulos valores individuales (arts. 1871-1875, CCCN) o de los libros de registro de títulos valores nominativos o títulos valores no cartulares (arts. 1876-1881, CCCN). A muy grandes

rasgos, puede decirse que en todos los casos el procedimiento inicia con una denuncia que permita identificar los papeles afectados (ante el emisor o el juez, según el caso), luego se efectúa una publicación para hacer conocer esa circunstancia y, por último, se brinda un plazo para recibir oposiciones antes de que se disponga la duplicación del título –no así en caso de que se trate de los libros de registro–.

3. LETRA DE CAMBIO (DECRETO-LEY N° 5965/63)

Concepto. Requisitos y contenido. Sujetos intervinientes. Cláusulas. Circulación (endoso). Garantías cambiarias (aval). Aceptación. Pago. Protesto. Recursos y acciones. Cancelación. Prescripción. Síntesis

Letra de cambio

Concepto

Se denomina letra de cambio al título de crédito a la orden, abstracto, formal y completo que contiene una promesa incondicionada de hacer pagar o, en su defecto, de pagar una suma de dinero a su portador legitimado, vinculando solidariamente a todos sus firmantes.

Requisitos y contenido

La letra de cambio debe contener requisitos de carácter intrínseco, también llamados “sustanciales” o “de fondo”, y requisitos extrínsecos o de forma.

Los primeros, se refieren a todos los requisitos comunes al acto jurídico y su ausencia o vicio presente en alguno, no invalida el documento, solo faculta al afectado a oponer las excepciones según el caso. Estos son: capacidad, voluntad, objeto y causa.

Capacidad: la letra de cambio para su validez debe ser emitida por una persona capaz (al momento de firmarse la letra) de obligarse cambiariamente. Caso contrario, las obligaciones de los otros suscriptores seguirán siendo válidas.

Voluntad: como todo acto jurídico, el sujeto que interviene en él debe hacerlo

con discernimiento, intención y libertad, es decir, la voluntad no puede estar sujeta a error, dolo o violencia. Si esto ocurriera, los vicios no podrán oponerse a terceros de buena fe.

Objeto: en la letra de cambio solo es admisible como objeto una promesa de hacer pagar o de pagar una suma de dinero determinada. La entrega de mercaderías en este caso no sería admisible.

Causa: se trata de la relación fundamental que le da origen a la creación o transmisión de la letra, y por ello debe ser lícita.

Los requisitos extrínsecos pueden clasificarse en dispositivos o esenciales: aquellos cuya omisión implica la inexistencia de la letra, y naturales o no esenciales: la falta de alguno de ellos no provoca la inexistencia de la letra, ya que estas omisiones son suplidas por ley.

Los requisitos extrínsecos dispositivos que deben estar presentes en la letra de cambio para que esta revista la calidad de tal, son los siguientes:

1. La denominación “letra de cambio” o, en su defecto, la cláusula “a la orden”. Es necesario, al utilizar estas expresiones, dejar en claro el grado de obligaciones asumidas por el librador. Asimismo, se debe tener presente que el término “letra de cambio” debe no solo integrar el documento, sino que también debe estar escrita en el idioma que se utilizó para redactar el documento; de lo contrario no hay letra.
2. La promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero. La promesa de pago de una suma determinada de dinero expresada en cantidad y especie, inserta en el título, no debe estar subordinada al cumplimiento de ningún tipo de condición; de ser así, provoca la nulidad de la letra.
3. El nombre del que debe hacer el pago (girado). Atento que el girado después de aceptar la letra se convierte en el obligado principal al pago, es imprescindible, bajo pena de nulidad, que su nombre esté inserto en la letra.
4. El nombre del tomador o beneficiario. Este requisito es también esencial, atento a que la letra es un título a la orden y, por ese motivo, debe estar siempre extendida a una persona determinada. En el caso de que este requisito faltara, deberá ser completado antes de la presentación para la aceptación o para el pago.

5. Fecha de creación de la letra. La indicación de la fecha de creación es un requisito indispensable a los efectos de determinar la capacidad del librador al firmar la letra. Puede indicarse día, mes y año, y también designaciones inequívocas.
6. La firma del que crea la letra (librador). Firma que debe estar presente en el momento de la creación y debe ser de puño y letra del librador.
A continuación, se desarrollan los requisitos extrínsecos naturales, es decir, aquellos que al no estar presentes pueden ser suplidos por ley, a saber:
 7. Lugar de creación. El presente requisito es necesario a los efectos de establecer la jurisdicción y competencia de la letra en caso de conflictos de leyes internacionales, pero a falta de indicación de este, se considerará lugar de creación el lugar mencionado al lado del nombre del librador.
 8. Lugar de pago. Se trata de un requisito de mucha importancia, porque en él se indica no solo el lugar donde debe presentarse la letra para su cobro, sino además el lugar donde debe presentarse la letra para su aceptación, donde debe realizarse el protesto como también el lugar que determina la competencia en caso de ejecución judicial. En caso de omisión, se considerará lugar de pago el designado al lado del nombre del girado, caso contrario no existirá letra de cambio.
 9. El plazo del pago. La legislación vigente indica cuatro formas de vencimiento bajo pena de nulidad:
 - A la vista: en el momento en que la letra es presentada ante el girado, debe pagarse.
 - A un determinado tiempo vista: en el caso de que la letra indica un lapso a partir de la fecha de aceptación.
 - A un determinado tiempo a la fecha: la letra aquí vence cuando transcurre el plazo indicado en ella, desde su fecha de creación.
 - A un día fijo: cuando se indica en la letra el día, mes y año.

Se trata de un requisito natural, ya que puede ser subsanado en caso de omitirse el plazo en la letra; en este supuesto, se considerará pagable a la vista.

Sujetos intervinientes

En la letra intervienen necesariamente tres personas:

- 1 Librador: es quien crea la letra de cambio.
- 2 Tomador o beneficiario: es quien recibe y a favor de quien se libra la letra de cambio.
- 3 Girado: es quien luego de la aceptación se convierte en obligado principal –aceptante– y al que se le solicita el pago de la letra.
También pueden intervenir otros sujetos:
- 4 Endosante: la letra de cambio al ser un título de crédito puede ser endosada y transmitida a otra persona.
- 5 Endosatario: es la persona que recibe la letra luego de un endoso.
- 6 Avalista: es el sujeto que garantiza el pago de la letra. Puede actuar como garante, ya sea, del librador, del aceptante, del endosante o de otro avalista.

Cláusulas

La transmisión de la letra de cambio es a través del endoso, al ser un título de crédito indiscutido, aun en el caso de que no esté expresada la cláusula a la orden, se presume su existencia.

Sin embargo, el librador puede emitir una letra con la cláusula no a la orden, quitando al documento la posibilidad de ser transmitido por endoso, y debiendo cumplirse en este sentido con las normas –en cuanto a forma y efectos– de la cesión de créditos.

Circulación (endoso)

Como se ha dicho precedentemente, la letra de cambio es transmisible por vía de endoso; esto es, la declaración unilateral, formalmente accesoria de la letra y que se perfecciona con su entrega, y tiene por objeto legitimar al endosatario, transmitiéndole la propiedad del título y comprometiendo solidariamente al endosante en su carácter de garante a partir del momento de la aceptación y para el pago, junto con las demás personas que intervinieron en la firma.

El endoso puede ser nominativo, realizado a favor de una persona determinada, en blanco, aquí simplemente se firma la letra de cambio sin colocar el nombre del endosatario, y al portador, equiparado al endoso en blanco, en el que puede endosarse de cualquier forma.

Al ser la letra de cambio un título a la orden originario, aun cuando sea creada sin la leyenda “a la orden”, se considerará implícita por su carácter de tal. No obstante ello, el librador tiene la facultad de impedir las transmisiones vía endoso, colocándole la cláusula no a la orden, y en estos casos la letra podrá circular solo en la forma y con los efectos de una cesión de créditos.

En el endoso intervienen dos sujetos: el endosante y el endosatario. El primero es la persona, capaz y legitimada, que transmite el título mediante el endoso y el segundo es el sujeto, también capaz, que obtiene el título como consecuencia del endoso.

Asimismo, este es de carácter ilimitado, ya que no existe limitación al número de firmantes; debe ser irrevocable, incondicional e integral; formalizarse por escrito y ser firmado por el endosante; debe constar en la misma letra o en su prolongación. Además, la letra puede endosarse incluso hasta después del protesto por falta de pago, empero los efectos no son los mismos, según el momento en que se efectuó el endoso. Si el endoso se realizó antes del protesto, surtirá todos los efectos, en cambio, si se efectuó después, tendrá los efectos de una cesión de créditos.

Las funciones del endoso consisten en legitimar al endosatario, habilitándolo para ejercer todos los derechos inherentes al título; transferir la propiedad del documento y la titularidad de los derechos, salvo en el supuesto de endosos en procuración, donde no se transfiere la propiedad del documento, y transformar al endosante en garante de la aceptación y del pago de la letra, siendo responsable de forma solidaria junto a los demás firmantes frente al tenedor legitimado, todo ello si el endoso no es con cláusula sin garantía.

Es dable destacar que el endoso puede tener efectos restringidos por la inclusión de determinadas cláusulas. En la letra de cambio puede incluirse la cláusula de endoso sin garantía, el endosante que la inserta se libera de la responsabilidad de garantizar la aceptación y el pago del título; endoso en procuración, cuando el propietario de la letra la endosa a favor de un tercero

para que este ejerza los derechos que surgen de ella, asemejándose a la figura del mandato; endoso en garantía, o también denominado “en prenda” o “en caución”, con el fin de garantizar una deuda con el endosatario; y finalmente la cláusula de no endosable, la letra puede seguir circulando, pero beneficia solo al endosante que la insertó, no así a los posteriores.

Garantías cambiarias (aval)

El aval es considerado un acto jurídico unilateral de carácter cambiario, completo y abstracto mediante el cual se garantiza el pago de la letra.

Es de carácter cambiario, ya que solo garantiza obligaciones cambiarias, no así otro tipo de obligaciones.

En el aval intervienen dos sujetos, ambos con capacidad cambiaria, el avalista, es el que extiende la garantía, puede ser un tercero o cualquier firmante de la letra, y debe indicar por cuál de los firmantes otorga el aval, de lo contrario se considera otorgado a favor del librador, y el avalado, es el sujeto a favor de quien se ha extendido el aval.

Con referencia a la formalidad, el aval puede hacerse en la misma letra o en su prolongación, por escrito y ser firmado por el avalista, indicándose a favor de quién se otorga; ya sea en el anverso, donde solo basta con su firma, o en el reverso, donde aparte de la firma debe consignarse la expresión “por aval”, a efectos de no confundirla con un endoso.

La responsabilidad del avalista está relacionada a la persona por la cual haya otorgado el aval. Si avaló al aceptante, su obligación será directa; en cambio, si avaló al librador o a un endosante, la obligación será de regreso.

Por su parte, el avalista puede otorgar un aval total o parcial. Lo que no puede hacer es otorgar un aval por una suma mayor a la expresada en el título. También tiene el derecho de solicitar el reembolso contra su avalado de lo pagado y contra los que son obligados cambiarios de este, es decir, los firmantes anteriores.

Aceptación

El acto de aceptación es fundamental en la letra de cambio, porque la persona del librador promete que un tercero (el girado) pagará el importe establecido en la misma al portador o tenedor; pero para que el girado quede obligado cambiariamente debe aceptar pagar la letra a su vencimiento, y a partir de ese momento se convierte en aceptante y principal obligado cambiario.

Podemos decir entonces que la aceptación es el acto cambiario unilateral y abstracto por medio del cual el girado asume la obligación de pagarle al portador o tenedor legitimado de la letra, al momento de su vencimiento, la suma de dinero indicada en ella.

Pago

El pago implica la extinción de la obligación cambiaria, es decir, cumplir con la entrega de la suma de dinero indicada en la letra de cambio. Si el obligado paga, se extingue la obligación y el título; empero, si el pago lo efectúa algún endosante o el librador, se extingue la obligación solo respecto del que pagó y los obligados posteriores, pero el título no se extingue, ya que los obligados anteriores continúan sujetos a las obligaciones respecto de la persona que cumplió.

Los sujetos intervinientes en el pago son dos, el sujeto activo: portador legitimado (ya sea su representante o sus herederos), persona que posee el documento y puede exigir el pago en el lugar y dirección indicados en el título; y el sujeto pasivo: aquellas personas obligadas al pago (el aceptante, el girado y los obligados de regreso; es decir, todos los firmantes que hayan intervenido en caso de haberse ejercido una acción de regreso).

En el momento de la presentación al pago, el deudor no está obligado a entregar la suma de dinero si la letra no le es exhibida, siendo una carga para el portador de la misma su presentación.

Tanto la exigencia del pago como su cumplimiento no pueden exigirse de manera anticipada.

El aceptante tiene el derecho del pago parcial, teniendo que ser aceptado por el portador. En este supuesto levantará protesto por falta de pago por la suma restante, a fin de tener expedita la acción de regreso contra los obligados. Para los casos en que los acreedores no presentasen la letra al pago el día de su vencimiento, el deudor puede liberarse de esa obligación mediante depósito judicial del importe de la letra, a costa y riesgo del portador de la misma.

Protesto

El protesto es un acto jurídico auténtico y solemne realizado por escribano público mediante el cual se deja constancia en forma fehaciente de la falta de aceptación o pago de una letra de cambio.

Si el portador presenta la letra al girado (para su aceptación) y este no acepta, se procede a protestarla. Si en cambio es aceptada y no pagada a su vencimiento, se debe formalizar el protesto dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al día del vencimiento, a fin de preservar las acciones que la letra otorga contra los demás obligados cambiarios.

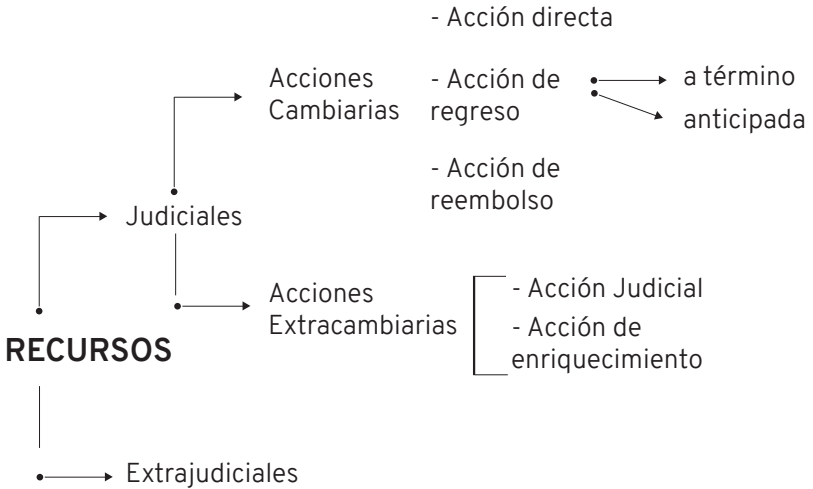
Las acciones cambiarias pueden ser directas, dirigidas contra el aceptante y los avalistas y no requieren protesto, o de regreso, contra los demás obligados. A su vez, las acciones cambiarias de regreso pueden ser anticipadas o a término.

Recursos y acciones

Los recursos son los medios que la ley otorga al portador para poder cobrar la letra de cambio en el supuesto de que el obligado no acepte o no pague la letra en tiempo y forma.

Estos medios otorgados por la ley implican el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales, distinguiéndose entre las primeras las acciones cambiarias o extracambiarias.

Gráfico 1: Recursos para demandar el cumplimiento de la promesa de pago consignada en el pagaré.



Cancelación

El portador, para ejercer los derechos y acciones inherentes a la letra, debe poseerla; por ello, en los casos de pérdida, sustracción o destrucción de la misma, podrá conservar sus derechos si recurre al procedimiento de cancelación. Por medio de este procedimiento, el portador, presentándose en sede judicial y obteniendo una declaración del juez competente, podrá ejercer sus derechos, aun sin tener en su poder la letra de cambio.

En el procedimiento de cancelación, el portador tiene la facultad de denunciar el hecho al girado y al librador, a fin de evitar que estos paguen la letra al sujeto que se presente con ella. Asimismo, el portador solicitará al juez competente la cancelación del título perdido, sustraído o destruido. Luego de esta petición, el juez dictará la resolución haciendo lugar a la cancelación de la letra. Esta resolución debe ser notificada inmediatamente al girado y al librador.

Prescripción

En materia cambiaria, al igual que en otras, la prescripción es un modo de extinción de la acción, que opera por la falta del ejercicio por parte de su titular en el plazo establecido por la ley al efecto.

Se extingue la acción por medio de la prescripción liberatoria, pero no se extingue la obligación, ya que esta subsiste como obligación natural.

La acción directa prescribe a los **tres (3) años desde la fecha de su vencimiento**.

La acción de regreso prescribe al año (1) desde la fecha del protesto, o a falta de este, desde el vencimiento de la letra.

La acción de reembolso prescribe a los seis (6) meses a contar desde que el endosante pagó de manera extrajudicial, o si lo hizo judicialmente, desde que se le notificó la demanda.

Finalmente, la acción de enriquecimiento prescribe al año (1) desde el día en que se perdió el derecho de ejercer la acción cambiaria.

La prescripción puede interrumpirse ya sea por el inicio de una demanda contra el deudor o por el reconocimiento de la deuda por parte del deudor.

Síntesis

Letra de cambio

Concepto:

“Es el título de crédito necesario, formal y autónomo, que contiene una promesa incondicionada y abstracta de hacer pagar a su vencimiento, una suma de dinero en un lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los intervinientes”.

Regulación legal:

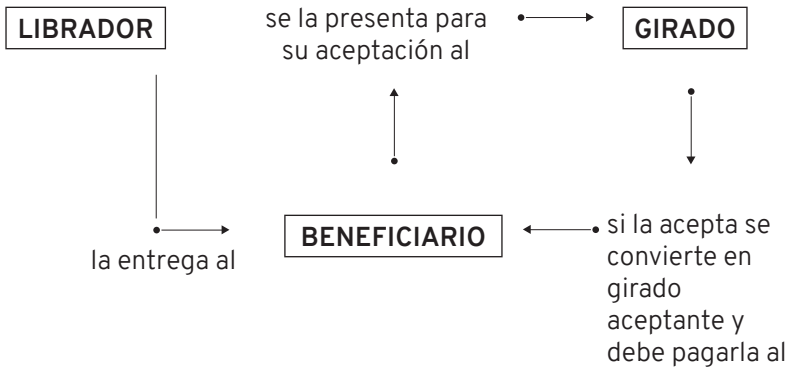
- Decreto Ley N° 5965/63;
- reúne las cinco características por ser un título cambiario.

Sujetos:

- librador;
- beneficiario;
- girado / girado aceptante;
- endosantes;
- avalistas.

Funcionamiento:

Gráfico 2: Funcionamiento de la letra de cambio.



Modelo:

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2015.

Sr. Juan Pérez:

Páguese por esta letra de cambio, al Sr. Roberto González, a los 30 días de la vista, la suma de \$ 120.000, en Figueroa Alcorta 2583, Ciudad de Buenos Aires.

VISTA Julián Peralta
1.12.2015

Graciela Fernández

Aceptación:

- presentación para aceptación;
- recursos ante la falta de aceptación;
- protesta por falta de aceptación.

Requisitos:

Artículo 1, Decreto Ley N° 5965/63

Ausencia de requisitos-Consecuencias

Formas de vencimiento:

- 1) a la vista
- 2) a cierto tiempo vista
- 3) a cierto tiempo de la fecha
- 4) a día fijo

Transmisión:

el endoso

Garantías de pago:

el aval

Sustracción / Extravío / Destrucción:

procedimiento de cancelación

4. PAGARÉ

Concepto. Normativa aplicable. Requisitos. Sujetos intervinientes. Modelo

Pagaré

Concepto

Gómez Leo define al pagaré como el título de crédito a la orden, abstracto, formal y completo que contiene una promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero a su portador legitimado, vinculando solidariamente a todos los firmantes del título.

Normativa aplicable

El Decreto-Ley N° 5965/1963 establece en su artículo 1 que la letra de cambio, los vales y el pagaré se regirán por sus disposiciones. De ahí que luego de trece capítulos referidos a la letra de cambio, la ley destina un título final al pagaré y una cláusula supletoria en el artículo 103, en la que estipula que “son aplicables al vale o pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones de la letra de cambio”.

La regulación conjunta se debe a las grandes semejanzas que existen entre el pagaré y la letra de cambio: ambos son títulos de crédito y cambiarios y representan promesas de pago transmisibles por endoso. Debido a esta

similitud, la ley establece que se aplicarán al pagaré las mismas normas que rigen la letra de cambio, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza.

Requisitos

El pagaré, para ser válido como tal, debe reunir ciertos requisitos que pueden dividirse en:

- Sustanciales: son aquellos estipulados en el artículo 101 del Decreto-Ley N° 5965/63, y si alguno de ellos falta, el instrumento no será válido como pagaré. Estos requisitos son:
 1. La cláusula a la orden o la denominación del título (es decir, “pagaré” o “pagaré a la vista”) inserta en el texto del mismo y expresada en el idioma empleado para su redacción. No obstante, las denominaciones “vale” o “pagaré” hacen innecesaria la inserción de la cláusula a la orden: basta con el nombre del tomador o beneficiario.
 2. La promesa pura y simple de pagar una suma determinada de dinero.
 3. El plazo de pago.
 4. La indicación del lugar del pago.
 5. El nombre de aquel al cual o a cuya orden debe efectuarse el pago.
 6. Indicación del lugar y de la fecha en que el vale o el pagaré han sido firmados.
 7. La firma del que ha creado el título (suscriptor), con aclaración del nombre completo y número de documento, siendo requisito indispensable para el caso de querer endosar los documentos contar con el domicilio del suscriptor.
- No sustanciales: son aquellos de los que el instrumento puede prescindir, ya que para suplir su falta se utilizarán pautas interpretativas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto-Ley N° 5965/63.
 1. El vale o pagaré en el cual no se ha indicado el plazo para el pago se considera pagable a la vista.
 2. A falta de indicación especial, el lugar de creación del título se considera lugar de pago y, también, domicilio del suscriptor.

Sujetos intervinientes

En principio, solo intervienen dos personas en el pagaré: el librador o suscriptor y el tomador. No obstante, pueden incorporarse otros sujetos a esta relación jurídica. A saber:

- *Suscriptor*: es la persona que crea, libra o gira el pagaré obligándose a pagar al beneficiario una suma determinada de dinero. Como primer firmante del pagaré, da origen a este título cambiario. Puede ser una persona física o jurídica.
- *Tomador / beneficiario*: es quien recibe el título cambiario librado a su nombre y orden. Puede ser una persona física o jurídica. Es el portador legitimado primigenio y, por tanto, puede ejercer todos los derechos resultantes del pagaré. Siendo el pagaré un título de crédito destinado naturalmente a circular, si está concebido en favor de una persona determinada, aun cuando no incluya la cláusula a la orden, debe circular regularmente mediante endosos.
- *Endosante*: si el tomador resuelve negociar el pagaré que ha sido librado a su favor –utilizarlo, por ejemplo, para abonar una deuda propia a un tercero–, concretará el acto cambiario de transmisión mediante el endoso, es decir, insertando su firma al dorso del título con la leyenda “Endosado a favor de...”, para transmitirlo en favor de otra persona. El tomador se convertirá en endosante y quien reciba el pagaré con el endoso a su favor será el endosatario y nuevo portador legitimado, quien a su vez tendrá la posibilidad de volver a endosarlo y transmitir el título en favor de otra persona, acto que se podrá repetir un sinnúmero de veces. Como consecuencia, naturalmente, cada uno de los endosantes se transforma en garante del pago del título.
- *Avalista*: un tercero puede garantizar el pago del instrumento mediante un acto genuinamente cambiario: el aval. En tal caso, al nuevo firmante se lo designa avalista y queda obligado en los mismos términos que el sujeto en favor de quien dio el aval, al cual se lo designa como avalado. El avalista se convierte en deudor solidario junto con el avalado y su obligación será siempre válida, siempre que la obligación que se ha garantizado no posea vicios formales.

Modelo

PAGARÉ A LA VISTA

En la Ciudad de _____, a los ___ días del mes de _____ de 201___. El día ___ del mes de _____ de 201__, LA VISTA pagaré sin protesto (Artículo, 50 Decreto-Ley N° 5965/63) a _____ o a su orden, la cantidad de PESOS _____ (\$____.-) por igual valor recibido en efectivo a mi entera satisfacción. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto-Ley 5965/63, se amplía el plazo de presentación a cinco (5) años a contar desde la fecha de libramiento del presente.

Pagadero en: _____

Firma, Aclaración, DNI: _____

- *Acerca del plazo de pago:* el Pagaré a la vista es pagable a su presentación. Debe presentarse para el pago dentro del plazo de un (1) año desde su fecha de libramiento, pudiendo el librador disminuir o ampliar este plazo –como en el modelo, donde se amplía el plazo de presentación a cinco (5) años–. Asimismo, el librador puede disponer que un pagaré a la vista no se presente para el pago antes de un término fijado. En tal caso, el plazo para la presentación correrá desde este término.
- *Acerca de la cláusula sin protesto:* tiene entre otras finalidades la de facilitar la actuación del portador en su legítima aspiración al cobro. El protesto implica que, previo al cobro, debe realizarse una serie de diligencias. No obstante, actualmente la regla es el no protesto y, de cualquier modo, según lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto-Ley, dicha cláusula no exime al portador del pagaré de la obligación de presentarlo al cobro para constituir en mora al deudor. La presentación al pago es una carga cambiaria sustancial que el portador legitimado debe cumplir con el fin de que el deudor se entere a quién debe pagar (conf. “Banco de Coronel Pringles contra Criado, Guillermo y otros s/ Cobro ejecutivo”).

Debemos remarcar que el pagaré es independiente del acto de comercio que le da origen y basta su sola presentación para exigir su pago. Es decir, que la declaración o promesa cambiaria en el pagaré es abstracta en cuanto la misma es obligatoria para el deudor, independientemente de que se realice o no el negocio o relación fundamental que ha dado lugar a la declaración; o sea, que es independiente de la suerte de él.

Además, el pagaré es rígidamente formal. Citando a Yadarola, en este papel de comercio la forma reemplaza a la sustancia misma del negocio a tal punto que el derecho que de este emerge se identifica con la forma y vive a merced de ella. La forma escrita resulta el único modo compatible con la naturaleza abstracta del acto.

5. CHEQUE (LEY N° 24452)

El cheque común. Elementos. Los formularios. Formas de libramiento. Veda de estipulación de intereses y autonomía de las firmas. Formas de transmisión. Autonomía cambiaria. Presentación y pago. Verificación de la regularidad de endosos y responsabilidad del girado. El rechazo. Acciones. Solidaridad cambiaria. Modalidades. El aval. Cheque de pago diferido. Registro. Prescripción. Consecuencias del rechazo. Aplicación supletoria del Decreto-Ley N° 5965/63. Facultades del Banco Central. Protección penal

Cheque

El cheque común

El cheque común es una orden de pago pura y simple dada por un cliente sobre un banco, en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto. Esa orden de pago, extendida sobre formularios que provee esa institución, que es una declaración de voluntad unilateral, tiene todos los caracteres de un título de crédito: es un documento que lleva incorporado un derecho de crédito en una promesa formulada por el librador de pagar determinada suma de dinero, y tiene los caracteres de necesidad, literalidad, autonomía formalidad y legalidad.

Gómez Leo define al cheque como

el título de crédito, abstracto, formal y completo que contiene una orden de pago, librada contra un banco, respecto de la cual se tiene provisión y disponibilidad de fondos, para que se pague a la vista (en los cheques comunes) o a cierto tiempo vista (en los cheques de pago diferido) al portador legitimado del título, una suma determinada de dinero, que en caso de ser rechazado, otorga acción cambiaria y ejecutiva contra todos los firmantes y sus respectivos avalistas, si los hubiera.

Se generan tres tipos de relaciones:

- a) Una relación contractual de carácter interno, que se integra en el acuerdo entre el cliente y el banco respecto de la operatoria en cuenta corriente, por la cual el banco habilita al primero una cuenta sobre la cual emitir órdenes de pago, previa acreditación de los pertinentes fondos o, en su caso, autorización para girar en descubierto. El cheque es uno de los medios para operar en la cuenta y conforma un servicio que consiste en pagar a la vista los instrumentos librados por el cliente. Esta relación tiene naturaleza jurídica contractual, es decir, extracambiaria.
- b) La otra relación, de carácter abstracto, es de orden externo, y vincula al librador con el beneficiario del cheque o con su portador legitimado. Representa el derecho externo del cheque, esto es, el cheque como título de crédito. Por tanto, las relaciones jurídicas en este caso son de naturaleza cambiaria; ello, sin perjuicio de las relaciones jurídicas que sirven de causa o relación fundamental del libramiento o la transmisión del cheque.
- c) Desde una tercera perspectiva, aparecen las relaciones y eventuales responsabilidades que se pueden originar entre el tenedor presentante del cheque y el banco girado. Entre ellos no media ninguna relación preestablecida, y las que se puedan establecer serán de naturaleza extracambiaria y extracontractual.

El artículo 1 de la Ley N° 24452 dispone que los cheques son de dos clases:

a) comunes y b) de pago diferido. El cheque común es un título cambiario librado a la vista mediante el cual una persona (librador) que tiene fondos depositados en un banco (girado) o autorización para girar en descubierto da orden incondicional de pagar al tenedor del documento (beneficiario) o a su endosatario o tenedor, una cantidad determinada de dinero.

Por otro lado, el cheque de pago diferido es una orden de pago contra una entidad autorizada librada a días vista a contar desde su presentación en la misma u otra entidad, debiendo el librador contar, para el momento de su vencimiento, con fondos suficientes depositados en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto. No hay que confundirlo con el cheque posdatado, que existió siempre y que se emplea a diario en el tráfico mercantil.

La actual regulación del cheque de pago diferido pretendió acabar con esa práctica de posdatar el documento, aunque no lo logró.

Elementos

El artículo 2 menciona como elementos del cheque los siguientes:

1. El término “cheque”: es requisito indispensable y esencial y hace a su estructura de literalidad. La omisión de esa mención hace nulo al instrumento como cheque. No se requiere un idioma determinado, pero debe ser uniforme.
2. El número de orden: para permitir un adecuado orden, control e individualización de las libranzas, tanto por parte del librador, como por parte del girado.
3. La indicación de lugar y fecha de creación: la fecha es esencial en tanto ello facilitará no solo la determinación de la capacidad del librador al momento de la libranza, sino que también permite determinar el inicio del período dentro del cual podrá válidamente cobrarse o depositarse el título. Ahora bien, la omisión de la fecha no lo hace nulo, pues el artículo 8 da validez a la libranza incompleta, en similar línea a la determinada por el artículo 11 del Decreto-Ley N° 5965/63. No existe óbice para que el librador modifique la fecha originariamente puesta en el cheque –y, por ende, la ampliación del término original para la presentación al girado– mediante la inserción en el dorso de una nueva fecha, debidamente salvada con la firma.

En cuanto al lugar de creación, generalmente el mismo figura impreso en el formulario de cheque, pero de no constar así indicado, su omisión no perjudica el cheque y se presumirá como lugar de emisión el domicilio del librador –según la reglamentación se exige en todas las fórmulas de cheques que contengan impreso el domicilio del titular de la cuenta corriente–.

4. El nombre de la entidad girada y el domicilio de pago: esta indicación debe figurar en el formulario.
5. Orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero, expre-

sada en letras y números, especificando la clase de moneda: debe ser una orden incondicional, carente de ningún condicionamiento futuro o incierto o de aceptación alguna del girado o terceros.

6. La firma del librador: condición esencial para la existencia del cheque como tal. No puede ser reemplazada por la impresión digital, debiendo realizarse en forma manuscrita y autógrafa, lo que no implica que sea legible. Tampoco es necesario que todo el instrumento deba ser redactado por la misma grafía o misma mano, ni ello permite presuponer que el instrumento haya sido entregado en blanco, circunstancia que, por lo demás, se encuentra reconocida y validada (art. 8). La firma inserta en el cheque delimita al obligado cambiario.

Se incorpora la alternativa de utilizar –en reemplazo de la firma– sistemas electrónicos o de reproducción de firma para facilitar la tarea a las grandes empresas, que suelen emitir innumerables cheques, con un régimen de autorización previa por el BCRA. Para evitar el rechazo de cheques por cuestiones formales –hechos de mala fe– se introduce la aplicación de una multa a cargo del librador. Esta no es la única sanción, ya que la Circular Operaciones Pasivas OPASI-2 dispone que se debe proceder al cierre de una cuenta corriente cuando se produzcan en ella ocho (8) rechazos de cheques por motivos formales en el término de un año contado desde la fecha del primero de dichos rechazos.

El artículo 3 dispone que el domicilio del girado contra el cual se libra el cheque determina la ley aplicable. Y agrega que el domicilio que el librador tenga registrado ante el girado podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos derivados del cheque. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha mantenido el criterio de que el lugar de pago del cheque es el domicilio del banco girado, el cual determina la competencia territorial del órgano jurisdiccional. Subsidiariamente, a opción del tenedor, puede optarse por la competencia derivada del domicilio que el titular de la cuenta tiene consignada en el banco. Cabe agregar además que, si el librador demandado es requerido en otro domicilio distinto de los dos anteriores, pero ese domicilio es su domicilio real, igualmente carecerá de interés jurídicamente tutelable para ser perseguido en otro sitio, pues nadie puede sentirse agraviado por el hecho de ser demandado ante los jueces de su domicilio.

Los formularios

El artículo 4 dispone que el cheque debe ser extendido en fórmula proporcionada por el girado. En la fórmula deberán constar impresos el número del cheque y el de la cuenta corriente, el domicilio de pago, el nombre del titular y el domicilio que este tuviera registrado ante el girado, identificación tributaria o laboral o de indentidad, según lo reglamente el BCRA, y en concordancia con lo previsto en el artículo 1397 del CCCN al regular el servicio de cheques en el marco de los “Contratos bancarios” (Capítulo 12 del CCCN).

Por su parte, el artículo 5 prevé que en caso de extravío o sustracción de fórmulas de cheques sin utilizar, de cheques creados pero no emitidos o de la fórmula especial para solicitar aquellas, el titular de la cuenta corriente deberá avisar inmediatamente al girado. En igual forma, deberá proceder cuando tuviese conocimiento de que un cheque ya emitido hubiera sido alterado. El aviso también puede darlo el tenedor desposeído. El aviso cursado por escrito impide el pago del cheque, bajo responsabilidad del titular de la cuenta corriente o del tenedor desposeído. El girado deberá informar al BCRA de los avisos cursados por el librador en los términos que fija la reglamentación. Excedido el límite que ella establezca, se procederá al cierre de la cuenta corriente.

Esta norma persigue el objetivo de proporcionar un medio rápido y práctico tendiente a impedir preventivamente el pago de un cheque, aunque esta orden de no pagar no incide sobre la validez del instrumento. Se impone dar aviso por escrito, habilitándose a tal efecto también al beneficiario o tenedor desposeído del cheque. El aviso impide el pago del instrumento, pero a fin de evitar que libradores desaprensivos abusen de este remedio, la norma impone la comunicación al BCRA de las órdenes de no pagar recibidas, y en caso de que los avisos excedieran el número previsto en la reglamentación, se procederá al cierre de la cuenta corriente.

Esto se complementa con el artículo 63, que establece que cuando medie oposición de pago del cheque por causa que haya originado una causa penal, la entidad girada deberá retener el cheque y remitirlo al juzgado interviniente en la causa. No obstante, deberá entregar al depositante una certificación que le habilite el ejercicio de las acciones civiles que pudieran corresponderle.

El procedimiento para la denuncia de extravío o sustracción está establecido por la OPASI-2. En cuanto al cierre de la cuenta corriente, establece que la presentación de dos denuncias de extravío, sustracción o adulteración de cheques conduce a su cierre, si ambas denuncias tienen lugar en el término de un año contado a partir de la fecha de la primera de ellas.

Formas de libramiento

El artículo 6 dispone que el cheque puede ser extendido:

1. A favor de una persona determinada: nada impide que la libranza se efectúe a favor de una o varias personas y, en este caso, que ello lo sea en forma conjunta –todos los beneficiarios deberán endosar o depositar el título– o indistinta –cualquiera de los beneficiarios podrá endosar el título o depositarlo–. La persona determinada puede ser también el propio librador, como bien lo autoriza el artículo 7.
2. A favor de una persona determinada con cláusula no a la orden: se efectúa por razones de seguridad y para eliminar el peligro de pérdida o robo. Sus resultados son los de excluir –por voluntad del librador que así lo hace– las formas y los efectos del endoso. Por ende, tal como lo establece el artículo 12 tercer párrafo, cuando el cheque llevase la indicación “no a la orden” solo podrá transmitirse con la forma y los efectos de la cesión ordinaria.
3. Al portador: El cheque librado con la indicación “al portador” es el destinado al cobro del título en ventanilla. Es un instrumento ágil y de más fácil circulación, ya que no requiere de endoso, bastando la simple tradición manual. La omisión del nombre del beneficiario hará que el cheque valga como cheque al portador. La sola posesión del documento es suficiente para legitimar activamente al ejecutante.

El artículo 8 dispone que si un cheque incompleto al tiempo de su creación hubiese sido completado en forma contraria a los acuerdos que lo determinaron, la inobservancia de tales acuerdos no puede oponerse al portador, a menos que éste lo hubiese adquirido de mala fe o que al adquirirlo hubiese incurrido en culpa grave.

Esta norma sobre la validez del cheque incompleto es concordante con el artículo 11 del Decreto-Ley N° 5965/63. Se reconoce entonces la licitud del cheque incompleto, ajustándose a lo que es el uso y la costumbre del tráfico mercantil, completándose la norma con la disposición que establece que cuando el cheque fuere completado en forma contraria a los acuerdos que lo determinaron, no puede ser opuesto al portador, salvo mala fe. Ello se ajusta a las características de autonomía y abstracción propias de estos títulos, impidiéndose el debate de cuestiones ajenas al cartular, como también no suspendiéndose el pronunciamiento de sentencia en el proceso ejecutivo aun cuando existiera una causa penal pendiente de resolución, pues no existe verdaderamente cuestión prejudicial.

El llenado del cheque emitido incompleto puede ser integrado por el tomador o por cualquier titular posterior, pero debiéndose cumplir dicha integración antes de su depósito, puesto que de lo contrario –al omitirse alguno de los elementos esenciales– podrá considerarse que el título no es cheque. El único requisito necesario al momento de la creación del cheque –exceptuados aquellos preimpresos en la fórmula– es la firma del librador. El resto de los requisitos, esto es, la fecha y la suma de dinero en letras y números, solo son necesarios al tiempo de su presentación.

Veda de estipulación de intereses y autonomía de las firmas

De conformidad con el artículo 9 toda estipulación de intereses inserta en el cheque se tendrá por no escrita. Ello responde a la naturaleza propia del cheque, que es un instrumento de pago y no de crédito.

Por otro lado, el artículo 10 prevé que, si el cheque llevara firmas de personas incapaces de obligarse por cheque, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no podrían obligar a las personas que lo firmaron o a cuyo nombre el cheque fue librado, las obligaciones de los otros firmantes no serían, por ello, menos válidas. Agrega la norma que el que pudiese su firma en un cheque como representante de una persona de la cual no tiene poder para ese acto, queda obligado él mismo cambiariamente como si

hubiese firmado a su propio nombre; y si hubiese pagado, tiene los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. La misma solución se aplicará cuando el representado hubiese excedido sus facultades.

La norma reproduce, en cuanto al cheque, lo dispuesto para la letra de cambio en el artículo 8 del Decreto-Ley N° 5965/63. En primer lugar, se establece que los vicios que padece la obligación asumida por alguno de los sujetos que intervienen en la relación cartular no se propagan a las obligaciones correspondientes a los otros sujetos de la misma. Se conoce como *falsus procurator* a aquel que invocando un poder del librador, no tiene mandato, por lo que se considera que queda obligado cambiariamente en forma personal. Frente a la norma del derecho civil, por la cual lo actuado en tal sentido es nulo, la solución del derecho cambiario es distinta en virtud del principio de seguridad del tráfico mercantil y en defensa de la confianza que debe inspirar el tráfico. La norma consagra el principio de autonomía de las firmas, con sustento en la autonomía de las relaciones cambiarias, principio del que se deriva que la falsedad de una firma, y aun del mismo cheque, no empece a las obligaciones asumidas por los demás obligados cambiarios en razón de su calidad de firmantes del título.

El artículo 11 dispone que el librador es garante del pago y que toda cláusula por la cual se exonere de esta garantía se tendrá por no escrita. Esta norma resalta al librador del cheque como el obligado principal al pago del documento. Y, contrariamente a lo que sucede con el endosante (ver endoso sin garantía, art. 16), el librador no puede en modo alguno eludir su obligación de garantía del pago del cheque. Cualquier agregado que al respecto formule, no afecta la validez del cheque, sino que simplemente se tiene por no escrita.

Formas de transmisión

Conforme el artículo 12, el cheque extendido a favor de una persona determinada es transmisible por endoso; el cheque extendido a favor de una persona determinada con la cláusula no a la orden no es transmisible sino bajo la forma y con los efectos de la cesión de créditos, y finalmente, el cheque al portador es transmisible mediante la simple entrega.

La ley establece tres formas bien diferenciadas de transmisión de cheques: 1) la entrega simple para los cheques al portador; 2) el endoso en sus diversas formas y 3) la cesión de derechos requerida para transmitir el cheque no a la orden.

Solo las dos primeras son las típicamente cambiarias y constituyen la denominada “ley de circulación del título”, mientras que la última es la aplicación del derecho común a este tipo de títulos. La cesión de créditos, por oposición al endoso, es un contrato formal, necesariamente redactado por escrito, en el que se debe notificar al deudor cedido. No otorga al cesionario un derecho autónomo como lo hace el endoso, y libera al cedente frente al cesionario, mientras que el endoso incorpora un nuevo obligado (el endosante) en beneficio de la mayor seguridad en el tráfico mercantil.

Se regula también el endoso en retorno, esto es, la posibilidad de endosar el cheque en favor del propio librador o de cualquier otro obligado previo del mismo título, los que a su turno, pueden nuevamente endosar el cheque.

El endoso es una cláusula accesoria inserta en el cheque, inseparable de este, por el cual el legitimado tenedor del documento designa a otro acreedor en su lugar. Es una simple declaración –a veces solo la firma– puesta sobre el dorso de la cambial, que tiene por efecto transferir la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes.

Al igual que lo dispuesto para la letra de cambio (art. 13, Decreto-Ley N° 5965/63), la normativa de cheque (art. 13) exige que el endoso debe ser incondicional, o sea, puro y simple, no sujeto a condición alguna. Esa imposición tiene como norte la seguridad jurídica que tanto importa en la circulación cambiaria, evitando que un endoso condicional arroje incertidumbre sobre el título, afectando la confianza circulatoria.

Existen tres especies de endosos:

- a) El endoso regular o completo: también llamado perfecto, es aquel que lleva el nombre del endosatario, suscribiendo tal designación el endosante.
- b) El endoso irregular o impropio: no transmite la propiedad del cheque, sino que solo autoriza al endosatario a exigir el pago del cartular, pero no puede a su vez endosarlo para continuar la circulación (v. gr., endoso al cobro o en procuración).

- c) El endoso puede no ser a la orden de persona determinada, sino simplemente al portador o en favor de persona indeterminada, en cuyo caso valdrá como si fuera un endoso en blanco (art. 14).

Al igual que el artículo 12 del Decreto-Ley N° 5965/63 para la letra de cambio, la normativa del cheque no permite el endoso parcial, puesto que la naturaleza del mismo exige que sea total, completo o integral, respetándose así los caracteres de completividad y literalidad.

El girado es deudor del librador (por tener fondos en la cuenta o por contar con autorización para girar en descubierto) y está obligado a pagar el cheque a quien resulte legítimo tenedor del mismo. Pero si el cheque es endosado al banco (cheque común) o al girado (cheque de pago diferido), entonces solo valdrá como recibo, salvo que el girado tenga varios establecimientos. Cuando tiene lugar el endoso al girado se produce el fenecimiento de la relación cambiaria por pago o por confusión en el girado de la calidad de acreedor y deudor al mismo tiempo. Por esa razón, una vez ocurrido el endoso al girado, concluye la relación cambiaria y, por ende, el girado no puede volver a endosar el cheque.

En cuanto a la forma del endoso, el artículo 14 prescribe que el endoso debe escribirse al dorso del cheque o sobre una hoja unida al mismo. Debe ser firmado por el endosante y deberá contener las especificaciones que establezca el BCRA. Agrega la norma que el endoso puede no designar al beneficiario. Finalmente dispone que el endoso que no contenga las especificaciones que establezca la reglamentación no perjudica el título.

Contrariamente al tratamiento que hace la normativa para la letra de cambio y para el pagaré (art. 14, Decreto-Ley N° 5965/63), se exige que el endoso se coloque al dorso del instrumento o bien en una hoja ligada al mismo, siendo inválido el endoso en la faz del cheque. Cumpliendo con la exigencia etimológica del término (del latín *in dorsum*: a la espalda), la imposición de que el endoso esté inserto en el revés del cheque se condice con la inveterada práctica mercantil en la materia.

Como todo acto jurídico, el endoso puede ser otorgado mediante representante. En tal caso, la relación debe surgir de su texto, puesto que en tanto título de crédito formal y completo se debe bastar a sí mismo. Ello se concreta mediante la inserción de la firma auténtica del representante, acompañada de

la cláusula por poder, por mandato o cualquiera otra equivalente que denote que el firmante actúa en nombre y por cuenta de su representado.

El endoso tiene tres funciones: transmite los derechos del cheque, habilita al endosante como tenedor legítimo y convierte al endosante en coobligado al pago del título. Como efecto principal, el endoso produce la transferencia de la propiedad del cheque, cumpliendo con la ley de circulación del título y legitimando activamente al endosatario.

El endoso en blanco: es aquel que consiste exclusivamente en la sola firma del endosante, sin indicación alguna del beneficiario. El endoso en blanco hace que el cheque a la orden circule como si fuera un título al portador, quedando el endosatario en blanco facultado para completar el título a su nombre; o bien, sin llenar el blanco con su nombre, transmitir el cheque a un tercero sin necesidad de endosarlo. La existencia de un endoso en blanco hace que el portador legítimo que no aparece en la respectiva cadena de endosos esté plenamente legitimado para accionar ejecutivamente con el mismo.

Solidaridad de los endosantes: el artículo 16 prevé que el endosante es, salvo cláusula en contrario, garante del pago. Agrega que puede prohibir un nuevo endoso, y en este caso no será responsable hacia las personas a quienes el cheque fuere ulteriormente endosado.

De este modo, el portador tiene derecho a direccionar su demanda contra todos los firmantes (librador o endosantes que lo preceden en la cadena de endosos), en forma individual o colectiva, careciendo los requeridos del beneficio de excusión o división. Esta disposición, que sienta el principio de que el endoso tiene por efecto incorporar nuevos obligados además del librador, es análoga a lo que disponen los artículos 16 y 51 del Decreto-Ley N° 5965/63. El endosante garantiza el pago del cheque asumiendo una obligación autónoma e independiente, y responde solidariamente junto a los restantes, endosantes y librador, frente al portador legítimo, no estando este último sujeto a observar el orden en que se obligaron, pudiendo accionar contra todos los firmantes, individual o colectivamente.

Sin embargo, tal carácter del endoso lo es “salvo cláusula en contrario” y, por ende, podría el tenedor endosar el cheque insertando la cláusula sin garantía o sin responsabilidad.

Conforme el artículo 17, el tenedor de un cheque endosable será considerado como portador legítimo si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, aun cuando el último fuera en blanco. Los endosos tachados se tendrán, a este respecto, como no escritos. Si un endoso en blanco fuese seguido de otro endoso, se considerará que el firmante de este último adquirió el cheque por el endoso en blanco. De no figurar la fecha, se presume que la posición de los endosos indica el orden en el que han sido hechos.

La legitimación cambiaria en el cheque se consagra por el poder de hecho sobre el documento, por tener el sujeto el cartular conforme a las reglas de la ley de circulación del mismo y por la buena fe, la cual se presume.

Por su lado, el artículo 18 dispone que el endoso que figura en un cheque al portador hace al endosante responsable en los términos de las disposiciones que rigen el recurso, pero no cambia el régimen de circulación del título. De esa forma, la transmisibilidad por la sola tradición que caracteriza al cheque al portador no desaparece por el hecho de que se haya endosado, ya que un endoso que figura en un cheque al portador no convierte al título en un cheque a la orden, y continúa siendo transmisible por simple entrega.

El artículo 19 dispone que cuando una persona hubiese sido desposeída de un cheque por cualquier evento, el portador a cuyas manos hubiera llegado el cheque, sea que se trate de un cheque al portador, sea que se trate de uno endosable respecto del cual el portador justifique su derechos en la forma indicada en el artículo 17, no estará obligado a desprenderse de él sino cuando lo hubiese adquirido de mala fe o si al adquirirlo hubiera incurrido en culpa grave.

La culpa grave de la ley está referida al incumplimiento significativo y enérgico en que cae el sujeto respecto de obligaciones legalmente impuestas por el ordenamiento cambiario o bien aquellas pautas convencionalmente acordadas con otras sujetos partícipes de la ley de circulación del título. En el cheque la culpa grave emana del descuido, por parte del tomador del título, de aquellas precauciones que toda persona con cierta experiencia en la actividad mercantil (el buen hombre de negocios) debe adoptar cuando recibe valores. En cada caso, la determinación de la existencia o no de la culpa grave en el tomador del cheque, que no se presume, se tratará de una cuestión de hecho.

Corresponderá a quien alega la desposesión o pérdida del cheque acreditar la culpa grave o mala fe de dicho tenedor.

Autonomía cambiaria

Conforme al artículo 20, las personas demandadas en virtud de un cheque no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los portadores anteriores, a menos que el portador, al adquirir el cheque, hubiese obrado a sabiendas en detrimento del deudor. Como consecuencia de su transmisión por endoso, el último endosatario, una vez que deviene portador material del título, cuenta con un derecho autónomo para hacer valer frente al librador y frente a los anteriores endosantes. Por este rasgo de autonomía, no le pueden ser opuestas al portador de buena fe las excepciones que se funden en los negocios jurídicos sustanciales y subyacentes habidos entre el librador y los anteriores obligados cambiarios. Aquí sobresale la diferencia capital entre el endoso y la cesión de derechos como medio de transmisión del cheque. Al endosatario no le pueden ser opuestas las excepciones fundadas en las relaciones personales del deudor con otros sujetos (librador u otros endosantes), mientras que al cesionario, además de las excepciones que el deudor tenga contra él personalmente, le pueden ser opuestas las mismas excepciones y defensas que el deudor hubiera podido hacer valer contra el cedente.

Por aplicación de los principios de abstracción, autonomía y completividad que imperan en el derecho cambiario, quien recibe un cheque en condiciones legítimas de transmisión lo hará en forma independiente de las relaciones jurídicas sustanciales que fueren la causa del libramiento y de la sucesiva circulación de ese cheque. Pero la efectividad de estos principios no rige entre los obligados directos, ni tampoco premia el obrar doloso de un sujeto.

La norma del artículo 20, al igual que su símil para la letra de cambio (art. 18, Decreto-Ley N° 5965/63), establece la llamada *exceptio doli*, esto es, la posibilidad de oponer al portador las excepciones causadas en relaciones personales con el portador y/o los anteriores tenedores del cheque, cuando el portador del título, al adquirirlo, hubiere procedido a sabiendas en perjuicio

del deudor, aunque no requiere la acreditación de un acuerdo fraudulento. La inoponibilidad de excepciones frente al tercero portador legítimo y de buena fe cae cuando al adquirirse el título, el *accipiens* conocía o tenía noticias de las defensas que el deudor cambiario poseía contra el *tradens*, conociendo además que la transmisión del título tendía a perjudicar al deudor privándolo de las defensas y excepciones en cuestión. Hay que destacar que mayoritariamente la jurisprudencia ha cerrado la vía procesal a la *exceptio doli* dentro del proceso ejecutivo, argumentando que constituiría una cuestión ajena a este tipo de procedimiento por hacer a la causa de la obligación insusceptible de indagación (artículo 544-4 CPCCN), lo cual no se comparte, puesto que la norma de fondo contenida en el artículo 19 debe primar por sobre cualquier norma procedimental (art. 31, Constitución Nacional, Argentina) y sin derivar su estudio al excepcional “juicio ordinario posterior”.

Presentación y pago

El artículo 23 dispone que el cheque común es siempre pagadero a la vista y que toda mención contraria se tendrá por no escrita. Agrega que el cheque común presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación es pagadero el día de la presentación. Dispone finalmente que el cheque común librado con fecha posdatada es inoponible al concurso, quiebra o sucesión del librador; y que en caso de incapacidad sobreviniente del librador es inválido. El cheque común es un instrumento de pago, y como tal, es pagadero a la vista, a su presentación al girado. El cheque es un medio de disponer de fondos existentes en el momento de su emisión. La obligación del girado de pagar el cheque es resultado del servicio de caja que integra el contrato de cuenta corriente bancaria celebrado con el cliente (art. 1397, CCCN).

En la práctica se observa que se libran cheques, que “desnaturalizan” la esencia del título, en la medida en que siendo el cheque común una orden de pago a la vista, su posdatación lo equipararía a una promesa de pago, similar a la letra de cambio y al pagaré. Ello no es óbice para que la generalizada práctica mercantil recurra al cheque posdatado. Los comerciantes entregan y reciben cheques con la mención de una fecha futura, e implícitamente convienen –to-

dos los que participan de la cadena de circulación– la presentación del cheque en aquella fecha consignada en el documento. Ese convenio depende de la buena voluntad del tenedor del título, pues en cualquier fecha –anterior a la consignada– puede presentarse el cheque al girado y este debe abonarlo. No obstante, en la práctica se respeta el pacto. Esa práctica de librar cheques postdatados para postergar la fecha de pago (función de crédito), o para constituir garantía eficaz de pago de una obligación (so pena de los efectos penales del no pago), es tan antigua como el cheque mismo.

La última parte del artículo 23, en cuanto dispone que el cheque común librado con fecha posdatada es inoponible al concurso, quiebra o sucesión del librador, es contraria al uso mercantil generalizado del cheque posdatado y atenta contra la seguridad del tráfico negocial y la protección de los terceros de buena fe. En aras de fomentar los discutibles beneficios del cheque de pago diferido, se prevén consecuencias graves para el caso de que el librador de un cheque común con fecha posdatada caiga en concurso o quiebra. Contra las previsiones de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y de los institutos del derecho civil, se prevé que el libramiento de un cheque común con fecha posdatada es inoponible, de pleno derecho, a la quiebra o concurso del librador, a la par que se establece que un cheque común librado en esas condiciones es también inoponible a la sucesión del librador y será inválido en caso de sobrevenir incapaz el mismo.

La sanción implica una ampliación del sistema de la inoponibilidad o ineficacia previsto por la Ley N° 24522 (arts. 118 y 119), aunque lo que resulta inoponible es el cheque como cartular, pero no la relación sustancial que se instrumentó con el cheque. El denominador común de los actos ineficaces de pleno derecho en la LCQ es la liberalidad que todos ellos importan. Pero el libramiento de un cheque posdatado no es consecuencia de una liberalidad, sino que, muy por el contrario, dicho cheque es entregado en pago (*pro solvendo*, aunque *in solutum*) de un compromiso creditorio asumido previamente por el librador. Esta norma no pudo impedir la verificación efectuada por quien, ejerciendo el derecho sustantivo del que es titular, peticiona el reconocimiento concursal de tal derecho o crédito instrumentado en un cheque. No hay que confundir los efectos de esta norma con las consecuencias que

para los tenedores de cheques produce la declaración de quiebra o concurso a tenor de la doctrina plenaria “Translínea” y “Difry”. Es muy distinto sostener que el cheque no es elemento suficiente para insinuarse ante la sindicatura debiendo acreditarse la causa del libramiento, que determinar que el cheque es inoponible al concurso.

La inoponibilidad busca poner coto al inconveniente que se plantea cuando el deudor se presenta en concurso pero ha librado cheques que, por estar posdatados, su fecha de “creación” (vencimiento) es posterior a su presentación concursal. Sabido es que la presentación en concurso obliga a todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación a insinuar su crédito. Pero el cheque posdatado librado por el concursado plantea el problema que genera su eventual invocación como “posconcurzal”, puesto que si bien la causa es anterior, el título es posterior. Así, el tenedor puede promover acciones individuales para efectivizar el cheque eludiendo el concurso, e incluso pedir la quiebra. El tercer párrafo del artículo 23 pone fin a este problema.

Ahora bien, es precisamente en el concurso preventivo donde la comprensión de los alcances de la inoponibilidad del cheque común posdatado entra en conflicto con las disposiciones de los artículos 16 y 17 de la LCQ, que prohíben al concursado realizar pagos a sus acreedores que importen alterar la situación de igualdad que deben registrar los acreedores por causa o título anterior, y la ineficacia de tales actos. Para evitar ello, el concursado debe, al momento de presentarse en concurso, denunciar la existencia de cheques comunes librados con fecha posdatada o en blanco, en satisfacción de créditos anteriores a la presentación en concurso, los que no deben ser pagados por las entidades giradas, por resultar tal acto de pago prohibido (arts. 16 y 17, LCQ), pero también por resultar inoponible (art. 23, Ley de Cheques [LCH]).

De conformidad con el artículo 25, el término de presentación de un cheque librado en la República Argentina es de treinta (30) días contados desde la fecha de creación.

El cheque no presentado al cobro en el término indicado, no solo hace perder al tenedor del documento el derecho de reclamar el pago a la entidad girada

sino también de exigirlo al librador por la vía ejecutiva (conf. art. 38). Una vez expirado el término legal, comienza otro similar durante el cual el girado puede –es una facultad y no una obligación– abonar el cheque si este no es revocado por el librador.

Cuando el cheque no ha sido presentado al cobro, solo cabe la demanda causal por la vía ordinaria, la cual deberá partir del presupuesto de demostrar la obligación causal que originó el libramiento del título. No obstante, el cheque como instrumento es un válido principio de prueba por escrito. El tenedor del mismo es presumido de buena fe, en tanto no se acredite lo contrario, por lo que jugará plenamente el principio por el cual aunque la causa no esté expresada, se presume que existe mientras el deudor no pruebe lo contrario. El libramiento del título hace presumir que hay causa suficiente.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 26, cuando la presentación del cheque dentro de los plazos establecidos en el artículo precedente fuese impedida por un obstáculo insalvable (prescripción legal de un Estado cualquiera u otro caso de fuerza mayor), los plazos de presentación quedarán prorrogados. El tenedor y los endosantes deben dar aviso que prescribe el artículo 39. Cesada la fuerza mayor, el portador debe, sin retardo, presentar el cheque. No se consideran casos de fuerza mayor los hechos puramente personales del portador o de aquel a quien se le hubiese encargado la presentación del cheque.

Esta disposición prevé un conjunto de supuestos que impiden al beneficiario cumplir con su carga de presentación tempestivamente. Quedan incluidas en la norma desde las disposiciones de un Estado hasta las huelgas bancarias, de comunicaciones, de transporte, que impidieran la presentación normal. La norma no es taxativa, por lo que quedan comprendidos en el texto legal todos los obstáculos insalvables que pidan al portador el cumplimiento de la carga cambiaria y la presentación en los términos legales.

Agrega el artículo 27 que si la fuerza mayor durase más de treinta (30) días de cumplidos los plazos establecidos en el artículo 25, la acción de regreso puede ejercitarse sin necesidad de presentación. Se habilita así el ejercicio de la acción cambiaria de regreso, regresiva o de reembolso, sin la presentación ni rechazo del cheque.

Verificación de la regularidad de endosos y responsabilidad del girado

El artículo 32 prevé que el girado que paga un cheque endosable está obligado a verificar la regularidad de la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes con excepción del último. Y dispone finalmente que el cheque al portador será abonado al tenedor que lo presente al cobro.

Por otro lado, y conforme el artículo 34, el girado que pagó el cheque queda válidamente liberado, a menos que haya procedido con dolo o culpa grave. Se negará a pagarlo solamente en los casos establecidos en esta ley o en su reglamentación.

No se establecen un conjunto de causales de rechazo para validar un pago o determinar la responsabilidad del girado por un pago indebido. Se adopta una fórmula amplia por la cual quien paga la orden paga bien y queda válidamente liberado de sus obligaciones y responsabilidades, a no ser que haya efectuado esa cancelación con dolo o culpa grave. La ley impone como sola obligación a quien paga el cheque, el verificar la regularidad de la cadena de endosos (art. 32), pero sin necesidad de verificar su autenticidad.

La facultad de negarse al pago impone al girado la obligación de hacer constar esa negativa en el título, con expresa mención del motivo en que se funda y fecha y hora de la presentación.

El artículo 35 dispone que el girado responderá por las consecuencias del pago de un cheque en los siguientes casos:

1. cuando la firma del librador fuese visiblemente falsificada;
2. cuando el documento no reuniese los requisitos esenciales especificados en el artículo 2;
3. cuando el cheque no hubiese sido extendido en una de las fórmulas entregadas al librador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.

Esta norma no es taxativa, no solo por la pauta general del artículo 34, cuya violación genera responsabilidad del girado, sino por el cúmulo de circunstancias que también pueden generar esta responsabilidad a su cargo.

Los supuestos son:

1. Firma visiblemente falsificada: en la interpretación de esta norma no se

puede exigir al personal del banco una pericia similar a la de un experto calígrafo, sino que debe tratarse de una adulteración apreciable a simple vista dentro de la rapidez y prudencia que debe tener un empleado de ese nivel art. 36).

2. Cuando el documento no reuniese los requisitos esenciales del artículo 2: es obvia la responsabilidad del girado si abona un cheque que carece de los recaudos formales para su validez.
3. Cuando el cheque no hubiese sido extendido en una de las fórmulas entregadas al librador de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4: si el girado abonase un cheque no perteneciente a la libreta de formularios del librador, incurre en una negligencia que genera responsabilidad.

La responsabilidad del banco en el libramiento y pago de cheques es de derecho común y de naturaleza contractual, emergente de la concertación de la convención o contrato de servicio de cheque y del contrato de cuenta corriente bancaria, por lo que no se genera entre el Banco y el portador del título ninguna responsabilidad de orden cambiario. De allí que la acción contra el girado solo podrá ejercerla el librador y no el portador o beneficiario.

El artículo 36 dice que el titular de la cuenta corriente responderá de los perjuicios:

1. Cuando la firma hubiese sido falsificada en alguna de las fórmulas entregadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 y la falsificación no fuese visiblemente manifiesta.
2. Cuando no hubiese cumplido con las obligaciones impuestas por el artículo 5.

La falsificación se considerará visiblemente manifiesta cuando pueda apreciarse a simple vista, dentro de la rapidez y prudencia impuestas por el normal movimiento de los negocios del girado, en el cotejo de la firma del cheque con la registrada en el girado, en el momento del pago.

En el supuesto del inciso 1, no cabe responsabilizar a la entidad girada por el pago del cheque falsificado, si la firma no era legítima del titular, pero era parecida con una similitud de tal modo que a simple vista no era diferenciable de la asentada en los registros del girado. Tampoco cabe responsabilizar al girado si la irregularidad se origina en la conducta negligente o culposa

del titular de la cuenta al confiar su cuaderno a personas poco honestas o haciendo posible la sustracción de formularios. En síntesis, tratándose de un cheque creado sobre el formulario correspondiente al cuaderno entregado al titular de la cuenta, el girado únicamente responderá cuando la firma que en él obra es visiblemente falsificada, ello sin perjuicio de la acción del titular de la cuenta contra el autor de la falsificación.

El inciso 2 se refiere al caso de omisión de dar aviso de pérdida o extravío del cuaderno de formularios. Se condena así una conducta negligente –tener conocimiento de los supuestos que regula la norma del artículo 5 y no obrar en consecuencia– que impide cargar sobre el girado la responsabilidad por el pago de un cheque falsificado o adulterado.

Finalmente, pueden darse supuestos que no estén específicamente contemplados en la norma (incs. 1 y 2). Cabe distinguir varios supuestos: a) el título creado con firma falsa o opócrifa del librador en el formulario entregado por el girado; b) el cheque extendido en un formulario falsificado con firma falsa del librador; c) el cheque creado en los formularios entregados por el girado con firma auténtica del librador, pero en el cual se han producido interlineados, borraduras, raspaduras, etc. Doctrinariamente se distingue falsificación (cuando afecta la firma del librador) de alteración (cuando la falsedad afecta a los demás requisitos dispositivos del cheque). Cualquiera que fuere de los supuestos enunciados precedentemente, la ley solo toma en consideración a los efectos de la imputación de la responsabilidad derivada de tal hecho, si las adulteraciones producidas han sido o no visiblemente manifiestas.

El artículo 37 dispone que cuando no concurren los extremos indicados en los dos artículos precedentes, los jueces podrán distribuir la responsabilidad entre el girado, el titular de la cuenta corriente y el portador beneficiario, en su caso, de acuerdo con las circunstancias y el grado de culpa en que hubiese incurrido cada uno de ellos.

Esta disposición revela que las pautas de responsabilidad fijadas en los artículos 35 y 36 configuran supuestos de responsabilidad objetiva –ya del girado, ya del titular de la cuenta corriente–, mientras que el artículo 37 prevé no solo la concurrencia de responsabilidad sino que lo hace en una línea de análisis que se encuadra clásicamente en el concepto de responsabilidad subjetiva.

Entonces, la responsabilidad del girado –o la del titular de la cuenta corriente o del portador en su caso– ha de guardar adecuada relación de causalidad con el daño invocado por uno u otro, con lo cual, fuera de aquellos supuestos de los artículos 35 y 36, los jueces tendrán plena libertad en la distribución de la carga de reparación. Tanto la determinación de la culpa, la imputación de responsabilidad y la carga reparadora serán distribuidas por el tribunal de acuerdo a su apreciación de las circunstancias del caso.

El rechazo

El artículo 38 prevé que cuando el cheque sea presentado en los plazos establecidos en el artículo 25, el girado deberá siempre recibirlo. Si no lo paga hará constar la negativa en el mismo título, con expresa mención de todos los motivos en que la funda, con la fecha y la hora de la presentación y con el domicilio del librador registrado en el girado. Agrega que la constancia del rechazo deberá ser suscripta por persona autorizada e igual constancia deberá anotarse cuando el cheque sea devuelto por una cámara compensadora. Dispone que la constancia consignada por el girado producirá los efectos del protesto, con lo que quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá iniciar contra librador, endosantes y avalistas.

Finalmente prescribe que la falta de presentación del cheque o su presentación tardía perjudica la acción cambiaria.

El girado no puede negarse a recibir un cheque que le sea presentado dentro de los plazos legales. Se le impone además como deber el expresar todos los motivos que pudiere haber para el rechazo del cheque, documentando en el propio título –o en su extensión o a añadido si los endosos no dieran lugar a ello– todas las causales del no pago del instrumento; datando y suscribiendo tal circunstancia, la persona autorizada para tal menester. Finalmente, deberá consignarse el número de endosos.

El rechazo del documento no genera ningún derecho ni acción cambiaria a favor del portador o depositante a cargo de la entidad autorizada girada, ya que el girado actúa simplemente cumpliendo un servicio de caja.

La constancia de rechazo deberá indicar también el domicilio del librador registrado en los archivos de la entidad girada, domicilio que producirá los efectos que se indican en la disposición del artículo 3.

Conforme indica la norma, la constancia de rechazo producirá los efectos del protesto y abrirá la acción cambiaria contra el librador, sus endosantes y los avalistas de estos, sin necesidad de intervención notarial ni preparación de vía mediante reconocimiento de firma alguno.

La falta de presentación o la presentación tardía del cheque perjudica la acción cambiaria. Asimismo, la falta de cumplimiento por parte del girado de los requisitos exigidos por la norma, causan también el perjuicio del título como ejecutivo.

Acciones

- a) Acciones cambiarias: las acciones cambiarias son aquellas que nacen y se fundan en el instrumento cambiario. Encontramos entre las acciones cambiarias: i) la acción principal o directa, o sea, aquella ejercida contra el librador y sus avalistas; ii) la acción de regreso, regresiva o de reembolso, o sea, aquella que se tiene contra los endosantes y sus avalistas (art. 41); iii) la acción de ulterior regreso, o sea, aquella que corresponde a quien ha reembolsado un cheque contra los obligados anteriores a él, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 61 (art. 42), y iv) la acción de enriquecimiento injusto (art. 62, Decreto-Ley N° 5965/63), concedida al portador legítimo, que para llegar a la tenencia del instrumento debió desembolsar un valor equivalente, a quien es injusto negarle el derecho a reclamar el enriquecimiento que obtendrían aquellos obligados cambiarios respecto de los cuales ha visto perjudicada su acción cambiaria ejecutiva.
- b) Acciones extracambiarias: son las que no reconocen su fuente en el instrumento cheque. Encontramos: i) la acción causal, o sea, aquella que nace y se funda en el negocio causal y subyacente que dio lugar a la libranza del cheque o a su circulación por endoso y conecta a los obligados inmediatos. La ley no contiene disposición alguna sobre el ejer-

cicio de la acción causal, por lo que son de aplicación las disposiciones que al respecto tiene el Decreto-Ley N° 5965/63. La acción causal sería procedente en los casos de falta de presentación en término, caducidad o prescripción de la acción cambiaria, valiendo en este caso el cheque como un simple instrumento de prueba; ii) las acciones contra el girado por daños y perjuicios al incumplir las obligaciones que impone estar a cargo del mismo la Ley de Cheques; iii) las acciones de daños y perjuicios emergentes de los artículos 19 y 20 de la LCH; iv) las acciones de reembolso o pago indebido o falta de causa. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que la emisión del cheque presupone normalmente la existencia de causa, en la que el cheque oficia como instrumento de pago o de ejecución de la obligación. Por ello, corresponderá a quien pretende su reembolso y aduce el pago sin causa o la inexistencia de causa, cargar con la prueba de su afirmación (art. 377, CPCCN).

El cheque no representa título ejecutivo en los términos de los artículos 518 y 521, inciso 5 del CPCCN, en tanto no exista constancia del rechazo bancario y el ejecutante debe recurrir a la preparación de la vía ejecutiva, tal como lo prescriben los artículos 523 y subsiguientes del CPCCN. La constancia consignada por el banco girado al dorso del cheque, con mención del motivo de la negativa al pago, determina el momento en que el demandado incurre en mora, ya que dicha constancia surte los efectos del protesto. La constancia del rechazo colocada por el banco girado suple la exigencia del protesto, de modo que con ella el cheque adquiere el carácter de título ejecutivo. La no presentación del cheque al banco perjudica al título, de modo que no podrá ser ejecutado sin ese requisito.

El rechazo del cheque –para surtir los efectos del protesto– debe estar fundado en i) la falta de fondos suficientes; ii) cuenta cerrada; iii) suspensión del servicio de pago de cheques; iv) aviso de no pagar dado por el librador; v) cualquier otra causal a la que vaya agregada la leyenda “sin fondos suficientes acreditados en cuenta”.

Por el contrario, no habilita la ejecución el rechazo fundado en otras causales, como: i) fecha vencida o cheque caducado; ii) falta de elementos esenciales (fecha, cantidad, firma, etc.); iii) librado en moneda que no es de curso legal;

iv) librado en idioma que no es el nacional; v) librado en formulario ajeno o no provisto por el banco, con firma que difiere de la registrada; vi) sin la legitimación del cobrador; vi) banco en liquidación.

El tenedor legitimado puede accionar ejecutivamente o por la vía ordinaria (ambas son acciones cambiarias, porque se pretende el cobro del título). Por otro lado, el tenedor legitimado puede demandar su cobro por acciones extracambiarias: la acción causal –fundada en el negocio que le dio origen al cheque, es decir, la razón por la cual se lo emitió–; y la acción de enriquecimiento, para el caso de que el librador hubiera dado el cheque en virtud de alguna contraprestación recibida.

En caso de concurso o quiebra, conforme jurisprudencia plenaria de la Cámara Comercial (“Difry” –cheques– y “Translínea”, del 19 de junio de 1980) se aplica el mismo criterio que con los pagarés: el solicitante de verificación debe declarar y probar la causa de la obligación por la cual se emitió el título, cuando su portador fuese su beneficiario inmediato; si fuere un endosatario, debe declarar y probar la causa determinante de la adquisición del título.

Conforme al artículo 39, el portador debe dar aviso de la falta de pago a su endosante y al librador, dentro de los dos (2) días hábiles bancarios inmediatos siguientes a la notificación del rechazo del cheque. Cada endosante debe, dentro de los dos (2) días hábiles bancarios inmediatos al de la recepción del aviso, avisar a su vez a su endosante, indicando los nombres y direcciones de los que le han dado los avisos precedentes, y así sucesivamente hasta llegar al librador. Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se da aviso a un firmante del cheque, el mismo aviso y dentro de iguales términos debe darse a su avalista. En caso de que un endosante hubiese indicado su dirección en forma ilegible o no la hubiese indicado, bastará con dar aviso al endosante que lo precede. El aviso puede ser dado en cualquier forma, pero quien lo haga deberá probar que lo envió en el término señalado. La falta de aviso no produce la caducidad de las acciones emergentes del cheque, pero quien no lo haga será responsable de los perjuicios causados por su negligencia, sin que la reparación pueda exceder el importe del cheque.

El aviso es el acto cambiario consistente en dar a conocer al obligado cambiario de regreso la eventualidad de tener que efectuar el pago determinado en el che-

que por haber sido rechazado. La norma adopta un sistema de avisos sucesivos y retransmitidos por cada obligado cambiario a su anterior endosante. El aviso puede ser dado de cualquier forma pero debe prestarse en forma fehaciente por el portador a su endosante y al librador. Los endosantes que reciban el aviso deberán prestar igual aviso a sus endosantes anteriores, indicando los nombres y direcciones de quienes les han comunicado los avisos anteriores.

Solidaridad cambiaria

Conforme al artículo 40, todas las personas que firman un cheque quedan solidariamente obligadas hacia el portador. El portador tiene derecho de accionar contra todas esas personas, individual o colectivamente, sin estar sujeto a observar el orden en que se obligaron. El mismo derecho pertenece a quien haya pagado el cheque. La acción intentada contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aun los posteriores a aquel que haya sido perseguido en primer término. El portador podrá también ejercitar las acciones referidas en los artículos 61 y 62 del Decreto-Ley N° 5965/63.

Esta disposición sienta las bases de la solidaridad cambiaria en materia de cheques; responde a los mismos principios de la letra de cambio y el pagaré, con la diferencia de que el girado es ajeno a toda relación y responsabilidad. La solidaridad comprende a todos los firmantes del instrumento, por lo que es improcedente demandar a quien no firmó el cheque a pesar de haber sido tenedor, ya que el transmitente –no endosante– es ajeno a las relaciones cambiarias y no se encuentra obligado al pago en los términos del artículo 40.

En igual sentido, la cotitularidad con autorización de giro en forma indistinta de la cuenta corriente bancaria contra la cual se gira el cheque, no produce efecto de convertir a ambos titulares en deudores solidarios del pago de los cheques rechazados emitidos por uno de ellos. El endosante sin responsabilidad o sin garantía que prevé el artículo 16 de la LCH conforma una excepción al principio de solidaridad y responsabilidad por el pago del cheque.

El portador puede indistintamente accionar contra todos los firmantes, contra uno o contra algunos, por lo que goza del *ius electionis*, quedándole vedado a los ejecutados oponer el beneficio de excusión o de división previo.

Dispone la norma que el mismo derecho –accionar contra todos los firmantes– pertenece a quien haya pagado el cheque. Esta norma incluye el caso del pago del cheque tanto por un obligado cambiario como por un tercero. La intervención, entendida como la institución por la cual un tercero (interviniente) extraña a las relaciones cambiarias emergentes del título, frente a la falta de pago producirá, sin que el portador pueda negarse a ello, la adquisición por el interviniente de todos los derechos inherentes al cheque a partir de la fecha de su pago. Más allá de ello, cabe aceptar la posibilidad también del pago con subrogación y la persona que así proceda –y a quien se le hará entrega del título– obtendrá los beneficios y efectos del instituto de la subrogación.

El artículo 41 dispone que el portador puede reclamar a aquel contra quien ejercita su recurso: a) el importe no pagado del cheque; b) los intereses al tipo bancario corriente en el lugar del pago, a partir del día de la presentación al cobro; c) los gastos originados por los avisos que hubiera tenido que dar y cualquier otro gasto originado por el cobro del cheque.

El concepto de portador está fundando la legitimación activa, que provendrá de la tenencia del documento en base a una serie ininterrumpida de endosos. No obstante, la posesión de buena fe del instrumento –que debe presumirse– constituye suficiente legitimación para accionar por su cobro. La norma determina los límites del contenido económico de la prestación al establecer que el portador podrá reclamar: a) el importe no pagado del cheque, lo cual permite advertir que el texto conlleva implícita la alternativa de que el cheque hubiera sido parcialmente abonado (art. 31); b) los intereses al tipo bancario corriente en el lugar del pago y liquidados desde la presentación al cobro. Tratándose de una deuda de naturaleza comercial corresponde aplicar la tasa activa del Banco de la Nación para operaciones de descuento; c) los gastos originados por los avisos que se hubieran cursado y cualquier otro gasto originado en el cobro del cheque –tasa de justicia, aportes, bono, poderes, diligenciamiento de notificaciones, honorarios judiciales, etc.–.

El artículo 42 prevé que quien haya reembolsado un cheque puede reclamar a sus garantes: a) la suma íntegra pagada; b) los intereses de dicha suma al tipo bancario corriente en el lugar del pago, a partir del día del desembolso; c) los gastos efectuados.

Y el artículo 43 agrega que todo obligado contra el cual se ejercite un recurso o esté expuesto a un recurso, puede exigir, contra el pago, la entrega del cheque con la constancia del rechazo por el girado y recibo de pago. Todo endosante que hubiese reembolsado el cheque puede tachar su endoso y los de los endosantes subsiguientes y, en su caso, el de sus respectivos avalistas. Esta disposición establece que el obligado que efectúa el pago del cheque ejecutado puede –y debe– exigir recibo de pago y la entrega del papel. De no existir entrega, el obligado puede verse sometido a abonar el título dos veces por haber pagado mal.

Modalidades

a) Del cheque cruzado

El artículo 44 dispone el cruzamiento de un cheque, con los efectos indicados en el artículo siguiente. El cruzamiento del cheque se materializa mediante la inserción de dos barras paralelas en el anverso o frente del cheque y puede ser efectuado tanto por el librador como por cualquier portador, y aun por un avalista. Generalmente se trata de pequeñas barras colocadas en el ángulo superior izquierdo del cheque.

El cruzamiento puede ser general o especial. El cruzamiento es especial si entre las barras contiene el nombre de una entidad autorizada por el ordenamiento legal para prestar el servicio de cheque, de lo contrario, cuando solo se insertan las barras paralelas en el anverso del cheque sin mención de la entidad, será cruzamiento general. El cruzamiento general se puede transformar en cruzamiento especial, pero el cruzamiento especial no se puede transformar en cruzamiento general. La tacha del cruzamiento o de la mención contenida entre las barras se tendrá por no hecha.

El cruzamiento de un cheque –tanto el general como el especial– tiene por efecto el restringir la legitimación activa derivada de la circulación del título, ya que impide que su portador legítimo lo cobre por ventanilla en razón de que está obligado a depositarlo en una entidad autorizada para prestar el servicio de cheque, para así percibir el importe del giro luego del *clearing* en una cámara compensadora.

El cruzamiento, cualquiera sea su tipo, es irrevocable, por lo que la norma dispone que la tacha del cruzamiento o del nombre del banquero se tendrá por no hecha.

Conforme al artículo 45, en el cruzamiento general importa que el cheque solo puede ser pagado a un banco o entidad financiera autorizada por el BCRA a realizar el servicio de cheques, y si es especial, solo a la entidad expresamente designada entre las dos barras.

Se introduce la posibilidad de que el cheque con cruzamiento general sea pagado directamente al tenedor que, sin ser una entidad autorizada a prestar servicio de cheques, sea cliente del girado. Tanto el cruzamiento general como el especial no afectan la ley de circulación, por lo que el cheque puede ser normalmente endosado o cedido. Solo se ve afectada la forma en que el título es hecho efectivo frente al girado. No se cobra por ventanilla sino solo mediante depósito.

b) Del cheque para acreditar en cuenta

El artículo 46 prescribe que el librador, así como el portador de un cheque, pueden prohibir que se lo pague en dinero, insertando en el anverso la mención para acreditar en cuenta. En ese caso, el girado solo puede liquidar el cheque mediante un asiento de libros. La liquidación así efectuada equivale al pago. La tacha de la mención se tendrá por no hecha. El girado que no observase las disposiciones precedentes responderá por el perjuicio causado hasta la concurrencia del importe del cheque.

Si bien el origen de este instituto es diferente del cheque cruzado, sus efectos y finalidad son muy similares: ambos solo pueden ser cobrados a través de su depósito en cuenta bancaria, pero a diferencia del cruzado, el cheque normado en este artículo 46 tiene una transmisibilidad limitada, casi nula, puesto que una vez inserta la cláusula, solo el titular de la cuenta corriente bancaria en la misma puede legítimamente recibir el pago.

Al igual que el cruzamiento, esta cláusula puede ser insertada tanto por el librador como por cualquier portador. La mención debe formularse necesariamente en el anverso, y la referencia “para acreditar en cuenta” será solemne, aunque no requiera estar firmada. De la misma forma que

el cruzamiento, la cláusula para acreditar en cuenta es irrevocable, y la tacha de dicha mención se tiene por no escrita.

c) Del cheque imputado

El artículo 47 dispone que “el librador, así como el portador de un cheque, pueden enunciar el destino del pago insertando al dorso o en el añadido, y bajo su firma, la indicación concreta y precisa de la imputación”. La cláusula produce efectos exclusivamente entre quien la inserta y el portador inmediato, pero no origina responsabilidad para el girado por el incumplimiento de la imputación. Solo el destinatario de la imputación puede endosar el cheque y, en ese caso, el título mantiene su negociabilidad. La tacha de la imputación se tendrá por no hecha.

La imputación del cheque para un destino determinado, colocada en el dorso del título o en un añadido y con la firma de quien inserta la leyenda, resulta un medio idóneo para hacer pagos mediante cheques enviados por correo entre comerciantes de distintas plazas o de la misma, puesto que el librador se asegura que el giro será utilizado para el destino por él indicado. La ley no limita la imputación exclusivamente al pago de una deuda determinada; también se puede satisfacer cualquier otro destino que haya fijado la persona que insertó la imputación.

La imputación de un cheque tiene, fundamentalmente, efectos extracambiaris, pues acredita causalmente la utilización del cheque para el destino fijado, siempre y cuando el cheque imputado se haga efectivo por parte del girado. Pero si bien la imputación del cheque es extraña a la ley de circulación del título, la inserción del destino del cheque en el dorso del mismo produce algunos efectos en el específico campo cambiario.

Por su esencia ajena al derecho cambiario, la imputación del cheque solo tiene efectos entre partes, y ni siquiera produce efectos respecto del girado, quien no está obligado a respetar la imputación al realizar el pago del cheque.

La negociabilidad del cheque imputado sufre una significativa limitación, puesto que el tomador del cheque cuyo destino está inserto en

el dorso debe necesariamente endosar el cheque y solo después puede continuar circulando normalmente.

d) Del cheque certificado

El artículo 48 prevé que el girado puede certificar un cheque a requerimiento del librador o de cualquier portador, debitando en la cuenta sobre la cual se le gira la suma necesaria para el pago. El importe así debitado queda reservado para ser entregado a quien corresponda y sustraído a todas las contingencias que provengan de la persona o solvencia del librador, de modo que su muerte, incapacidad, quiebra o embargo judicial posteriores a la certificación no afectan la provisión de fondos certificada ni el derecho del tenedor del cheque, ni la correlativa obligación del girado de pagarlo cuando le sea presentado. La certificación no puede ser parcial ni extenderse en cheques al portador. La inserción en el cheque de las palabras “visto”, “bueno” u otras análogas suscriptas por el girado significan certificación. La certificación tiene por efecto establecer la existencia de una disponibilidad e impedir su utilización por el librador durante el término por el cual se certificó.

La certificación de un cheque consiste en la declaración formal del girado por la cual deja constancia en el propio cheque que cuenta con fondos suficientes para su satisfacción, y que tales fondos han sido irrevocablemente, pero temporariamente –no más de cinco (5) días–, destinados a honrar el cheque.

Los fondos destinados a cubrir el cheque son debitados por el girado una vez formalizada la certificación del mismo, y estarán –por el plazo máximo de cinco (5) días– afectados al pago del cheque. Durante ese lapso los fondos, y consecuentemente el derecho del tenedor a cobrar y el deber del girado de pagar, quedan a salvo de cualquier contingencia fáctica y jurídica que pudiera impedir el pago del cheque (v. gr., contraorden del librador, embargo judicial, insolvencia del librador, fallecimiento, incapacidad sobreviniente, quiebra, etc.).

El girado no tiene la obligación de certificar el cheque, sino que “puede” hacerlo; la certificación es una opción que la norma otorga a la entidad

financiera. Se puede certificar no solo la existencia de fondos en la cuenta del librador, sino también la autorización para girar en descubierto que el mismo tenga. Por aplicación del principio de completividad del cheque, y con el fin de dotar de máxima seguridad jurídica al instituto, la norma prohíbe que la certificación sea parcial, y solo procede por el monto total del cheque. La prohibición de la certificación de un cheque librado al portador tiene por fin evitar la equiparación del cheque a la moneda de curso legal.

La certificación produce similares efectos que la aceptación de un cheque por parte de la entidad girada. El artículo 24 de la ley prohíbe la aceptación de cheque. Deben distinguirse ambos institutos, pues en tanto la aceptación es requerida por el tenedor y es posterior a su entrada en circulación, la certificación es solicitada por el librador y es previa a que este salga del ámbito del librador.

La certificación no produce los mismos efectos que la aceptación. El girado que certificó un cheque, contrariamente al aceptante de una letra, no se encuentra obligado cambiariamente frente al tenedor legítimo del título. El artículo 49 dispone que la certificación puede hacerse por un plazo convencional que no debe exceder los cinco (5) días hábiles bancarios. Si a su vencimiento el cheque no hubiese sido cobrado, el girado acreditará en la cuenta del librador la suma que previamente debitó. El cheque certificado vencido como tal subsiste con todos los efectos propios del cheque.

e) Del cheque con cláusula no negociable

Conforme al artículo 50, el librador, así como el portador de un cheque, pueden insertar en el anverso la expresión “no negociable”. Estas palabras significan que quien recibe el cheque no tiene ni puede transmitir más derechos sobre el mismo que los que tenía quien lo entregó.

Esto no significa que el cheque no negociable no pueda ser transmitido por endoso, pues si así fuera estaríamos frente a un cheque no a la orden. Si bien es transmisible por endoso, este modo de circulación no producirá los efectos que cambiariamente se asignan al endoso, puesto que contrariamente a lo que el principio de autonomía cambiaría ase-

gura, el endoso de un cheque no negociable significará para quien lo reciba, que le serán oponibles todas las excepciones y defensas que se tuvieran contra quien le endosara el cheque.

El aval

El artículo 51 dispone que el pago de un cheque puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante del cheque.

Sentado que los cheques se entregan *pro solvendo* y no *in solutum*, y que en consecuencia su entrega no significa un pago en sentido propio, y que solo cancelan en forma definitiva la deuda si el acreedor expresamente los acepta en tal carácter, y ante la cada vez más frecuente alternativa del rechazo bancario, nada impide que se avale el pago de un cheque por un tercero. Ello es coincidente con la normativa vigente para la letra de cambio (art. 321, Decreto-Ley N° 5965/63) que regula esta figura exclusiva y excluyente del derecho cambiario.

El aval es un acto jurídico unilateral, abstracto y completo, de naturaleza cambiaria, que obliga en forma autónoma a quien lo da (avalista) por el pago de la obligación cartular. A diferencia de la fianza del derecho común (obligación accesoria), la obligación cambiaria asumida como consecuencia del aval es siempre autónoma y principal.

Dispone la norma que la obligación cambiaria de garantía asumida por el avalista puede ser en forma total o parcial. Esto es, puede obligarse por el importe total señalado en el cheque o por una cantidad menor. Si no se aclara el *quantum*, se presume que el aval es total.

Algunos autores –como, por ejemplo, Zabala Rodríguez– dicen que el aval del cheque no puede ser prestado por el girado por significar una aceptación prohibida en el caso del cheque, y porque el girado no es obligado cambiario. Pero otros –como Lorente-Muguillo– dicen que como la ley no lo prohíbe expresamente, no existe impedimento alguno, porque el girado es “cualquier tercero”.

El artículo 52 prescribe que el aval puede constar en el mismo cheque o en un añadido o en un documento separado. Puede expresarse por medio de las

palabras “por aval” o por cualquier otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista. Debe contener nombre, domicilio, identificación tributaria o laboral, de identidad, conforme lo reglamente el Banco Central de la República Argentina. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de indicación se considera otorgado por el librador.

El aval debe necesariamente hacerse por escrito.

Una cuestión conflictiva es la interpretación de los efectos del incumplimiento de las formalidades exigidas para el aval, teniendo en cuenta que la figura del aval para la letra de cambio carece de requisitos formales, exceptuando la firma del avalista y, eventualmente, la leyenda “por aval” o “por garantía”. Va de suyo que el defecto del aval, aunque lo prive de eficacia como tal, no puede resentir al cheque como título circulatorio, pero sí podrá invalidarlo como orden de pago permitiendo el rechazo del girado con tal fundamento.

Si la firma del avalista está en el frente del cheque, se considerará aval a toda aquella firma (sin aditamentos) que no se corresponda con la de aquellas personas facultadas por el girado para librar el cheque. En el caso de ser otorgado en el reverso del cheque, el aval deberá tener algún rastro que lo identifique como tal, puesto que la sola firma inserta al dorso podría ser tomada como un endoso. Conforme al artículo 53 el avalista queda obligado en los mismos términos que aquel por quien ha otorgado el aval. Su obligación es válida aun cuando la obligación que haya garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma. El avalista que paga adquiere los derechos cambiarios contra su avalado y contra los obligados hacia este.

El avalista coloca su responsabilidad patrimonial en la misma línea que el librador, más aún, lo reemplaza en el cumplimiento, pues su obligación es autónoma y abstracta, por lo que puede ser perseguida separadamente de la parte avalada. El avalista está sujeto a reglas más inflexibles que el fiador, no pudiendo siquiera requerir la previa interpelación judicial del avalado.

La validez del aval no se ve afectada por la nulidad de la obligación garantizada, salvo que la nulidad provenga de un vicio de forma que invalide cartularmente el cheque por ausencia de requisitos esenciales para su existencia. Solo la invalidez formal del acto cartular avalado (libramiento, endoso, aval) importa la nulidad del aval.

Cheque de pago diferido

El artículo 54 establece que el cheque de pago diferido es una orden de pago librada a días vista, a contar desde su presentación para registro en una entidad autorizada, contra la misma u otra en la cual el librador a la fecha de vencimiento debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto, dentro de los límites de registro que autorice el girado. Sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el derecho común, bajo ninguna circunstancia el girado será responsable si el cheque no es pagado a su vencimiento. Ni el registro del cheque ni la determinación de límites de registro generan responsabilidad. El girado puede avalar el cheque de pago diferido.

La norma agrega que el cheque de pago diferido deberá contener las siguientes enunciaciones esenciales en formulario similar, aunque distinguible, del cheque común:

1. La denominación “cheque de pago diferido” claramente inserta en el texto del documento.
2. El número de orden impreso en el cuerpo del cheque.
3. La indicación del lugar y fecha de su creación.
4. El plazo, no menor de treinta (30) días y no mayor a trescientos sesenta (360) días, en el que será pagado con posterioridad a su presentación a registro a una entidad autorizada, que seguirá a la expresión impresa: “Páguese a los... días de su presentación a una entidad autorizada”.
5. El nombre del girado y el domicilio de pago.
6. La persona en cuyo favor se libra, o al portador.
7. La suma determinada en dinero, expresada en números y en letras, que se ordena pagar por el inciso 4 del presente artículo.
8. El nombre del librador, domicilio, identificación tributaria o laboral o de identidad, según lo reglamente el BCRA.
9. La firma del librador. Solo se podrán utilizar sistemas electrónicos o de reproducción cuando expresamente lo autorice el BCRA.

El cheque de pago diferido es un invento argentino, y su regulación tuvo como finalidad acotar y, en lo posible, hacer desaparecer la realidad mercantil don-

de una gran masa de cheques son rechazados. Así, y con puro voluntarismo jurídico, se introdujo el cheque de pago diferido, renegando de la inobjetable realidad del tráfico mercantil, donde se utiliza mayoritariamente el cheque posdatado, y tratándolo con desmedida severidad al cheque común que sea emitido con fecha posdatada, considerándolo inoponible e inválido en determinados casos (art. 23, tercer párrafo). El cheque posdatado siempre estuvo arraigado en la práctica mercantil argentina, por lo que el legislador no solo le da la espalda a la realidad mercantil, sino que pretende torcerla sin ofrecer un nuevo instituto que verdaderamente sirva para satisfacer las necesidades de los comerciantes que recurren al uso del cheque posdatado.

El cheque de pago diferido es un instrumento de crédito, y bajo tal género, el propio texto de la ley así lo define. Sus caracteres son los siguientes:

- a) Orden de pago: ese carácter no empuja al expreso tinte de instrumento de crédito a corto plazo que la ley le asigna al cheque de pago diferido.
- b) Librada a días vista: lo distingue del cheque común, puesto que este es un título pagadero a la vista, es decir, al momento de ser presentado al girado. El plazo de diferimiento del cheque de pago diferido será de treinta (30) días como mínimo y de trescientos sesenta (360) días como máximo.
- c) Contra una cuenta corriente: se mantiene la íntima relación existente entre el cheque como orden de pago contenida en un título circulatorio y la cuenta corriente como contrato existente con anterioridad entre el librador y girado. Esta cuenta corriente del librador debe tener fondos o contar con autorización para girar en descubierto.
- d) Registro: la registración del cheque de pago diferido no significa aceptación –prohibida por el artículo 24– y no equivale a una certificación –arts. 48 y 49–. No importa que la entidad girada garantice el pago a término del cheque, ni siquiera brinda alguna certeza al tenedor que hizo el registro que al tiempo del vencimiento dicho cheque será pagado. El principal efecto y quizás el único de la registración es que permite al tenedor-depositante controlar si el título ha sido librado sin defectos formales por parte del titular de la cuenta corriente y si lo fue dentro de los límites periódicos de endeudamiento que el girado le acordó al librador. A la vez, asegura a quien depositó el cheque que la cuenta corriente

contra la que se libró el giro –al menos al momento del registro– se encuentra abierta y operativa.

Las enunciaciones esenciales del cheque de pago diferido son:

- a) Denominación: equivale a la exigencia del artículo 2, inciso 1 para el cheque común. La mención exigida es requisito solemne de este título por aplicación del principio de literalidad.
- b) Número de orden impreso en el cuerpo del cheque: correlato del artículo 2, inciso 2, al cual cabe remitirse.
- c) Lugar y fecha de creación: además de la remisión al artículo 2, inciso 3, se aplica a este tipo de cheque la norma del artículo 8 que regula el caso del cheque incompleto.
- d) Plazo de diferimiento del título: el plazo en que debe ser pagado el cheque debe figurar inserto en el título mismo. El plazo se contará desde la vista o registración del cheque ante la entidad girada. El diferimiento (entre 30 y 360 días) solo comenzará a correr desde la presentación del título para su registración ante la misma entidad girada u otra autorizada a tal fin.
- e) Nombre del girado y domicilio de pago: equivale al inciso 4 del artículo 2 para el cheque común.
- f) Persona a cuyo favor se libra o al portador: esta norma tiene su correlato en el artículo 6 para el cheque común. La omisión expresa de la posibilidad de librar un cheque de pago diferido con la cláusula no a la orden nos lleva a concluir que este tipo de cheque solo puede librarse a favor de una persona determinada o nominativo y al portador, y su negociabilidad no puede restringirse vía incorporación de la leyenda “no a la orden”. Si se incluyera esta expresión se tendrá por no escrita.
- g) Suma determinada de dinero que se ordena pagar: sus efectos y alcances son idénticos a los previstos por el artículo 2, inciso 5 para el cheque común.
- h) Nombre del librador y demás datos identificatorios: coincide con las exigencias que se requieren a los libradores de cheques comunes (art. 4).
- i) Firma del librador: por su carácter de título circulatorio, la firma del librador es condición esencial para la existencia del cheque diferido, al

igual que lo es para el cheque común (artículo 2, inciso 6), pero del mismo modo, la norma permite la alternativa de utilizar –en reemplazo de la firma autógrafa– sistemas electrónicos o de reproducción de firma de conformidad con la reglamentación que a tal fin dicte el BCRA.

El artículo 55 prevé que para los casos en que los cheques incluidos en el registro tuviesen defectos formales, el BCRA podrá establecer un sistema de retención preventiva para que el girado antes de rechazarlo, se lo comuniqué al librador para que corrija los vicios. El girado en este caso, no podrá demorar el registro del cheque más de siete (7) días hábiles bancarios. Si el plazo de diferimiento consignado en el cheque fuere inferior o superior a los indicados en el inciso 4 del artículo 54, se considerará que el vencimiento opera a los treinta (30) o a los trescientos sesenta (360) días, según sea el caso, lo que harán saber tanto el girado como el depositario al tenedor legitimado depositante.

Por la distinta naturaleza del cheque común y del cheque de pago diferido, las consecuencias que producen los defectos formales en que incurra el librador al crearlos son diferentes según se trate de una u otra clase de cheque.

Para el cheque común, los defectos formales importan su rechazo y la consiguiente multa al librador con potencial cierre de la cuenta corriente si la circunstancia se repite. En cambio, en el cheque de pago diferido, los defectos u omisiones formales que el girado detecte una vez que el título sea presentado para su registración provocarán la retención del cheque, previo al rechazo, para que el librador subsane los defectos en que hubiese incurrido.

Todo el procedimiento que habrá de ponerse en marcha frente a la retención preventiva por el girado del cheque de pago diferido con efectos formales se ha delegado en el BCRA. Según dicha reglamentación, la entidad girada debe retener preventivamente el título y notificar al librador para que subsane los defectos. Si los defectos formales son salvados por el librador, el cheque es registrado normalmente por el girado, y a partir de allí comienza a correr el término de diferimiento del título. Si no se produce la corrección de las faltas formales, la entidad girada no formaliza el registro del cheque y con ello se produce el equivalente al protesto del título, habilitándose las acciones ejecutivas contra el librador, los endosantes y los avalistas.

Conforme al artículo 56 el cheque de pago diferido es libremente transferible por endoso con la sola firma del endosante. La fecha de presentación para el registro del cheque fija la iniciación del plazo de diferimiento. La falta de sello fechador o la dificultad de su lectura será suplida por la boleta de depósito, que tendrá las características que establezca la autoridad de aplicación.

Por su naturaleza de título circulatorio, la ley dispone la más amplia negociabilidad del cheque de pago diferido, al menos hasta su presentación a registro. Siendo los cheques de pago diferido librados bajo la forma nominativa (a la orden de determinada persona) y al portador, las formas que podrá adoptar su transmisión cambiaría serán el endoso y la simple tradición del título, respectivamente.

De acuerdo con el artículo 58, la libre negociabilidad del cheque de pago diferido solo será tal con anterioridad a su registración ante la entidad girada, puesto que la norma prevé que el cheque registrado queda depositado en la entidad bancaria. Por ello, con posterioridad a la registración, únicamente podrá ser transferido mediante una cesión de créditos notificada al girado.

Registro

El artículo 57 dispone que el cheque de pago diferido puede ser presentado directamente al girado para su registro. Si el cheque fuera depositado en una entidad diferente al girado, el depositario remitirá al girado el cheque de pago diferido para que éste lo registre y devuelva, otorgando la constancia respectiva, asumiendo el compromiso de abonarlo el día del vencimiento si existieren fondos disponibles o autorización de girar en descubierto en la cuenta respectiva. En caso de existir algún impedimento para su registración, así lo deberá hacer conocer al depositario dentro de los términos fijados para el *clearing*, rechazando la registración. El rechazo de registración producirá los efectos del protesto. Con ella quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá iniciar de inmediato contra el librador, endosantes y avalistas. Se aplica el artículo 39. El rechazo a la registración será informado por el girado al BCRA, y el librador será sancionado con la multa prevista en el artículo 62. El BCRA, podrá autorizar o establecer sistemas de registración y pago mediante comunicación o exposición

electrónica que reemplacen la remisión del título; estableciendo las condiciones de adhesión y recaudos de seguridad y funcionamiento.

Este artículo instrumenta la forma de presentar el cheque de pago diferido al cobro. Mientras el cheque común es presentado al girado para su cobro y se abona o rechaza, en el caso del cheque de pago diferido la sola presentación para su registro no produce consecuencias inmediatas.

La presentación para la registración la realiza el beneficiario del cheque o su tenedor legítimo por una serie ininterrumpida de endosos. Dicha registración podrá efectuarse directamente en la entidad girada o en la que el registrante posea cuenta corriente, en cuyo caso dicha entidad remitirá el documento al girado para que este efectúe su registración, asumiendo el compromiso de pagarlo a su vencimiento, siempre que, en esa época, en la cuenta del librador hayan fondos suficientes o autorización para girar en descubierto.

El hecho de que la registración sea admitida no asegura al portador el cobro del cheque registrado, dado que el mismo se abonará al vencimiento del plazo estipulado en el diferimiento, con lo cual, si a esa fecha no existen los fondos acreditados en la cuenta corriente del librador o autorización para girar en descubierto, el cheque de pago diferido previamente registrado será rechazado por la entidad girada.

Para el caso de que el girado rechace la registración, nos encontramos, aquí sí, con los mismos efectos del rechazo bancario del cheque común. El portador se encontrará legitimado para promover la acción cambiaria pertinente. El girado, a la vez, deberá comunicar tal circunstancia al BCRA a los efectos de que este último aplique la multa prevista por el artículo 62.

Además de los defectos formales (art. 55), las razones por las que el girado puede negarse a formalizar la registración del cheque serán coincidentes, en general, con las que la reglamentación del BCRA determina para el rechazo del cheque común (art. 34 y OPASI-2, punto 1.3.8). Pero hay una causal de rechazo del cheque común que no se aplica al rechazo de registración del cheque de pago diferido; y, por otro lado, una causal exclusiva de rechazo de los cheques de pago diferido.

Así, no procede el rechazo del registro del cheque de pago diferido por el hecho de que el librador, al momento de presentarse el título para su registra-

ción, no cuente con fondos suficientes en su cuenta o con una autorización expresa o tácita para girar en descubierto; pues esta circunstancia recién adquiere relevancia al momento del cobro del cheque, esto es, cuando vence el plazo de diferimiento. A la inversa, el exceso de los límites de registro que el girado permita al librador será una causal típica de rechazo de registración de los cheques de pago diferido.

El artículo 54, al definir el cheque de pago diferido como una orden de pago librada a días vista, explica también que su registro procederá dentro de los límites que autorice el girado. Cada entidad autorizada convendrá con el cuentacorrentista el límite periódico máximo para registrar cheques de pago diferido, no pudiendo el librador superar ese tope dentro del período (mensual, quincenal o semanal), so pena que el girado se niegue al registro de aquellos cheques que sobrepasen la autorización.

El artículo 58 dispone que el cheque registrado quedará depositado en la entidad girada. Los créditos que así registre un depositante podrán ser cedidos en propiedad o en garantía por simple notificación a la entidad depositaria o girada para su registro. Las entidades emitirán certificados transmisibles conforme lo reglamente el BCRA. Serán aplicables al cheque de pago diferido todas las disposiciones que regulan al cheque común, salvo aquellas que se opongan a lo previsto en el presente capítulo.

Con lo establecido en la primera parte de la norma (luego modificada por la OPASI-2, puntos 1.3.7.5 y 1.3.7.10), se establece que el término de tantos días de diferimiento del cheque solo comenzará a correr cuando sea presentado al banco para su registración y que, desde ese mismo día, ya no podrá seguir haciendo circular el cheque en cuestión.

Entonces, mientras el cheque de pago diferido circule mediante endoso entre los distintos comerciantes, el plazo que estuviere diferido no empezará a correr. Cuando el comerciante quiera que el plazo comience a correr, entonces depositará el cheque, en manos de la entidad girada y fuera del circuito mercantil. De esta manera se intenta contrariar la naturaleza de título circulatorio que tiene el cheque. Una vez presentado para su registración, ya no se puede transmitir el cheque por endoso cambiario, simplemente porque el título ya registrado debe permanecer en poder de la entidad girada o depositaria.

Para intentar paliar esa falta de circulabilidad después del registro, el propio legislador intenta otorgar al sistema una vía simplificada para transmitir los derechos creditorios provenientes de un cheque de pago diferido ya registrado.

La norma dispone que las entidades autorizadas emitirán certificados transmisibles conforme lo reglamente el BCRA. Por medio de la OPASI-2 (puntos 1.3.7.10 y 1.3.7.11 –incorporados por la Comunicación “A” 2334 del 2 de junio de 1995–) solo se expide el certificado nominativo de registración cuando el girado otorgue aval sobre el cheque presentado a registro. Ello constituye una restricción a la letra y espíritu del artículo 58, que no surge de la norma.

Pero además, la reglamentación establece en dos disposiciones –puntos 1.3.7.5 y 1.3.7.10– que la entidad girada procederá a devolver el cartular una vez registrado; mientras que la ley dice lo contrario, esto es, que el cheque “quedará depositado en la entidad girada”. La reglamentación contraría entonces el texto de la ley, por lo que se la ha tachado de inconstitucional.

Por ende, de acuerdo con el texto de la OPASI, se producen distintas alternativas según quien registre el cheque de pago diferido –librador o tenedor legitimado–, y según si la entidad girada avala el cheque.

A.I. Si el cheque de pago diferido es registrado por el librador directamente ante el banco girado y este no lo avala, el cheque le es devuelto al librador y puede ser transmitido por endoso (OPASI-2, punto 1.3.7.10).

A.II. Si la entidad girada decide avalar el cheque de pago diferido registrado por el librador, entonces procede a retener el título (OPASI-2, punto 1.3.7.5). En este caso puede extender un certificado nominativo de registración que entrega al librador.

B.I. Cuando es el tenedor legitimado quien presenta el cheque de pago diferido directamente ante la entidad girada, y este no avala el cheque, una vez registrado es devuelto al tenedor y puede ser transmitido por endoso (OPASI-2, punto 1.3.7.5).

B.II. En el caso de existir aval y quien registre el cheque sea el tenedor:

a) si el librador consignó en el cheque una leyenda firmada al dorso que diga “para ser avalado por la entidad girada” (OPASI-2, punto 1.3.7.11), y esta no lo hace al recibirlo, la registración será rechazada. Si el girado avala el título, lo retiene (OPASI-2, punto 1.3.7.5) y debe extender el certificado nominativo de registración que entrega al depositante del cheque de pago diferido.

b) Si el tenedor legitimado deposita el cheque de pago diferido a través de una entidad autorizada distinta del girado, en caso de que este último no avale el cheque, entonces el segundo párrafo del punto 1.3.7.6 de la OPASI-2 otorga a las entidades depositarias la facultad de emitir certificados nominativos de registración. Para que ello ocurra, es necesario que la entidad autorizada que recibió el depósito del cheque del tenedor legitimado proceda a avalar el cheque.

Así, pues, la reglamentación del BCRA, al modificar el artículo 58 y disponer que después de registrado el cheque de pago diferido el mismo es devuelto al depositante (salvo aval), reduce los casos de libramiento del certificado nominativo (continente del crédito que otrora instrumentara el cheque de pago diferido registrado) solo para el caso –poco frecuente– de que la entidad girada o la depositaria decidieran avalar el cheque o el certificado nominativo de registración.

Conforme al artículo 59, las entidades autorizadas entregarán a los clientes que lo soliciten, además de las libretas de cheques indicadas en el artículo 4, otras libretas claramente diferenciables de las anteriores con cheques de pago diferido. Las entidades autorizadas mantendrán informados a sus clientes de las condiciones en las que podrá ser utilizada su cuenta corriente de cheques de pago diferido. El girado podrá rechazar la registración de un cheque cuando el librador no se ajustara a dichas condiciones.

Para algunos autores, de esta norma se desprendería que los cheques comunes y los de pago diferido deben ser librados contra distintas cuentas corrientes. Si bien no es tan claro que así sea, es beneficioso, porque podría traer complicaciones si contra la misma cuenta se giraran tanto cheques comunes como de pago diferido. Así, por ejemplo, la determinación de la prioridad temporal de pago entre uno y otro cheque cuando los fondos depositados en la cuenta fuesen insuficientes para atender ambos giros. Con el fundamento de ser el cheque común una orden de pago y no de crédito –como lo es el de pago diferido–, podría darse preferencia de cobro al primero, despreciando el hecho de que el cheque de pago diferido estaba previamente registrado por la entidad girada con una antelación no menor a treinta (30) días.

Prescripción

El artículo 61 dispone que las acciones judiciales del portador contra el librador, endosantes y avalistas se prescriben al año (1) contado desde la expiración del plazo para la presentación. En el caso de cheques de pago diferido, el plazo se contará desde la fecha del rechazo por el girado, sea para la registración o al pago. Las acciones judiciales de los diversos obligados al pago de un cheque, entre sí, se prescriben al año (1) contado desde el día en que el obligado hubiese reembolsado el importe del cheque o desde el día en que hubiese sido notificado de la demanda judicial por el cobro del cheque. La interrupción de la prescripción solo tiene efecto contra aquel respecto de quien se realizó el acto interruptivo.

Al igual que la prescripción civil, la de naturaleza comercial tiene la misma función de extinguir las acciones que no se ejercitaron durante cierto tiempo, pero se diferencia de aquella por sus plazos mucho más breves. La razón de la mayor brevedad de los plazos de prescripción mercantiles respecto de los civiles responde a la rapidez de los negocios comerciales; pues si se admitiera el ejercicio de las acciones ejercidas con retardo, ello perturbaría los eslabones de una cadena económicamente incesante.

Cabe aclarar que la prescripción de la acción cambiaria derivada del cheque no extingue la acción causal para reclamar el crédito allí instrumentado, por lo que si se acciona mediante un proceso de conocimiento será aplicable la prescripción emergente de la relación causal que motivó el libramiento del cheque. El plazo para el cheque común no se computa desde el rechazo bancario, sino desde el vencimiento del término de presentación del título. Entonces, si se tiene en cuenta que el plazo para la presentación de los cheques al cobro es de treinta (30) a sesenta (60) días desde la fecha de su libramiento –según sean librados en el país o en el extranjero– resulta que el plazo de prescripción es, en realidad, de un (1) año y treinta (30) días –o sesenta (60)–, contados desde la fecha del libramiento.

Las acciones directa y regresiva, derivadas del cheque de pago diferido, prescriben también al año (1) y el cómputo del plazo comienza desde el rechazo de la registración o del rechazo del pago por el girado. La interrupción de la prescrip-

ción se rige por las normas del CCCN. Como excepción, el último párrafo del artículo 61 establece que la interrupción de la prescripción con respecto a uno de los obligados cambiarios no produce efectos en cuanto a los demás.

Consecuencias del rechazo

El artículo 62 dispone que en caso de rechazo del cheque por falta de provisión de fondos o autorización para girar en descubierto o por defectos formales, el girado lo comunicará al BCRA, al librador y al tenedor, con indicación de fecha y número de la comunicación, conforme lo indique la reglamentación. Se informará al tenedor la fecha y número de la comunicación. Sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el derecho común, si el girado omitiere la comunicación será responsable del pago del importe del cheque solidariamente con el librador, hasta un máximo equivalente a cinco mil pesos (\$ 5.000).

El librador de un cheque rechazado por falta de fondos o sin autorización para girar en descubierto será sancionado con una multa equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor del cheque, con un mínimo de cien pesos (\$ 100) y un máximo de cincuenta mil pesos (\$ 50.000). El girado está obligado a debitar el monto de la multa de la cuenta del librador. En caso de no ser satisfecha dentro de los treinta (30) días del rechazo, ocasionará el cierre de la cuenta corriente e inhabilitación. La multa será reducida en un cincuenta por ciento (50%) si el librador cancela el cheque motivo de la sanción dentro de los treinta (30) días del rechazo, circunstancia que será informada al BCRA. El depósito de las multas en la cuenta del BCRA se deberá hacer dentro del mes siguiente al mes en el que se produjo el rechazo.

Una primera consecuencia del rechazo del cheque por el motivo que sea es la obligación del girado de comunicar tal circunstancia al BCRA. Esta exigencia se complementa con lo dispuesto por la reglamentación del BCRA respecto de idéntica obligación del girado de notificar a la autoridad de control –ante su requerimiento expreso– el no pago de cheques motivado en denuncias de robo o hurto (OPASI-2, puntos 1.2.2.13 y 1.3.9.2.8), y aun el no pago de multas por parte del cuentacorrentista (OPASI-2, punto 1.2.2.12).

Aclarando un punto oscuro, la OPASI-2 (punto 1.3.8.7) dispone que cuando el rechazo del cheque se produzca tanto por motivos formales como por insuficiente provisión de fondos, la multa a aplicar será la prevista por el artículo 62, esto es, que la sanción mayor –por falta de fondos suficientes– absorbe la sanción menor derivada de los defectos formales del cheque.

La reglamentación del BCRA (tercer párrafo del punto 1.3.8.5 de la OPASI-2) establece la obligación de las entidades giradas de abonar al BCRA el importe de las multas en que hubieran incurrido sus clientes.

El artículo 63 prevé que cuando medie oposición al pago del cheque por causa que haya originado denuncia penal del librador o tenedor, la entidad girada deberá retener el cheque y remitirlo al juzgado interviniente en la causa. La entidad girada entregará a quien haya presentado el cheque al cobro una certificación que habilite el ejercicio de las acciones civiles conforme lo establezca la reglamentación.

La norma prevé un mecanismo que impide obstaculizar la ordenada investigación de ilícitos penales, a la par que facilita el ejercicio de la acción cambiaria, mediante la emisión de un certificado o copia auténtica del cheque objeto de rechazo, habilitándose con este las acciones civiles pertinentes.

Aplicación supletoria del Decreto-Ley N° 5965/63

El artículo 65 dispone que en caso de silencio de esta ley, se aplicarán las disposiciones relativas a la letra de cambio y al pagaré en cuanto fueren pertinentes.

Los vacíos legales que pudieran surgir de la aplicación de la ley se integrarán con los principios generales del Decreto-Ley N° 5965/63, siempre y cuando tal utilización supletoria fuere pertinente. La naturaleza del cheque de pago diferido, que es mucho más próxima a la de la letra de cambio, así como la introducción del aval y la posibilidad de creación de un cheque incompleto, hacen importante la remisión.

Así, se aplicarán al cheque las disposiciones relativas al proceso de cancelación cambiaria (Decreto-Ley N° 5965/63, arts. 89 y ss.), cuya finalidad es que el portador, que ha sido desposeído del título por pérdida, sustracción

o destrucción, pueda exigir el cumplimiento de la obligación cartular en él instrumentada. La sentencia de cancelación producirá la desincorporación del derecho cartular del cheque, anulándolo como tal por vía de la ineficacia que se declare, para remitir esa fuerza al testimonio judicial. En el caso de alteraciones al cheque, también será de aplicación el Decreto-Ley N° 5965/63.

Facultades del Banco Central

Conforme al artículo 66, el BCRA, como autoridad de aplicación de esta ley:

1. Reglamenta las condiciones y requisitos de apertura, funcionamiento y cierre de las cuentas corrientes sobre las que se pueden librar cheques comunes y de pagos diferidos y los certificados a los que alude el artículo 58.
2. Amplía los plazos fijados en el artículo 25, si razones de fuerza mayor lo hacen necesario para la normal negociación y pago de los cheques.
3. Reglamenta las fórmulas del cheque y decide sobre todo lo conducente a la prestación de un eficaz servicio de cheque, incluyendo la forma documental o electrónica de la registración, rechazo y solución de problemas meramente formales de los cheques.
4. Autoriza cuentas en moneda extranjera con servicio de cheque.
5. Puede, con carácter temporario, fijar monto máximo a los cheques librados al portador y limitar el número de endosos del cheque común.

Las normas reglamentarias de esta ley que dicte el BCRA deberán ser publicadas en el Boletín Oficial.

Poco antes de la entrada en vigencia de la ley (2 de mayo de 1995), el BCRA hizo uso de esta facultad reglamentaria dictando la OPASI-2, que fue informada a las entidades del sistema mediante su Comunicación "A" 2329. Se critica el inciso 5 por la ilegítima delegación de facultades legislativas al BCRA, para limitar el número de endosos –v. gr., limitándolo a uno, para el endoso bancario– y para fijar un bajo monto máximo por el que podrían librarse cheques al portador.

Protección penal

El Código Penal prevé la protección de este instrumento de la actividad bancaria, citando en su artículo 302 cuatro tipos de delitos y en su artículo 172 la aplicación de la figura de la defraudación general.

Artículo 302:

Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurran las circunstancias del artículo 172:

1. el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;
2. el que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado;
3. el que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;
4. el que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

Esta disposición prevé cuatro figuras bien diferenciadas que abarcan ciertas conductas que son penalizadas con una pena principal de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y una accesoria de inhabilitación para utilizar el servicio de cheques, que va de uno (1) a cinco (5) años. Además, prevé la posibilidad de que la utilización del cheque haya sido el medio o instrumento para cometer el delito de estafa reprimido en el artículo 172 del Código Penal.

6. CERTIFICADOS DE DEPÓSITO Y WARRANTS

Noción y regulación (leyes N° 928 y 9643). Contrato de depósito y casas de depósito en el CCCN (arts. 1356 a 1377)

Certificados de depósito y warrants

Noción y regulación (leyes N° 928 y 9643)

Los títulos de crédito pueden tener incorporados distintos tipos de derechos, además de los típicamente creditorios. Por tal motivo, se dice que dentro del género títulos de crédito se pueden distinguir tres especies:

1. Títulos de participación (acciones de sociedades anónimas y en comanda por acciones).
2. Títulos que se emplean concretamente como instrumentos creditorios o medios de pago (cheque, pagaré, factura de crédito, letra de cambio, etc.).
3. Títulos que atribuyen derecho a la entrega de la cosa, entre los cuales encontramos certificados de depósito de mercaderías y warrants.

Estos dos últimos no están regulados por el CCCN. Su inclusión fue primero por la Ley N° 928 –certificado y warrant aduanero– y posteriormente por la Ley N° 9643 –ambas vigentes–. Se caracteriza por la posibilidad de emitir un certificado de depósito y un warrant, representativos de las mercaderías depositadas; para ello se debe obtener autorización del Poder Ejecutivo, previa comprobación del estado de los depósitos, de la forma de administración, limpieza y vigilancia, de las tarifas por depósitos y servicios accesorios. Ade-

más, se debe prestar garantías especiales y asegurar contra incendio las mercaderías no aseguradas por su depositante.

Certificado de depósito y warrants son títulos representativos de las cosas depositadas, y su funcionamiento operativo tiene como finalidad que uno de estos dos documentos –el warrant– pueda entregarse para garantizar el pago de alguna obligación. El duplicado del certificado de depósito se llama “warrant”. El titular de la casa de depósito autorizado a emitir estos certificados (depositario) entrega al depositante dos títulos: un certificado de depósito y un warrant. El certificado de depósito representa la titularidad de las mercaderías depositadas y su transmisión provoca la transferencia de la propiedad de esos bienes, mientras que el warrant solo confiere un derecho creditorio o de garantía sobre ellos. La separación en distintas personas de esos dos títulos inmoviliza las mercaderías depositadas, ya que solo podrán ser retiradas por quien presente conjuntamente los dos documentos.

Por lo expuesto hasta aquí, y teniendo en cuenta que ambos documentos pueden ser transmitidos por endoso, sirven para facilitar ciertas operaciones, tales como:

- a) Transmisión de las mercaderías: al ser un título representativo, su transmisión implica la de las mercaderías que representa. En caso de transmitir ambos documentos se entiende que no hay gravamen, el que sí existiría si solo se transmite el certificado con la anotación de la operación garantizada con el warrant.
- b) Regulación legal del warrant: además de las leyes 928 y 9643, el warrant también cuenta con una protección penal que tipifica como delitos algunas maniobras dolosas que puedan realizarse utilizando esos documentos.
- c) Obtención de créditos: el depositante conserva el certificado de depósito, donde se anota la obligación garantizada, su importe y la fecha en que debe pagarse. Transmite por endoso el warrant a favor de su acreedor, quien con él tendrá la garantía de la mercadería depositada. Esto le permitirá, en caso de producirse la mora e incumplimiento en el pago de su crédito, recurrir directamente al administrador del depósito, quien deberá atender el pedido de venta y ordenarla por intermedio de

los mercados respectivos, y donde estos no existan, por martilleros de listas. Con el producido de la venta y luego del cumplimiento de determinados recaudos, le pagará al acreedor.

Contrato de depósito y casas de depósito

Tanto el contrato de depósito como las casas de depósito se encuentran regulados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título IV sobre “Contratos en particular”, Capítulo 11, entre los artículos 1356 a 1377.

Dicho cuerpo legal define el contrato de depósito cuando una parte (depositario) se obliga a recibir de otra (depositante) una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos.

El Código Civil derogado se refería al supuesto en que una de las partes gratuitamente se obligaba a guardar una cosa, mueble o inmueble, y restituir la misma e idéntica cosa; en cambio el Código de Comercio lo entendía como un acto de comercio para cosas muebles y se presumía oneroso.

El nuevo CCCN no distingue si se trata de cosa mueble o inmueble (art. 1356) y presume su onerosidad. En caso de haberse pactado la gratuidad, el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables para la custodia y restitución. El depositario tiene la obligación de cuidar la cosa dada en depósito con la diligencia debida y conforme la modalidad de la custodia, no pudiendo usarlas y debiendo restituirlas con sus frutos. Las partes pueden convenir un plazo del contrato y se presume a favor del depositante, pero si es pactada la gratuidad, el depositario le puede exigir al depositante en cualquier momento que reciba la cosa depositada. Si la cosa se pierde o perece no mediando culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante. El depositario debe restituir la cosa y sus frutos al depositante o a quien este indique, pero si la cosa es depositada a favor de un tercero, será necesario para su restitución el consentimiento del depositante. En el caso de fallecimiento del depositario, sus herederos que de buena fe hayan enajenado la cosa, tiene la obligación de restituir al depositante el precio percibido.

El CCCN regula los depósitos irregulares y los depósitos necesarios (arts. 1367 a 1375).

En el primer caso, se define el *depósito irregular* como aquel que se hiciera sobre una cantidad de cosas fungibles que no se encuentran en saco cerrado. En este caso, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o incluso lo haya prohibido. El depositario deberá restituir al depositante la misma cantidad y calidad. El artículo 1367 se complementa con las reglas del mutuo.

En el segundo caso, se define el *depósito necesario* como aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros (art. 1368).

La normativa anterior al nuevo CCCN establecía que el depósito podía ser voluntario o necesario. En el primero, la elección del depositario a quien se confiaba la cosa dependía de la voluntad del depositante, quien no se encontraba condicionado por ninguna circunstancia. En el necesario, la persona del depositario era impuesta por las circunstancias, no disponiendo el depositante de libertad de elección del guardador de la cosa. Esta distinción se mantiene en el nuevo CCCN y se incorpora la figura de las cosas introducidas en los hoteles por lo viajeros en lugar de las posadas.

El nuevo CCCN sigue los lineamientos del Código Civil en relación a depósito en hoteles, responsabilidad del hotelero, eximentes de responsabilidad del mismo, cosas de valor depositadas, negativa a recibir del hotelero.

En este sentido, se establece que el depósito en los hoteles tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquellos tengan las llaves de las habitaciones donde se encuentren tales efectos. Si se trata de cosas de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros/viajeros debe hacerlo saber al hotelero a fin de que sean guardados en las cajas de seguridad del hotel. El hotelero podrá negarse a recibir los efectos en caso de que los mismos sean excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causare molestias extraordinarias. El hotelero es responsable por los daños y/o pérdidas sufridos en: a) los efectos introducidos en el hotel; b) el vehículo guardado en el establecimiento, en garajes u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por el hotelero. En caso

de caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera, el hotelero se exime de responsabilidad, quien tampoco responde por las cosas dejadas en los vehículos de los viajeros. Salvo lo dispuesto hasta aquí, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita.

Las reglas descriptas son aplicables también a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento, y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso. Pero en el caso garajes, lugares y playas de estacionamiento, sí se responde por las cosas dejadas en los vehículos.

Entre los artículos 1376 y 1377 del CCCN se regula la responsabilidad y las obligaciones de los propietarios de las casas de depósito. En este sentido, el art. 1376 incorpora la responsabilidad de la conservación de las cosas allí depositadas con tres excepciones: a) avería por la propia naturaleza de las cosas, b) vicio propio de la cosa y c) caso fortuito externo. La tasación de los daños está a cargo de peritos.

Asimismo, los propietarios de las casas de depósito están obligados a: a) dar recibo por las cosas que le son entregadas en depósito describiendo su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida y b) permitir la inspección de las cosas recibidas en depósito al depositante y a quien este indique.

7. OBLIGACIONES NEGOCIABLES (LEY N° 23576)

El financiamiento en el mercado de capitales. La emisión de deuda. Las obligaciones negociables. Condiciones del empréstito. Emisión. Forma de documentación. Asamblea de obligacionistas. Gestión de los intereses de los obligacionistas. Tipos de obligaciones negociables. Las obligaciones negociables como título ejecutivo. Beneficios impositivos

Obligaciones negociables

El financiamiento en el mercado de capitales

Todas las empresas, sean grandes o pequeñas, deben contar con capital o crédito para manejar y expandir sus negocios (nuevas sucursales), mejorar los sistemas de producción (adquisición de nueva tecnología) y mejorar su competitividad (modernización de su maquinaria). El monto de la financiación y el tiempo durante el que se necesitará variarán de acuerdo con las circunstancias de cada entidad.

Las alternativas que existen a tal fin son: a) no distribuir utilidades y reinvertirlas (política de ahorro y reservas); b) emitir acciones, lo que obliga a las sociedades a aumentar el capital social y requerir a los socios que realicen nuevos aportes o a permitir el ingreso de nuevos socios; c) contraer endeudamiento, ya sea a través de un préstamo financiero o bancario tradicional (préstamos, que en general son a corto plazo y muy onerosos) o mediante la captación de fondos en el mercado de capitales, y d) titularizar activos y captar fondos mediante la expedición y negociación de valores mobiliarios que otorgan a su titular un derecho de participación sobre esos activos.

La emisión de deuda. Las obligaciones negociables

La Ley N° 23576 (1988) –reformada por la Ley N° 23962 (1991)– de Obligaciones Negociables (LON) regula estos títulos, que son valores mobiliarios emitidos en masa por una persona jurídica, representativos de un empréstito generalmente a mediano y largo plazo (en otras legislaciones este tipo de valores recibe el nombre de debentures o bonos).

La nota diferenciadora entre el mutuo y las obligaciones negociables es que en este último caso el acreedor es fungible, ya que puede vender su posición en el mercado sin acudir al mecanismo de la cesión de créditos. Las obligaciones negociables representan entonces un préstamo fraccionado de carácter negociable generalmente a mediano y largo plazo. La circunstancia de que el crédito se encuentre fraccionado permite y facilita la dispersión entre una mayor cantidad de inversores, atraídos por ventajas económicas y la posibilidad de su negociación secundaria en el mercado de capitales.

La obligación negociable constituye un título o valor mobiliario, pues se trata de un derecho económico que circula documentado en un título al cual se considera incorporado o mediante un registro llevado en cuentas. Le son aplicables los caracteres de los títulos de crédito: literalidad, necesidad y autonomía. Son valores emitidos en masa o en serie y todas las unidades tienen las mismas características y otorgan los mismos derechos dentro de su clase y, por tanto, se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo.

Los derechos que las obligaciones negociables confieren a sus titulares son: a) reembolso del capital por su importe nominal o con ajuste, mediante amortizaciones parciales o una amortización única al final del plazo; b) pago de interés comprometido, también en forma periódica o al final del plazo del empréstito; c) si es convertible, la posibilidad de convertirse en acciones de la empresa emisora; d) acción ejecutiva para cobrar el capital y los intereses adeudados.

Las obligaciones negociables pueden ser emitidas por sociedades por acciones, cooperativas, asociaciones civiles y sucursales de sociedades por acciones extranjeras. La decisión de la emisión le corresponde a la asamblea de accio-

nistas, quienes delegarán en el Directorio u órgano de administración, dentro de ciertos límites, las condiciones de la misma.

Las obligaciones negociables pueden ser: a) simples, cuando representan un empréstito contraído por la empresa emisora, dando derecho al titular de ellas al reembolso del capital y al pago del interés conforme las condiciones de emisión; b) convertibles, cuando además de otorgar al obligacionista todos los derechos inherentes a su posición de acreedor conceden adicionalmente la opción de cancelar por anticipado la relación crediticia mediante la suscripción de acciones de la sociedad emisora (sociedad anónima o en comandita por acciones) conforme a un precio determinado.

En el caso de las obligaciones negociables convertibles, el obligacionista dispone de un período de tiempo para evaluar la marcha de los negocios sociales y escoger entre permanecer como acreedor o convertirse en accionista mediante el ejercicio del derecho de conversión. Si la opción es ejercida, la relación crediticia queda cancelada y el obligacionista, a su sola voluntad, se transforma en accionista.

Este tipo de obligaciones negociables solo puede ser emitido por sociedades por acciones. En las sociedades cerradas, la emisión debe ser resuelta por asamblea extraordinaria, mientras que en las sociedades abiertas corresponde a la asamblea ordinaria. La decisión de la asamblea de emitir obligaciones negociables convertibles implica de pleno derecho la decisión de aumentar el capital en la medida necesaria para hacer frente a los futuros pedidos de conversión, careciendo los accionistas de la emisora del derecho de preferencia sobre las acciones que se emitan con ese fin.

Condiciones del empréstito

El préstamo puede ser en moneda local o extranjera (art. 4), lo que facilita su colocación en el mercado exterior y la compra de obligaciones negociables por parte de inversores extranjeros. La ley establece la libre salida de las obligaciones del país y su reingreso, y la facultad de pagar los servicios en plazas del exterior.

La ley no estipula plazos máximos o mínimos para la amortización o devolución del capital, por lo que ello va a depender del tipo de inversor que se

deseo captar. En cualquier caso, el plazo máximo no podrá superar el plazo de duración de la sociedad emisora. Se puede convenir que se devuelva todo el capital al finalizar el empréstito, o bien se pueden ir realizando amortizaciones periódicas.

Pueden establecerse tasas fijas (el porcentual permanece invariable y se liquida sobre el valor nominal de la obligación o sobre su valor residual –deducidas las amortizaciones efectuadas–) o tasas variables (se modifican en función de pautas objetivas previstas en las condiciones de emisión, de distintas formas –variables, crecientes, decrecientes o repactables–).

En cuanto a las garantías, las obligaciones negociables comunes no reconocen ningún privilegio respecto de los bienes de la sociedad por lo que el acreedor es quirografario. Las especiales reconocen una preferencia para ser pagadas sobre uno o varios bienes susceptibles de hipoteca y cuyo titular goza de todos los privilegios inherentes al acreedor hipotecario. Finalmente, en las obligaciones negociables con garantía flotante se afectan todos o parte de los bienes del emisor, presentes y futuros, inmuebles, muebles y semovientes.

Emisión

Las obligaciones negociables pueden ser emitidas por sociedades por acciones, cooperativas, asociaciones civiles constituidas en el país y por las sucursales de sociedades por acciones constituidas en el extranjero en los términos del artículo 118 de la Ley N° 19550.

En caso de emisión de obligaciones negociables, la emisora deberá elaborar un aviso que publicará en el Boletín Oficial por un (1) día, quedando constancia de su contenido en el organismo de control respectivo, y se inscribirá en el Registro Público de Comercio (LON, artículo 10) con los siguientes datos: a) fecha de las asambleas y reunión del órgano de administración en su caso, en que se haya decidido el empréstito y sus condiciones de emisión; b) denominación de la emisora, domicilio, fecha y lugar de constitución, duración y datos de sus inscripción en el Registro Público de Comercio; c) el objeto social y la actividad principal desarrollada a la época de emisión; d) el capital social y el patrimonio neto de la emisora; e) la naturaleza de la garantía; f)

las condiciones de amortización; g) la fórmula de actualización del capital en su caso y época del pago del interés; h) si fuesen convertibles en acciones, la fórmula de conversión.

Forma de documentación

Pueden documentarse a través de láminas, certificados provisorios o globales (obligaciones cartulares) o por inscripción en cuentas llevadas a nombre de sus titulares en un registro de obligaciones negociables escriturales. Las obligaciones negociables representadas en títulos pueden circular en la forma al portador o nominativas, endosables o no. Las obligaciones negociables escriturales por su naturaleza son nominativas.

Asamblea de obligacionistas

La ley prevé mecanismos a través de los cuales los obligacionistas actúan como cuerpo colegiado en defensa de sus intereses. Uno es la asamblea de obligacionistas (art. 14), que será convocada por el órgano de administración o, en su defecto, por la sindicatura o consejo de vigilancia de la sociedad cuando lo juzgue necesario o fuere requerida por el representante de los obligacionistas o por un número de estos que represente, por lo menos, el cinco por ciento (5%) del monto de la emisión. En este último supuesto, la petición indicará los temas a tratar y la asamblea deberá ser convocada para que se celebre dentro de los cuarenta (40) días de recibida la solicitud. La convocatoria se hará en la forma prevista por el artículo 237 de la LGS. Si el órgano de administración, la sindicatura o consejo de vigilancia omitieran hacerla, podrá ser efectuada por la autoridad de control o por el juez.

La ley requiere de la conformidad de la asamblea de obligacionistas para que la sociedad realice determinados actos (art. 15): a) retiro de la oferta pública o cotización de las obligaciones; b) retiro de la oferta pública de acciones cuando las obligaciones negociables fueren convertibles; c) prórroga del contrato de sociedad, la transferencia del domicilio al extranjero, cambio de objeto, así como también todo otro tema que se considere de interés por un número

de obligacionistas que representen no menos del cinco por ciento (5%) de la emisión.

Otro mecanismo es el contrato por el cual la emisora conviene con una entidad financiera o firma intermediaria en la oferta pública de valores, para que esta última, en carácter de fiduciaria, tome a su cargo la defensa de los intereses colectivos de los obligacionistas durante la vigencia del empréstito y hasta su cancelación total (art. 13).

Gestión de los intereses de los obligacionistas

El agente de fiscalización es una entidad que interviene en la emisión de obligaciones negociables con el solo objeto de controlar el cumplimiento de los compromisos consistentes en obligaciones de hacer y de no hacer, que a través de las condiciones de emisión hubiere contraído el emisor.

La ley dispone además que la empresa emisora puede firmar con una entidad financiera o firma intermediaria en la oferta pública de valores un convenio por el cual esta se haga cargo de la defensa de los derechos e intereses que colectivamente correspondan a los obligacionistas (ya que no cubre las acciones y derechos que individualmente pudieran corresponderles) durante la vigencia del empréstito y hasta su cancelación total. La intervención de este agente fiduciario viene impuesta necesariamente en el caso de que el empréstito esté garantizado con una prenda (con o sin desplazamiento).

Tipos de obligaciones negociables

Los términos y condiciones que regirán una emisión de obligaciones negociables son establecidos previamente en el prospecto de emisión, en el que se describe la información relevante sobre la entidad emisora y sobre los títulos, para conocimiento de los potenciales inversores, así como los derechos y obligaciones a los que se someterán las partes. Es por ello que la obligación negociable es un título causal, en tanto su texto menciona la causa legítima de su creación, que motivó el libramiento. Los títulos otorgarán a su portador legitimado un derecho de crédito contra la sociedad emisora, de acuerdo con las condiciones establecidas en los “términos y condiciones de emisión” de los mismos.

En cuanto a las formas de documentación, las obligaciones negociables pueden ser cartulares o escriturales. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley N° 23576, las obligaciones negociables cartulares se representan en títulos individuales (documento en papel) que deben ser nominativos y no endosables (Ley N° 24587) o, según lo establece su artículo 30, las sociedades autorizadas a la oferta pública de valores pueden emitir certificados globales representativos de la totalidad o parte de la emisión para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 31, en las condiciones de emisión se puede prever que las obligaciones negociables no se representen en títulos (escriturales), sino por un sistema de cuentas llevadas a nombre de sus titulares en un registro de obligaciones negociables escriturales llevado por la emisora, bancos comerciales o de inversión o cajas de valores. En ese caso, la calidad de obligacionista se presume por las constancias de las cuentas abiertas en el registro de obligaciones negociables escriturales. En todos los casos, la emisora es responsable ante los obligacionistas por los errores e irregularidades de las cuentas, sin perjuicio de la responsabilidad de la entidad que las lleve ante la emisora, en su caso. La emisora, el banco o la caja de valores deben otorgar al obligacionista un comprobante de la apertura de su cuenta y de todo movimiento que inscriba en ella. Todo obligacionista tiene derecho a que se le entregue, cuando lo desee, constancia del saldo de su cuenta, a su costa.

La transmisión de obligaciones negociables nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven debe notificarse por escrito a la emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la emisora y los terceros desde su inscripción. En el caso de obligaciones negociables escriturales, la emisora o entidad que lleve el registro cursará aviso al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de obligaciones o constitución de gravámenes sobre ellas dentro de los diez (10) días de haberse inscripto, en el domicilio que se haya constituido (art. 32).

Las obligaciones negociables como título ejecutivo

El artículo 29 se encarga de conferirle a estos títulos el carácter ejecutivo, al decir “los títulos representativos de las obligaciones negociables otorgan acción ejecutiva a sus tenedores para reclamar el capital, actualizaciones e intereses”.

Durante la década de 1990, numerosas empresas de nuestro país accedieron al mercado internacional de crédito mediante la emisión de obligaciones negociables. A fin de facilitar su negociación, las obligaciones eran emitidas en forma cartular, nominativa, y representadas mediante un título global que era ingresado en un sistema de depósito colectivo en EE. UU. Ese título era emitido a favor de una entidad designada como titular de los valores, por cuenta y orden de los adquirentes de participaciones en el mismo. Las entidades que mantienen una participación en el título global (participantes) son los bancos o fondos de inversión y les venden dichas participaciones a miles de inversores, los que resultan ser los titulares de los derechos crediticios. En la mayoría de los casos, la autorización, otorgamiento, emisión y entrega de los títulos se rige por la ley argentina, y todas las demás cuestiones por la ley del estado de Nueva York.

Hasta la devaluación en nuestro país, los incumplimientos incurridos por las empresas fueron escasos. Los reclamos judiciales tramitaron por la vía ejecutiva prevista por la normativa. Pero la devaluación y pesificación dispuesta a principios del año 2002 en la salida de la convertibilidad contribuyó a que algunas de las empresas que emitieron obligaciones negociables en moneda extranjera suspendieran el pago del capital y de los intereses (Alpargatas, Sociedad Comercial del Plata, Multicanal, Cablevisión, Autopistas del Sol, Metrogas, entre otras). Esta circunstancia motivó que se iniciaran numerosos juicios ejecutivos y pedidos de quiebra. La mayoría de las empresas emisoras se defendieron con argumentos similares. Esgrimieron falta de legitimación de los actores, alegando la inhabilidad de título de los certificados de tenencia emitidos por la Caja de Valores o sus equivalentes en el exterior, plantearon la inconstitucionalidad del Decreto N° 677/01 que autoriza la emisión de este tipo de certificados y solicitaron la pesificación de las deudas.

Cabe señalar que el Decreto N° 677/01 –denominado Régimen de Transparencia de la Oferta Pública– establece que las entidades que administran sistemas de depósito colectivo podrán expedir comprobantes de los valores representados en certificados globales a favor de las personas que tengan una participación en los mismos, a efectos de legitimar a su titular para reclamar judicialmente.

En sus considerandos expresa la necesidad de asegurar los derechos del consumidor financiero, consagrado por el artículo 42 de la Constitución Nacional. Así, entre sus objetivos la norma tiene por fin modernizar la normativa aplicable al mercado de capitales adaptándola a las del mercado internacional y canalizar el ahorro interno en inversión brindando mayor protección al inversor minorista. Reemplaza el tradicional concepto de título valor –vinculado a la representación cartular– por otro de alcance más extenso, el valor negociable, que incluye los valores anotados en registro de anotaciones en cuenta, los contratos de inversión y, en general, cualquier valor o contrato de inversión.

Beneficios impositivos

El artículo 35 dispone que los actos relacionados con la emisión y transferencia de obligaciones negociables están exentos del impuesto a los sellos.

Al mismo tiempo, el artículo 36 bis prevé la exención del IVA, del impuesto sobre la transferencia de títulos, así como del impuesto a las ganancias sobre los resultados de las operaciones para el inversor. Por otro lado, la emisora puede deducir del impuesto a las ganancias los intereses que pague.

Todo ello tiene como condición que las obligaciones negociables sean colocadas en la oferta pública y que los fondos obtenidos sean aplicados a inversiones productivas.

8. FIDEICOMISO FINANCIERO Y TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

El fideicomiso en el CCCN (arts. 1666 a 1689). Fideicomiso financiero (arts. 1690 a 1692)

Fideicomiso financiero y titulación de activos

El fideicomiso en el CCCN (arts. 1666 a 1689)

En el CCCN –Ley N° 26994–, el contrato de fideicomiso está regulado en el Capítulo 30, Título IV –“Contratos en particular”–, Libro III –“Derechos personales”–. Es definido como el contrato mediante el cual una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al beneficiario (art. 1666 del CCCN –Ley N° 26994–).

La principal fuente de creación del fideicomiso es el contrato, pero puede ser también creado por testamento o por decisión legislativa, en los casos en que es el Estado quien transmite los bienes que conformarán el patrimonio.

El fideicomiso estaba regulado por la Ley N° 24441 y el código sigue un régimen que es similar.

Del concepto puede extraerse que existen cuatro partes en el negocio; el fiduciante, que es quien constituye el fideicomiso, transmite los bienes sobre los cuales tiene facultades de disposición y determina cuál será la finalidad a la que estará destinada la gestión; el fiduciario, a quien se le transmiten los bienes y

quien será el responsable de gestionar el fondo según el encargo; el beneficiario, que será quien obtenga los frutos mientras dure el fideicomiso, y el fideicomisario, que será quien reciba el remanente al extinguirse el fideicomiso.

Los bienes que integran un fideicomiso constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. El principio de separación patrimonial impide que los acreedores particulares de las partes puedan ejercer acciones que agredan el patrimonio fideicomitado. Y si bien los acreedores del beneficiario y del fideicomisario no pueden agredir los bienes del fondo fiduciario, podrán ejercer, por vía subrogatoria, los derechos de sus deudores, si estos no ejercieran debidamente sus derechos. También podrán embargar los beneficios que a ellos les correspondan.

El fideicomiso no puede durar más de treinta (30) años desde que se celebra el contrato, o culminará cuando muera el incapaz beneficiario o cuando se cumpla la condición para la cual fue creado (ver art. 1668, CCCN –Ley N° 26994–). A través de un fideicomiso se pueden perseguir diversos fines, siempre y cuando sean lícitos. Así podrán constituirse con el objeto de realizar un negocio o inversión determinada para beneficiar a alguien en particular, o incluso con fines altruistas. El código no especifica ni limita las finalidades para las que puede constituirse un fideicomiso, precisamente para que sea una figura adaptable a la intención y necesidad de quien decida constituirlo.

El contrato debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, y puede celebrarse por instrumento público o privado, salvo que se refiera a bienes cuya transmisión deba ser celebrada por instrumento público.

En el contrato se deberán individualizar los bienes objeto de contratación o la descripción de los requisitos y características que deben reunir; la determinación del modo en que podrán incorporarse otros bienes; el plazo o condición al que se sujeta la propiedad fiduciaria; el destino de los bienes al finalizar el contrato, con indicación del fideicomisario; los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo en caso de que cese en su función.

Podrán ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades (v. gr., un fondo de comercio).

El fiduciario tendrá la obligación inderogable de rendir cuentas sobre la administración de los bienes objeto del fideicomiso y podrán solicitar la rendición

de cuentas el beneficiario, el fiduciante o el fideicomisario. Establece la normativa que, salvo convención en contrario, deben rendirse cuentas al menos una vez por mes.

El fiduciario tendrá derecho a una retribución y al reembolso de los gastos, y el contrato determinará quien deberá hacerse cargo del pago de los mismos. Si la retribución no es fijada en el contrato, la determinará el juez considerando la índole del encargo y la calidad, extensión y el mérito de la labor encomendada.

El fiduciario podrá ser removido judicialmente por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado de cumplirlas y por las razones previstas en el artículo 1678 del CCCN –Ley N° 26994–. Una vez que se produzca la causa de cese de su actuación, será reemplazado en los términos del artículo 1679 del CCCN –Ley N° 26994–.

Fideicomiso financiero (arts. 1690 a 1692)

El fideicomiso financiero, regulado en los artículos 1690 a 1692 del CCCN –Ley N° 26994–, es un instrumento propio del mercado de valores. Su rasgo característico radica en que el fiduciario es una persona jurídica especializada en este tipo de negocios, y los beneficiarios están instrumentados en títulos valores.

Es utilizado para canalizar inversiones del público en general. Por eso se encomienda la gestión exclusiva a entidades financieras o a sociedades autorizadas especialmente por el organismo que controla los mercados de valores, que en la actualidad es ejercido por la Comisión Nacional de Valores (CNV), para actuar como fiduciarios financieros.

Los derechos de beneficiarios y fideicomisarios se instrumentan en títulos valores, los que podrán ofrecerse al público. Tanto la creación y emisión de los títulos, si están destinados a ofertas públicas, quedan bajo la autorización y control de la CNV.

Para la empresa, el fideicomiso financiero es una forma de obtener financiamiento, y para el inversor, otorga una posibilidad de obtener una renta del mercado financiero.

La empresa podrá a través de la titulización convertir activos ilíquidos en activos líquidos a través de la emisión de valores negociables. De este modo, las empresas obtienen una nueva fuente de financiamiento sin necesidad de endeudamiento, por lo tanto sin aumentar el pasivo.

Por sus características, el fideicomiso puede ser utilizado para el financiamiento de proyectos, con aptitud para adecuarse en su estructuración no solo las necesidades financieras específicas sino también las condiciones y finalidades de esos proyectos.

9. OFERTA PÚBLICA DE VALORES

Regulación. Mercado de capitales. Comisión Nacional de Valores. Oferta pública de títulos valores. Bolsa. Transparencia y derecho de información. Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio en el CCCN (art. 1429)

Oferta pública de valores

Regulación

La Ley N° 17811 –reformada por la Ley N° 26831, sancionada el 29 de noviembre de 2012– regula todo lo referente a la oferta pública de títulos de valores y a la actuación de las personas dedicadas al comercio de aquellos, así como la organización y el funcionamiento de las bolsas de comercio y el mercado de valores. De la normativa pueden extraerse los conceptos más relevantes.

Mercado de capitales

El mercado de capitales es el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables, para que a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Esta es una de las formas en las que opera el mercado financiero; las partes asumen riesgos y la asignación de ahorros es directa entre pares, pues el agente de bolsa se limita a acercarlas pero la transacción se concreta sin intermediarios. Las operaciones de oferta y demanda que realizan son más estructuradas y generalmente de títulos valores: acciones de socieda-

des anónimas, bonos, obligaciones negociables, fideicomisos financieros, etc. Los mercados de capitales surgen por la necesidad de las empresas de financiarse emitiendo acciones, o bien de endeudarse por medio de bonos, debentures u obligaciones negociables. De allí que la inversión bursátil sea a largo plazo, pues en tanto su objetivo es financiar a la empresa que necesita grandes cantidades de ahorro para poder respaldar económicamente sus proyectos de inversión, la devolución de los ahorros a los inversores se acuerda en plazos medianos y largos.

El mercado de capitales puede dividirse en dos grandes segmentos: mercado bursátil y extrabursátil.

El mercado bursátil más importante es el Mercado de Valores de Buenos Aires S. A. (Merval). Allí se operan títulos valores que se emiten en serie y que deben haber sido autorizados por la Comisión Nacional de Valores para que sean objeto de la oferta pública, y que cuenten con autorización para cotizar en esa bolsa –con excepción de los títulos públicos que ya cuentan con esa autorización–.

El mercado extrabursátil comprende las operaciones que se realizan sin intervención del mercado bursátil. En nuestro país se organiza bajo un único ente, el Mercado Abierto Electrónico (MAE), que está constituido como una sociedad anónima y cuenta con un reglamento con pautas a las que deben ajustar su actuación los agentes.

Comisión Nacional de Valores

La CNV, entidad autárquica del Estado nacional, es el organismo oficial mediante el cual el Estado controla el mercado de capitales. Alcanza a las bolsas, mercado de valores y a la emisión de títulos valores. La regulación pública de los mercados de capitales tiene la finalidad de proteger a los inversores y garantizar que aquellos sean justos y transparentes, con el objetivo reducir el riesgo en el sistema. La reciente modificación de la Ley N° 17811 dispuso, entre otras cuestiones, que la CNV: a) puede aplicar sanciones a los agentes del mercado (art. 11); b) tiene atribuciones para fijar normas de capacitación, acreditación y registro para quienes desempeñan tareas vinculadas al asesora-

miento al público inversor; c) cuenta con facultades para establecer requisitos a los agentes sometidos a su fiscalización o al régimen de garantías de los mercados y operadores.

Oferta pública de títulos valores

Los conceptos de oferta y demanda son muy relevantes para la estructuración del sistema bursátil, pues son los que determinan el precio de los títulos.

Se considera oferta pública a la invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquellos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión (art. 16 de la Ley N° 17811 –T.O. Ley N° 26831–). Solo pueden ser objeto de esta oferta los títulos valores emitidos en masa, que por tener las mismas características y otorgar los mismos derechos dentro de su clase, se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo (art. 17 de la Ley N° 17811–T. O. Ley N° 26831–).

Pueden ser oferentes las sociedades que emitan los títulos valores y las personas físicas o jurídicas autorizadas para ello por la CNV (art. 21 de la Ley N° 17811 –T.O. Ley N° 26831–).

Bolsa

La bolsa es una institución en donde se reúnen los comerciantes o intermediarios para realizar operaciones bursátiles. En las bolsas pueden existir diversos mercados, es decir, se asocian una serie de entidades como los mercados de valores. Los mercados de valores llevan un registro de las operaciones que se celebran en la bolsa y garantizan su cumplimiento.

Los instrumentos que se negocian en la Bolsa de Comercio y en el Mercado de Valores son activos financieros que dan derecho al poseedor de percibir uno o más pagos futuros; entre ellos, se pueden distinguir los instrumentos de renta variable –acciones– y de renta fija –valores negociables de deuda–.

En nuestro país, las bolsas o mercados de comercio deben constituirse como asociaciones civiles con personería jurídica o como sociedades anónimas (art. 22). La Bolsa de Comercio de Buenos Aires (BCBA), fundada el 10 de julio de 1854, es la principal bolsa de valores y centro financiero de la Argentina. Sus transacciones son básicamente acciones de empresas, bonos, divisas y futuros.

Los agentes de bolsa no son intermediarios ni tampoco prestan dinero como si fuera propio, sino que lo que hacen es enlazar el ahorro con la demanda de activos financieros, es decir, entidades con superávit con entidades que necesitan financiación. Sin embargo, no son parte en la operación y por eso, no cobran una tasa de interés por los servicios que prestan sino que perciben una comisión.

Transparencia y derecho de información

Uno de los principios generales del mercado de capitales es el derecho a la plena información. Incluye todo lo expresamente enumerado en el artículo 3 del Capítulo XXI de las Normas de la CNV, todo lo que se solicite expresamente y todo lo que se considere relevante, es decir, toda situación no habitual que, por su importancia, sea apta para afectar el desenvolvimiento de los negocios (art. 6, Capítulo XXI, Normas de la CNV).

La información debe ser proporcionada a la CNV por escrito en forma directa, veraz y oportuna y se prohíben las declaraciones falsas o engañosas, estableciéndose sanciones por su incumplimiento. Las operaciones deben encontrarse a disposición del público desde el momento en que se realizan, y las entidades autorreguladas deberán asegurar el libre acceso a esa información, su veracidad e información.

Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio en el CCCN (art. 1429)

Por último, el CCCN –Ley N° 26994– establece en el artículo 1429 que los contratos que se celebren en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en la medida en que hayan sido autorizados y operen bajo control estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control.

Agrega que esas normas pueden regular operaciones y contratos derivados, prever la liquidación del contrato por diferencia, establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación, la compensación o el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes.

Unidad IX

Concursos y quiebras

1. CONCURSOS

Nociones generales.
Características de los procesos concursales y clases. El presupuesto objetivo: la cesación de pagos. El presupuesto subjetivo: la concursabilidad del deudor. Competencia. Características comunes

Concursos

Nociones generales. Ley N° 24522

Frente al incumplimiento de una obligación, el acreedor tiene a su alcance todos los mecanismos previstos por el legislador en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y en las leyes especiales tendientes a obtener la satisfacción de su crédito de parte del deudor. Esas acciones individuales constituyen el medio normal para que el acreedor obtenga el cumplimiento del deudor. Sin embargo, ocurre que cuando el estado de incumplimiento se vuelve generalizado, el ordenamiento jurídico prevé un mecanismo que engloba todo el patrimonio del deudor y a todos sus acreedores de causa o título anterior, conocido como concurso o proceso concursal. Los procesos colectivos pueden ser requeridos por el propio deudor en reconocimiento de su estado de cesación de pagos. Existen procesos concursales preventivos, cuya finalidad es la recomposición del patrimonio del deudor, y procesos liquidativos, cuyo único objetivo es obtener la pronta liquidación de los bienes y la satisfacción de los créditos de los acreedores.

Los procesos concursales están regulados por la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) N° 24522 del año 1995 y sus modificatorias.

Características de los procesos concursales y clases

La LCQ N° 24522 regula tres procesos concursales: el concurso preventivo, la quiebra y el acuerdo preventivo extrajudicial.

Concurso preventivo: es el proceso concursal tendiente a evitar la quiebra del deudor. Tiene como objetivo superar el estado de cesación de pagos luego de alcanzar un acuerdo con los acreedores. Rigen este procedimiento una serie de principios como el de la recomposición patrimonial, la conservación de la empresa, la igualdad de los acreedores, la universalidad, etc.

Quiebra: es el proceso concursal por el cual se liquida el patrimonio del deudor para hacer frente a las obligaciones que lo gravan. También rigen los principios de universalidad e igualdad de los acreedores, pero la finalidad aquí es distinta: se procurará atender lo más rápido posible los créditos de los acreedores a través de la liquidación de los bienes que integran el patrimonio del deudor.

Acuerdo preventivo extrajudicial: es el acuerdo que puede celebrar un deudor que se encuentre en cesación de pagos con sus acreedores. Podrá ser homologado judicialmente a pedido del deudor.

El presupuesto objetivo: la cesación de pagos

La cesación de pagos es la llave de entrada al régimen de la insolvencia. El artículo 1 de la LCQ hace referencia a este concepto como presupuesto, para que sean viables los procesos concursales que la misma regula.

Han surgido diversas teorías que intentan definir qué se entiende por cesación de pagos. Un análisis excesivo de cada una de las teorías excede el objetivo de este trabajo, pero haremos un breve repaso de cada una de ellas.

Teoría materialista: esta teoría identifica a la cesación de pagos con el incumplimiento. De tal modo, cualquier incumplimiento habilitaría al acreedor a pedir la quiebra de su deudor, sin atender las causas del incumplimiento, la existencia de otros incumplimientos o el estado patrimonial del deudor.

Teoría intermedia: según esta teoría no puede haber estado de cesación de pagos sin incumplimientos, pero no necesariamente un incumplimiento revela

una cesación de pagos. Será el juez el que deba evaluar las circunstancias que rodean el incumplimiento para determinar si el estado patrimonial del deudor revela una impotencia real y justifica la apertura de un concurso.

Teoría amplia: para esta teoría, la cesación de pagos es un estado patrimonial de impotencia frente a las deudas que pueden revelarse por numerosos hechos. Esos hechos reveladores de la cesación de pagos no son susceptibles de ser enumerados taxativamente, pero sí son esenciales para que ese estado patrimonial produzca efectos jurídicos. El sistema jurídico argentino adoptó esta teoría.

Sin embargo, existe cierta unanimidad en la doctrina en cuanto al concepto del estado de cesación de pagos, al que cabe definirlo como “el estado en que se encuentra un patrimonio que se revela impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan”. Para ser tal, este estado patrimonial debe ser permanente y no responder a un hecho aislado. Además, debe ser generalizado, ya que debe afectar a la totalidad del patrimonio.

Pero aun con esas características fundamentales, ese estado de impotencia es insuficiente para abrir la posibilidad de un concurso o una quiebra, ya que además hace falta que se manifieste y se exteriorice mediante lo que la LCQ ha llamado “hechos reveladores”. Estos son ciertos actos enumerados en el artículo 79, que refieren a distintas situaciones que la ley utiliza para presumir la existencia del estado de impotencia patrimonial. Generalmente, son los acreedores los que deben recurrir a la prueba de alguno de estos hechos reveladores, pues cuando es el deudor el que pide la apertura de su concurso preventivo o la declaración de quiebra, se entiende que su propia confesión es suficiente para tener por acreditado este estado del patrimonio. La cesación de pagos acompañada de los hechos que la exterioricen ha sido indicada por la jurisprudencia y la doctrina como el presupuesto objetivo para la apertura de un proceso concursal.

El presupuesto subjetivo: la concursabilidad del deudor

Comprobado el presupuesto objetivo, solo resta observar el presupuesto subjetivo para que quede configurada la posibilidad de apertura de un proceso

concurzal. El presupuesto subjetivo se refiere a la concursabilidad del sujeto que ha caído en la cesación de pagos. Así pues, el artículo 2 (LCQ) dice que “pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación”. Además de incluir el patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del de los sucesores, y a los deudores domiciliados en el exterior respecto de bienes existentes en el país. La ley excluye a las desaparecidas AFJP, las entidades de seguro y las asociaciones mutuales.

Competencia

El artículo 3 de la LCQ brinda las reglas de asignación de competencia para los procesos concursales. A través de sus cinco incisos indica competente, en general, al juez comercial del lugar de la sede de administración del establecimiento principal de los negocios del deudor, o en su defecto, al de su domicilio. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires intervienen los juzgados nacionales en lo Comercial, mientras que en la provincia de Buenos Aires, resulta competente la justicia en lo Civil y Comercial de la provincia.

Características comunes

Podemos señalar cinco características que son aplicables tanto a los concursos preventivos como a las quiebras.

En primer lugar debemos mencionar a la universalidad, entendida como la circunstancia de que todos los bienes que conforman el patrimonio del deudor quedan afectados al proceso concursal. Existen algunas excepciones legales que confirman esta regla, como por ejemplo, el inmueble inscripto como bien de familia.

Es la colectividad otra de las características comunes señaladas por la doctrina para los procesos regulados en la LCQ. Se refiere a que todos los acreedores de causa o título anterior al proceso concursal quedarán sometidos al mismo. Por su lado, la unicidad significa que no puede existir más de un concurso al

mismo tiempo relativo a la misma persona. Es una consecuencia de que todos los bienes del patrimonio del deudor y que todos sus acreedores estén sujetos al concurso. De ahí que algunos autores también consideren a la concentración (de patrimonio y de acreedores) como una de las características de los concursos.

La igualdad de trato o *par conditio creditorum*, su alocución latina, estipula que todos los acreedores concurrirán al proceso concursal en igualdad de condiciones. Es válido aclarar que los privilegios que la ley le otorga a ciertos créditos no son excepciones a la regla, sino que se entiende que habrá igualdad de trato para los acreedores dentro de la categoría que a cada uno le corresponda.

Algunos autores agregan a la inquisitorialidad como una característica propia de estos procesos, puesto que le corresponde al juez actuar de oficio para impulsar el proceso, a diferencia de otros en los que la carga de impulsarlo recae en el sujeto interesado.

2. PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS Y LIQUIDATIVOS

El concurso preventivo. La quiebra. El acuerdo preventivo extrajudicial. Funcionarios y empleados del concurso: el síndico

Procedimientos preventivos y liquidativos

El concurso preventivo

Como ya hemos señalado, el concurso preventivo es el proceso destinado a evitar la quiebra del deudor por medio de un acuerdo con sus acreedores de acuerdo al procedimiento descripto en la LCQ N° 24522.

Este proceso solo puede ser solicitado por el deudor cuando se encuentre en cesación de pagos o cuando, debido a ese estado patrimonial, haya solicitado su quiebra. El artículo 79 de la LCQ hace una enumeración no taxativa de hechos que pueden ser reveladores de la situación de cesación de pagos. Solo por mencionar algunos, el reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; la ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones; venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.

Solicitado su concurso con los requisitos previstos en el artículo 11 de la LCQ, el juez que entiende en la causa tiene dos opciones: puede rechazarlo por las cuatro causas previstas en el artículo 13 de la LCQ, o bien dictar la resolución de apertura del concurso preventivo con el contenido dispuesto en los trece incisos del artículo 14 de la misma ley.

La apertura del concurso preventivo produce varios efectos. Uno de los más importantes es que a partir de este momento el deudor comenzará a administrar sus bienes bajo la vigilancia del síndico. En consecuencia, tendrá algunos actos permitidos relativos a sus bienes, otros para los que deberá requerir autorización judicial y otros que estarán prohibidos.

El síndico es el auxiliar del juez que interviene también en la quiebra. Se exige para ser síndico ser contador y son sorteados de una lista que elaboran los fueros con competencia en materia concursal. Durante el concurso preventivo, el rol del síndico es muy importante durante la etapa informativa: tiene a su cargo la recepción de las solicitudes de verificación de crédito, debe realizar el informe individual previsto en el artículo 35 de la LCQ y el informe general del artículo 39. Con la homologación del acuerdo cesa la actuación del funcionario y se le regulan sus honorarios.

Otro de los efectos del concurso preventivo es que las deudas dejan de devengar intereses, y que las deudas no dinerarias se convierten a su valor en la moneda de curso legal. La excepción a la regla está dada por los créditos de naturaleza laboral correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral (art. 19, LCQ).

Decidida la apertura del concurso preventivo, los acreedores concurrirán a verificar sus créditos, sobre los cuales dictaminará el síndico y resolverá sobre su procedencia el juez, en lo que se conoce como período informativo. La verificación de créditos la debe realizar todo acreedor que tenga una deuda exigible al momento de la presentación del concurso preventivo; se realiza ante la oficina del síndico y tiene los efectos de la interposición de una demanda judicial. Junto con el pedido de verificación de crédito, el acreedor debe acompañar la documentación correspondiente a su crédito y debe insinuar también el privilegio que ostenta su crédito. La doctrina y la jurisprudencia es unánime en el sentido de que incluso frente a obligaciones basadas en títulos de crédito, debe acreditarse la causa que dio origen a esas deudas para evitar el aumento del pasivo en perjuicio de los acreedores (ver plenarios de la Cámara Nacional de Comercio: “Difry” y “Translínea”).

Mientras dure el período de verificación de créditos, tanto el deudor como el resto de los acreedores, podrán realizar observaciones a los créditos insi-

nuados. Vencido el plazo para verificar, el síndico se expedirá en el informe del artículo 35 sobre cada solicitud de crédito y aconsejará que se lo admita o no dentro del pasivo concursal. El juez dictará la resolución prevista en el artículo 36 sobre cada solicitud de verificación. La resolución que admita la verificación del crédito hará cosa juzgada salvo dolo (art. 38, LCQ), y las que declaren admisibles o inadmisibles los créditos podrán ser revisadas a través del incidente de revisión previsto en el artículo 37 (LCQ).

Finalizado el período informativo, se abrirá el período de exclusividad, en el cual el deudor tiene un lapso de noventa (90) días prorrogable por treinta (30) días para formular las propuestas a sus acreedores, obtener de ellos la conformidad y presentarlas en su debida forma al juez. Las propuestas podrán consistir en ofrecerles a los acreedores una quita, espera, la obtención de bonos, constitución de garantías, etc.

Luego de comprobar los requisitos de forma sobre el acuerdo del deudor con sus acreedores, el juez procede a homologarlo, lo que implica la novación de las obligaciones del deudor con sus acreedores. El artículo 59 de la LCQ dispone que “una vez homologado el acuerdo, y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico”. Además, este artículo establece el período de inhibición que impide que se abra otro concurso preventivo sobre el mismo deudor por un año, contado desde la resolución judicial de cumplimiento del acuerdo.

La quiebra

La quiebra es el proceso por el cual se liquidan los bienes del deudor para hacer frente a sus deudas de acuerdo al procedimiento descripto en la LCQ N° 24522.

Hay dos tipos de quiebra: directa e indirecta. La quiebra directa es la que se lleva a cabo por ser solicitada por el deudor o por un acreedor. La quiebra indirecta es aquella que se produce por haber fracasado el concurso preventivo del deudor.

Quiebra directa: para el caso de la quiebra directa, la ley dispone que el acreedor que pide la quiebra de su deudor debe probar el estado de cesación de pagos. Según el artículo 78 de la LCQ, “debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan”. Además, aclara que no es necesaria la pluralidad de acreedores. Es allí donde cobran importancia los hechos reveladores del estado de cesación de pagos enumerados de forma enunciativa por el legislador en el artículo 79 de la LCQ, que podrá invocar el acreedor para justificar el pedido de quiebra sobre el deudor.

Según el artículo 80 de la LCQ, puede pedirse la quiebra de todo deudor, cuyo crédito sea exigible, cualquiera sea su naturaleza y privilegio. No pueden solicitar la quiebra el cónyuge, los ascendientes o descendientes y los cesionarios de los créditos del deudor. El juez debe escuchar el descargo del deudor sobre el pedido de quiebra y sin más sustanciación pasará a resolver si lo acepta o lo rechaza.

Para el caso de que la quiebra sea pedida por el deudor, este debe cumplir requisitos similares a los que debe cumplir quien solicita su concurso preventivo, pero además debe poner todos sus bienes a disposición del juzgado.

Declaración de quiebra: en caso de ser aceptada la quiebra, el juez dictará la declaración o sentencia de quiebra, cuya fecha y contenido cobrará relevancia para todo el procedimiento. La importancia de la declaración de quiebra es tal que produce efectos en todas las direcciones. A los efectos personales sobre el fallido hay que sumarle los efectos que provoca en las relaciones jurídicas preexistentes y en las que están en curso de ejecución.

El artículo 88 de la LCQ explica a través de once incisos el contenido que debe tener la sentencia. Corresponde destacar la orden al fallido y a terceros para que entreguen al síndico los bienes de aquel (inc. 3); la prohibición de hacer pagos al fallido, que serán ineficaces (inc. 5), y la orden de realización (venta) de los bienes del deudor y la designación de quien efectuará las enajenaciones (inc. 9). Contra la sentencia de quiebra el deudor puede presentar un recurso de reposición, que debe versar sobre la ausencia del presupuesto objetivo o subjetivo para el proceso concursal. Debe ser presentado dentro de los cinco (5) días de conocida la declaración de quiebra.

Declarada la quiebra, los acreedores deberán concurrir a verificar sus créditos con el síndico y el juez resolverá sobre su procedencia, en un período informativo muy similar al del concurso preventivo.

La fecha de la declaración de quiebra es importante para el denominado período de sospecha (art. 116), que es el tiempo que transcurre entre la fecha indicada como el inicio de la cesación de pagos hasta la sentencia de quiebra. En ese período, que no puede ser mayor a dos (2) años, se pueden detectar actos realizados en perjuicio de los acreedores, como actos a título gratuito o ventas a precio vil, que de ser probados, serán declarados ineficaces.

Como ya se dijo, la declaración de quiebra acarrea todo tipo de efectos para el deudor. El desapoderamiento de sus bienes es el más importante y gravoso, sin dudas. A diferencia del concurso preventivo, donde el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico, en la quiebra el fallido queda desapoderado del pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación –sin perjuicio de las excepciones dispuestas en el artículo 108 de la LCQ–. Ello impide que ejercite los derechos de disposición y administración. El desapoderamiento se lleva a cabo a través de la incautación de sus bienes, de acuerdo a las formas previstas en el artículo 177 de la LCQ. Esta es la principal consecuencia de la naturaleza liquidativa del proceso de quiebra. A continuación, el síndico debe encargarse de la realización de los bienes del fallido de acuerdo a la forma prevista en el artículo 204 de la citada ley. Una vez enajenados todos los bienes, el síndico tiene el deber de presentar un último informe que, entre otras cosas, contenga el proyecto de distribución final del producido entre los acreedores, de acuerdo a su categoría.

El acuerdo preventivo extrajudicial

Según el artículo 69 de la LCQ: “el deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial”. Para que sea válido, el acuerdo debe respetar algunos requisitos de forma. Si es otorgado por instrumento privado, debe contener las firmas de los acreedo-

res involucradas certificadas por escribano público. En cuanto a la forma, por lo tanto, se equipara con los requisitos que debe tener la propuesta aceptada por los acreedores en el concurso preventivo.

En cuanto al contenido, la ley establece que las partes pueden darle el que consideren conveniente para sus intereses. La ley dispone que aun cuando no sea homologado, el acuerdo es obligatorio para las partes, salvo convención en contrario.

Para conseguir la homologación judicial del acuerdo, también deben cumplirse con algunos requisitos. En primer lugar, el deudor debe hacer una presentación al juez competente con el contenido descrito en el artículo 72 de la LCQ. Además, debe conseguir la conformidad de la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total. Cumplidos los requisitos, y homologado por el juez, el acuerdo produce efectos para todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación del deudor.

Funcionarios y empleados del concurso: el síndico

La complejidad del proceso concursal requiere que existan funcionarios que colaboren con el juez para su desarrollo. Según el artículo 251 de la LCQ, los funcionarios del concurso y de la liquidación en la quiebra son el síndico, el coadministrador y los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo. Su designación y remoción, sus funciones y sus honorarios están regulados en la ley.

El síndico es el más importante de los funcionarios. Tendrá a su cargo una buena cantidad de deberes durante el tiempo que lleve el proceso concursal. Es necesario ser contador público nacional y tener una antigüedad mínima en la matrícula de cinco (5) años para poder actuar como tal.

La LCQ indica que el síndico no puede renunciar a las designaciones que le correspondan, salvo causa grave. Podrá ser removido en caso de negligencia, falta grave o mal desempeño de sus funciones. También puede pedir al juez autorización para contratar empleados en el número y por el tiempo que sean requeridos para la eficaz y económica realización de sus tareas.

Bibliografía

- Barreira Delfino, E. A. (2012). Contratos bancarios. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/contratos-bancarios-barreira-delfino.pdf>
- Cámara Nacional de Comercio, sala A. 15/11/1988. “Caja de Crédito Versailles Ltda., S. A., quiebra, s/ inc. de rev., prom. por Sevel Argentina, S. A.”. *La Ley* 1989-C, 168.
- Cámara Nacional de Comercio, sala B. 13/12/1985. “Almagro Construcciones, S. A. c/ Banco de Crédito Rural Argentino, S. A.”. *La Ley* 1986-B, 371.
- Cámara Nacional de Comercio, sala C. 31/03/1995. *La Ley*, D, 803.
- Cámara Nacional de Comercio, sala E. 31/03/1999. *El Derecho*, 185-203.
- Cámara Criminal y Correccional Federal, sala I. 22/05/2007. “Bristol Myers Company s/ medidas cautelares” (Causa 1412/07).
- Cámara Criminal y Correccional Federal, sala II. 22/12/1998. “Mag Instrument Inc. C/ Inpi S/ Denegatoria de Patente” (Causa 4718/97).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III. 22/08/1982. *El Derecho*, 102-264.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno. 31/03/1977. “Quilpe S.A.”. *El Derecho*, 72-644.
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado: tomos I, II, III y IV*. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/codigo-civil-comercial-nacion-comentado-tomo-1-titulo-preliminar-libro-primero-parte-general-articulos-1-400-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000166/123456789-0abc-defg-g66-1000blsorbil>
- Esper, M. (coord.), Medina, G. y Rivera, Julio C. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: La Ley.

- Crovi, L. D. (2015). La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*.
- Etcheverry, R. A. (16/07/2010). ¿Los consorcios de cooperación han surgido para permitir que empresas pequeñas y medianas puedan exportar? Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/nota/16289>
- Jara, C. N., Pinetta Biro Alemán, E. et al. (1-2/11/2012). Los contratos de colaboración empresaria. Panorama actual y su proyección en la reforma del Código Civil. (Ponencia). Congreso de Derecho Privado para Estudiantes y Jóvenes Graduados. Facultad de Derecho. UBA. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/contratos-civiles-y-comerciales-comision-jose-maria-cura.pdf>
- Farina, J. M. (1993). *Canales de Comercialización*. Buenos Aires: La Ley.
- Favier Dubois, E. (02/02/2015). La “autonomía” y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo código unificado. *La Ley*.
- Fernández, R. L. y Gómez Leo, O. R. (1988). *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial: tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- Fundamentos Decreto-Ley N° 6673/63. Recuperado de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=124727
- Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial escrito por la Comisión Redactora (2011). Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primerio.PDF>
- Garrigues, J. (1958). *Contratos bancarios*. Madrid: Aguirre.
- Gómez Leo, O. R. y Fernández, R. L. (1997). Contratos bancarios y de crédito. En *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial: tomo III-D*. Buenos Aires: Depalma.
- Gómez Segade, J. A. (1985). Características generales y algunos aspectos concretos de la nueva ley española de patentes. *Actas de Derecho Industrial (11)*.
- Halperin, I. (1973). *Curso de Derecho Comercial: vol. I*. Buenos Aires: Depalma.
- Heredia, P. D. (2015). Contratos bancarios: servicio de caja de seguridad en el Código Civil y Comercial. En R. Stiglitz (dir.). *Código Civil y Comercial. Contratos en particular: suplemento especial* (pp. 284-285). Buenos Aires: La Ley.
- Kabas de Martorell, E. y Martorell, G. F. (2014). Los contratos bancarios. Sus modalidades en el Código Civil, en el Código de Comercio y en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 2012. *Revista de Derecho Privado y Comunitario (2)*.
- López Cabana, R. (coord.) (1999). Contratos bancarios y de crédito. Depósito en caja de seguridad. En *Contratos especiales en el siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado: tomo V*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Mackinlay, E. (año). Contratos de agrupación de colaboración empresarial. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-279-293.pdf>
- Gebhart, M. y Gerscovich, C. G. (2012). *Elementos del Derecho Comercial*. Buenos Aires: La Ley.
- Martorell, E. (1993). *Tratado de los Contratos de Empresa: tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- Marzorati, O. (año). El contrato de concesión comercial. *El Derecho*, 126-978.
- Inspección General de Justicia. 28/04/2000. “Metropolitano Sanatorio Privado SA y otros (UTE)”.
- Mitelman, C. O. (26/10/2000). Patentes On-Line. *La Ley*.
- Nissen, R. A. (2014). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2015). *Incidencias del Código civil y Comercial Derecho Societario*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Papaño, R. J. (2006). *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual*. Buenos Aires: Astrea.
- Peluso, J. L. (2014). Nuevos registros y regímenes de información para las entidades vinculadas y contratos asociativos. *El Cronista Comercial*. Recuperado de <http://www.cronista.com/fiscal/--Nuevos-registros-y-regimenes-de-informacion-para-las-entidades-vinculadas-y-contratos-asociativos-20140224-0001.html>
- Pisani, O. E. (2014). *Elementos de derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- (2016). *Derecho comercial y empresario. Actualizado con el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- Ribera, C. E. (2015). Contratos de cuenta corriente bancaria y caja de seguridad en el nuevo Código. *La Ley C*, 1139.
- Richard, E. H. (2015). El Código Civil y Comercial y contratos asociativos (negocio en participación y agrupamiento de colaboración, arts. 1442 a 1462). En R. Stiglitz (dir.), *Código Civil y Comercial. Contratos en particular: suplemento especial* (pp. 307-328). Buenos Aires: La Ley.
- Rivera, J. C. (2000). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rouillon, A. (2005). *Código de Comercio comentado y anotado: tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Rovira A. L. (septiembre de 2012). Los criterios que inspiran los contratos modernos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Pensar en Derecho*.

Salis, E. (29/03/1999). *La protección de los resultados de investigación en las Universidades de América Latina*. (Ponencia). III Jornadas sobre la Protección de la Propiedad Intelectual e Industrial en América Latina, Universidad de Alicante. España. Recuperado de http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/anlisis_de_la_ley_de_patentes_argentina.pdf

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A. (1988). “Santamarina, Miguel M.A.”. *La Ley*, E, 491.

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. 10/09/2003. “Castagnari, Ernesto Pascual y otro contra Banco de la Edificadora de Olavarría S. A. Rendición de cuentas”.

----- 24/03/2004. “Dondero Hnos. Concurso contra Atuel Fideicomisos S. A. Incidente revisión concursal”.

AAVV. (2004). Tercer Seminario Regional Sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Oficina Europea de Patentes y Oficina Española de Patentes y Marcas. Antigua, Guatemala. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_9.pdf

Vanasco, C. A. (2006). *Sociedades Comerciales: tomo I*. Buenos Aires: Astrea.

Vítolo, D. R. (2015). *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la ley General de Sociedades*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Zunino, J. (2005). *Régimen de sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea.

Otras fuentes consultadas:

Argentina, Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social. <http://www.inaes.gob.ar>

Argentina, Ministerio de Producción, Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. <http://www.inpi.gov.ar>

Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Campus Virtual. <http://www.unc.edu.ar/documentos>

Argentina, Universidad del Sur, Biblioteca Central. <http://bc.uns.edu.ar>

Farinella, F. <http://www.faviofarinella.weebly.com>

España, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Oficina Española de Patentes y Marcas. <http://www.oepm.es>

Argentina, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion>

U.N. World Intellectual Property Organization. <http://www.wipo.int>